

Partnership Pubblico Private e Appalti di Servizi

Modena, 28 marzo 2019
Osservatorio degli Appalti Pubblici

prof. avv. Elisa Valeriani

PPP, CONCESSIONI E APPALTI

«L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile;»

In Italia per definire se si tratta di contratto di concessione o contratto di PPP il punto essenziale è la allocazione del rischio assunto dal privato dal lato della domanda o dell'offerta.

A livello europeo con la nuova direttiva la distinzione dipende dalla forma del rischio operativo

La distinzione tra concessione e PPP: l'allocazione del rischio

•Art. 165 Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50

«Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) evv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il

che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.»

Art. 180 Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50

«Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico,

essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica.»

concessione di lavori: *«un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo;»*

concessione di servizi: *«si intende un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera a) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.»*

operatore economico: *«una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, che offra sul mercato la realizzazione di lavori e/o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi;»*

contratto di partenariato pubblico privato: «il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat»

rischio operativo: «il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180. Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile;»

rischio di costruzione: «il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera;»

rischio di disponibilità:

, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti»

rischio di domanda: *«il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa»*

*«A cooperative venture between the public and private sectors, built on the expertise of each partner, that best meets clearly defined public needs through the **appropriate allocation of resources, risk and rewards.**»*

(cfr. www.pppcouncil.ca/aboutppp.htm)

La natura giuridica della concessione è stata oggetto di un lungo dibattito da parte della dottrina.

IMPOSTAZIONE PUBBLICISTICA: concessione come atto amministrativo unilaterale (provvedimento amministrativo). La concessione determinava un trasferimento di compiti e di funzioni amministrative dal concedente al concessionario, con particolare riferimento all'oggetto pubblico della prestazione a carico di quest'ultimo

IMPOSTAZIONE PRIVATISTICA: concessione come contratto. L'esigenza della pubblica amministrazione di incentivare la collaborazione dei privati imponeva di riconoscere loro una garanzia forte dei diritti economici, che poteva assicurare solo il diritto privato. La ricostruzione della concessione come rapporto di diritto pubblico sottoposto a principi pubblicistici, invece, si fondava sull'assunto che.

CONCESSIONE-CONTRATTO: Corte di Cassazione 12 gennaio 1910, assume la concessione come fattispecie complessa costituita da due atti distinti ma connessi: uno pubblicistico, il provvedimento amministrativo di conferimento della concessione, e uno privatistico, l'accordo tra amministrazione privato destinato a regolare diritti e obblighi delle parti.

la concessione di lavori è stata a lungo assunta in dottrina e giurisprudenza come uno “*strumento di traslazione dei pubblici poteri*”, provvedimento amministrativo unilaterale escluso da qualsiasi confronto concorrenziale.

Attraverso tale strumento, la pubblica amministrazione poteva trasferire ad altri un proprio diritto o potere, ovvero costituire un nuovo diritto o potere a vantaggio di altri sulla base di uno proprio, che in tal modo veniva limitato

due tipi di concessione

- La concessione di sola costruzione: l'atto amministrativo con cui una pubblica amministrazione affida a un soggetto il compito di costruire un'opera pubblica entro un certo termine e dietro il pagamento di un corrispettivo predeterminato
- la concessione di costruzione e gestione: l'atto amministrativo con il quale la pubblica amministrazione affida a un soggetto il compito di costruire un'opera pubblica e di gestirla per un determinato periodo di tempo, al termine del quale l'opera diventa di proprietà dell'amministrazione.

- equiparava la concessione di sola costruzione all'appalto e la sottoponeva allo stesso regime procedimentale e giuridico.

Il Consiglio di Stato in tal senso distingueva il concetto di concessione di sola costruzione dalla concessione di costruzione e gestione, sottraendo quest'ultima alle regole dell'altra.

In questa seconda fattispecie la costruzione risulta strumentale alla gestione di un pubblico servizio.

La concessione di mera costruzione ha posto questioni in dottrina, risultando di difficile inquadramento perché difficilmente distinguibile dalla figura dell'appalto di opere pubbliche

È stata eliminata dal nostro ordinamento per effetto dell'art 1 lett d) della direttiva 89/440/CE

- *ART. 3, n. 1, della direttiva 71/305/Cee - recepita con l. 8 agosto 1977, n. 584 - escludeva espressamente dalla propria sfera di applicazione i contratti di concessione.*
- La direttiva del Consiglio 89/440/Cee del 18 luglio 1989, ha preso in considerazione le concessioni di lavori pubblici rendendo a esse applicabili specifiche regole di pubblicità
- la direttiva del Consiglio 93/37/Ce, menziona espressamente la concessione di lavori pubblici tra i contratti che rientrano nella propria sfera di applicazione. (art. 1 della dir. 93/37/Ce, «*il contratto che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto di lavori pubblici, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo*».)

- Le direttive 93/37/Ce e 93/38/Ce sono state recepite in Italia con la legge 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro sui lavori pubblici , c.d. legge “Merloni”.
- L’art. 1, co. 3, della direttiva unificata 2004/18/Ce, in materia di appalti riproduce la definizione di concessione di lavori come contratto con caratteristiche simili all’appalto, salvo il fatto che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire l’opera, ovvero nel diritto di gestire l’opera accompagnato da un prezzo.

La letteratura e la giurisprudenza si sono a lungo occupate di chiarire la distinzione tra appalto e concessione, sia con riferimento ai lavori che ai servizi.

Elemento distintivo tra appalti pubblici di servizi e concessione di servizi pubblici è stato individuato dalla Corte di Giustizia nel c.d. **rischio di gestione**.

Nella concessione il rischio di gestione grava sull'aggiudicatario. Con la stipulazione del contratto di concessione di servizi pubblici l'impresa assumerebbe l'impegno di erogare le prestazioni al pubblico con connesso rischio di gestione economica relativo, per tutta la durata della concessione. Nell'appalto pubblico di servizi l'impresa con la sottoscrizione del contratto si assume l'impegno verso la pubblica amministrazione dietro remunerazione, ma senza alcuna responsabilità verso gli utenti finali

criteri distintivi:

- la natura unilaterale del titolo concessorio di affidamento del servizio pubblico rispetto al carattere negoziale dell'appalto;
- il carattere surrogatorio dell'attività del concessionario di pubblico servizio, chiamato a realizzare i compiti istituzionali dell'ente pubblico concedente, rispetto all'appaltatore che compie attività di mera rilevanza economica nell'interesse del committente pubblico;
- il trasferimento di potestà pubbliche al concessionario, rispetto all'appaltatore che esercita solo prerogative proprie di qualsiasi soggetto economico.

APPALTO

- OGGETTO: prestazioni rese a favore della pubblica amministrazione nell'appalto di servizi
- DESTINATARIO : la sola pubblica amministrazione
- REMUNERAZIONE: pubblica amministrazione

CONCESSIONE

- OGGETTO: rapporto necessariamente trilaterale tra pubblica amministrazione, concessionario e utenti del servizio, su cui grava il costo del servizio e ne fa uno dei più importanti strumenti di cooperazione tra pubblico e privato
- DESTINATARIO: collettività degli utenti
- REMUNERAZIONE: deriva principalmente dalla prestazione del servizio verso il pubblico

Le concessioni di servizi si distinguono dagli appalti di servizi per il *“fenomeno di traslazione dell’alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato”*

sostanzialmente la modalità di remunerazione il tratto distintivo della concessione dall’appalto di servizi.

“servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi, quando il suo onere sia interamente a carico dell’amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell’amministrazione ma di

in ambito

concessorio”.

nella concessione di pubblici servizi l’amministrazione non gestisce direttamente le operazioni tramite contratti di appalto, ma si *“spoglia della gestione commettendola ad un altro soggetto”*.

Tale differenza giustificerebbe il permanere in capo all’amministrazione di un margine di discrezionalità nella regolazione del rapporto rispetto alla normativa in tema di appalto di servizi



IMPOSTAZIONE SOSTANZIALE DEI CONTRATTI DI PARTNERSHIP



Il PPP nel libro verde del 2004 (non più attuale)

PPP contrattuali

- Concessione di lavori
- Concessione di servizi
- Locazione finanziaria
- Contratto di disponibilità

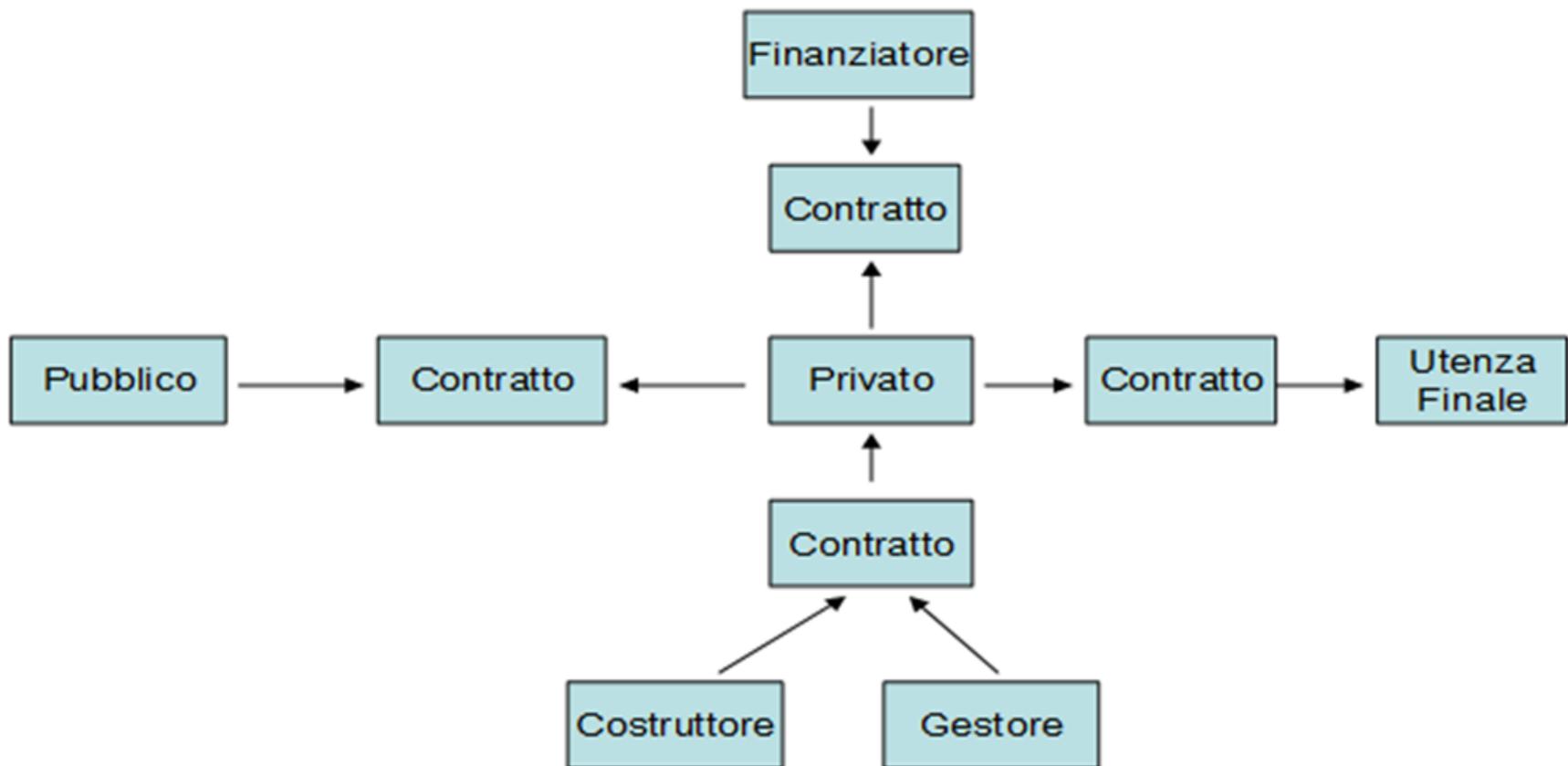
PPP istituzionali

- Società miste a prevalente capitale pubblico
- Società miste a prevalente capitale privato
- Società di trasformazione urbana

Muoversi verso un sistema maggiormente concorrenziale non significa soltanto ottenere l'abbassamento dei prezzi di beni e servizi, ma anche agire all'interno del mercato, conoscerne le regole, introdurre azioni volte a limitarne i rischi, incentivare e monitorare le azioni degli agenti definendo precisamente gli obiettivi.

Per il soggetto pubblico significa non solo abbandonare il ruolo di banditore ma fare proprio quello di negoziatore, il soggetto pubblico diventa quindi il negoziatore dell'interesse pubblico con il privato in un territorio rischioso e non neutrale, dove le informazioni sono asimmetriche, le azioni non sono sempre totalmente osservabili e gli accordi possono essere disattesi.

Le relazioni contrattuali nella public private partnership



Forme Generali

- Project Financing
- Concessione di Costruzione e Gestione
- Leasing in costruendo
- Contratto di disponibilità
- Project Financing nei servizi
- Concessione di Servizi
- Dialogo Competitivo

Forme Specifiche in materia energetica

- Energy Performance Contract

Trattamento dei PPP nei bilanci delle amministrazioni pubbliche in base alle regole del SEC 95				
	TIPOLOGIA DI RISCHIO			“DENTRO” o “FUORI” bilancio
	Rischio di costruzione	Rischio di domanda	Rischio di disponibilità	
Chi si assume il rischio?	Amministrazione	Amministrazione	Amministrazione	DENTRO
			Partner privato	DENTRO
		Partner privato	Amministrazione	DENTRO
			Partner privato	DENTRO
	Partner privato	Amministrazione	Amministrazione	DENTRO
			Partner privato	FUORI
		Partner privato	Amministrazione	FUORI
			Partner privato	FUORI

A PPP's assets should be classified off-balance sheet for government if both of the following conditions are met:

- 1. The partner bears the construction risks.*
- 2. The partner bears at least one of either availability or demand risk.*

For the purpose of classifying PPPs in the EDP Manual, in order to simplify the analysis, three main categories of risks have been selected:

- a) “Construction risk” covers events related to the initial state of the involved asset(s). In practice it is related to events such as late delivery, non-respect of specified standards, significant additional costs, technical deficiency, and external negative effects (including environmental risk) triggering compensation payments to third parties.
- b) “Availability risk” covers cases where, during the operation of the asset, the responsibility of the partner is called upon, because of insufficient management (“bad performance”), resulting in a volume of services lower than what was contractually agreed, or in services not meeting the quality standards specified in the contract.
- c) “Demand risk” covers the variability of demand (higher or lower than expected when the contract was signed) irrespective of the performance of the private partner. In other words, a shift of demand cannot be directly linked to an inadequate quality of the services provided by the partner. Instead, it should result from other factors, such as the business cycle, new market trends, a change in final users’ preferences, or technological obsolescence. This is part of a usual “economic risk” borne by private entities in a market economy.

Ulteriori rischi da tenere in considerazione nella redazione dei contratti

Rischi Generali (Eurostat 2004)	Macrocategorie	Rischi Specifici
	Rischi Temporalì	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Rischio da procedura ✓ Rischio da tasso di interesse ✓ Rischio da spoyling system
	Rischi di Governance	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Rischio societario esogeno ✓ Rischio societario endogeno
<p>Rischio di Domanda</p> <p>Rischio di Disponibilità</p>	Rischi Gestionali	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Rischio da Costo ✓ Rischio da domanda ✓ Rischio qualitativo
Rischio di Costruzione	Rischi Tecnici	<ul style="list-style-type: none"> ✓ Rischio da Investimento specifico

«Rischio da procedura: In questo caso è la stazione appaltante a poter assumere comportamenti opportunistici volti, ad esempio, a rallentare i tempi procedurali per indurre il privato ad agire in modo incentivante garantendo favori, se non anche tangenti, ai burocrati al fine di ottenere una accelerazione dei tempi. In questo caso è quindi più efficiente allocare al soggetto pubblico questo rischio incentivandolo, in questo modo, a gestire i tempi interni in modo efficiente ed a monitorare il comportamento dei burocrati. Naturalmente, questa considerazione non è esente da critiche che potrebbero riguardare il fatto che non si tiene in considerazione che è il comportamento del burocrate a penalizzare il policy maker e la collettività/utenza finale. Tuttavia, l'ipotesi si fonda sulla osservazione che il rapporto policy-maker/burocrate attiene strettamente la governance pubblica e, come tale, è la struttura pubblica a doverlo risolvere senza che venga ribaltato all'esterno.»

«Rischio da Investimento specifico: Gli investimenti specifici possono dipendere sia dalla volontà del soggetto pubblico di ottenere un'opera con elevati standard di innovazione e qualità sia dalla volontà del privato di ottenere, tramite l'innovazione, una riduzione dei costi operativi in fase di gestione. E' indubbio, tuttavia, che l'investimento specifico genera esternalità positive nell'ambiente economico; perciò una corretta allocazione di questo rischio deve vedere coinvolte entrambe le parti.»

- *«Rischio da tasso di interesse: In questo caso è necessario distinguere se l'incremento del tasso di interesse si sia verificato a causa della lunghezza dell'iter burocratico e, quindi, prima dell'aggiudicazione o se si sia verificato successivamente a quest'ultima. Nel primo caso – per gli stessi motivi già specificati nel caso del rischio di costo della costruzione – il rischio dovrà essere allocato sulla pubblica amministrazione. Al contrario, qualora l'incremento del tasso di interesse non dipenda da comportamenti inefficienti della pubblica amministrazione ma dalla situazione economica globale il rischio dovrà essere allocato sul privato, il quale, nel formulare la propria proposta aveva l'obbligo di tenere in considerazione gli scostamenti del costo del denaro e ogni altra fonte di rischio finanziario.»*
- *«Rischio da “spoiling system”»: Questo rischio rimane in capo al soggetto pubblico in quanto è determinato da scelte politiche dell'ente totalmente estranee alla realizzazione e gestione dell'opera. Nella prassi è frequente constatare come la presenza di questo rischio rappresenti un forte elemento di dissuasione per l'imprenditoria che valuta se lavorare per l'amministrazione pubblica.»*
- *«Rischio societario esogeno ed endogeno: Entrambi i rischi devono essere allocati al privato, in quanto dipendono da suoi comportamenti inefficienti frutto di inesperienza o di indifferenza al rischio.»*

- *«Rischio da Costo: Il rischio deve essere allocato sul privato attraverso l'implementazione di forme sanzione e di punizione. Il monitoraggio può essere l'unico strumento capace di evitare incrementi delle tariffe per l'utenza finale applicati in base a motivazioni inesistenti.»*
- *«Rischio da Domanda: l'allocazione del rischio da domanda dipende dalle motivazioni delle flessioni. Se la flessione è dovuta a comportamenti degli utenti che mutano le proprie abitudini di consumo (flessione endogena) il rischio dovrà essere allocato al privato. Infatti, una diminuzione della domanda che abbia queste caratteristiche può essere dovuta ad una cattiva gestione del privato o a mutamenti generali del comportamento del consumatore. In entrambi i casi sta all'imprenditore conoscere il proprio mercato ed effettuare scelte imprenditoriali vincenti.. Al contrario, nel caso la flessione sia dovuta a scelte di policy dell'amministrazione il rischio dovrà essere assunto da quest'ultima.»*
- *«Rischio Qualitativo: Il rischio derivante dal mancato rispetto degli standard qualitativi fissati nel contratto deve essere correttamente allocato al privato perché dipende da caratteristiche intrinseche del modello gestionale che quest'ultimo ha implementato.»*



Allocazione dei rischi nella struttura contrattuale

		Pubblico	Privato	Entrambi
Rischi Temporali	Da procedura	X		
	Tasso di interesse		X	
	Spoyling System	X		
Rischi Governance	Societario esogeno		X	
	Societario endogeno		X	
Rischi Gestionali	Costo		X	
	Domanda		X	
	Qualità		X	
Rischi Tecnici	Investimento Specifico			X

PPP E CONCESSIONI

NORME APPLICABILI DELLA PARTE I DEL CODICE

TITOLO I - PRINCIPI GENERALI E DISPOSIZIONI COMUNI

TITOLO II - CONTRATTI ESCLUSI IN TUTTO O IN PARTE DALL'AMBITO DI APPLICAZIONE

TITOLO IV - MODALITA' DI AFFIDAMENTO – PRINCIPI COMUNI

NORME APPLICABILI DELLA PARTE II DEL CODICE

TITOLO I - RILEVANZA COMUNITARIA E CONTRATTI SOTTO SOGLIA

TITOLO III - PROCEDURA DI AFFIDAMENTO

TITOLO IV - AGGIUDICAZIONE PER I SETTORI ORDINARI

TITOLO V - ESECUZIONE

- PARTE I - AMBITO DI APPLICAZIONE, PRINCIPI, DISPOSIZIONI COMUNI ED ESCLUSIONI
- PARTE III - CONTRATTI DI CONCESSIONE
- PARTE II - CONTRATTI DI APPALTO PER LAVORI SERVIZI E FORNITURE (TITOLO I - RILEVANZA COMUNITARIA E CONTRATTI SOTTO SOGLIA; TITOLO III - PROCEDURA DI AFFIDAMENTO; TITOLO IV - AGGIUDICAZIONE PER I SETTORI ORDINARI; TITOLO V – ESECUZIONE).
- PARTE V - INFRASTRUTTURE E INSEDIAMENTI PRIORITARI
- PARTE VI - DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.

Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità.

Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 (Contratto di PPP) rientrano **la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi** che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti.

Infatti la prima opzione di remunerazione, quella tipica a canone, solo perché più nota, è chiaramente indicata al comma 4 dell'art. 180: “A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice **può scegliere di versare un canone all'operatore economico** che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi”.

La seconda opzione di erogazione è collocata nella prima parte del comma 5 sempre dell'art. 180: “L'amministrazione aggiudicatrice **sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita ex ante**”.

La terza opzione di remunerazione è quella anzidetta inserita nella seconda parte del comma 5 dove il privato “**si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo**”. Tutte le opere c.d a domanda possono trasformarsi con il meccanismo dello *shadow toll* in operazioni remunerate dalla PA ma con rischio mercato a carico del privato: parcheggi, strade, mobilità ecc .

Art.166: “Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, *fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte.*”

LIBERA STRUTTURAZIONE GARA

O predefiniti:

Procedura aperta (art. 60);

Procedura ristretta (art. 61);

Procedura competitiva con negoziazione (art. 62);

Dialogo competitivo (art. 64);

Partenariato per l'innovazione (art. 65);

Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (art. 63);

Finanza di progetto (art.183);

Finanza di progetto aprogrammatica o strettamente privata (art. 183, comma 15).

Art. 171, comma 7

“La stazione appaltante *può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti*. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni”.

La variante negoziale introduce un tasso di negoziazione con le potenziali controparti contrattuali mai visti in precedenza nella legislazione del *public procurement*.

L'art. 181 del Codice (Procedure di affidamento relative ai PPP) circoscrive la libertà invece valida solo per le concessioni: “La scelta dell’operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo”.

Si noti la preoccupazione di includere anche il dialogo competitivo, ma di escludere tutto ciò che sia a libera strutturazione, quello che non abbia un modello procedimentale definito nel Codice e anche tutto ciò che spinge a comportamenti con tassi di negoziazione non codificati pertanto la “variante negoziale” non potrà essere importata nei procedimenti di PPP.

Art. 181, comma 3, dove “La scelta è preceduta da **adeguata istruttoria** con riferimento:

all’analisi della domanda e dell’offerta della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell’operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell’operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto”.

Art. 181, comma 2 del Codice, relativo alle procedure di affidamento dei contratti di PPP, in cui la PA deve porre a base di gara un progetto definitivo

Art. 183 (Finanza di progetto), dove l'amministrazione pone a base di gara un progetto di fattibilità tecnica ed economica - che costituisce il primo livello di progettazione ex art. 23 del Codice - ed i concorrenti sono tenuti a presentare nell'offerta un progetto definitivo”

1. TAR SARDEGNA N. 213 del 10 Marzo 2011 -

ostato in essere senza una adeguata distribuzione dei rischi in violazione dei principi comunitari, e ciò vale anche per tutti i contratti di PPP, **è nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 del codice civile** recante “contratto in frode alla legge” per conseguire un risultato precluso dall'ordinamento.

2. Del. CORTE DEI CONTI Sez. Controllo N.352 del 2 Settembre 2011 –

- a) La locazione finanziaria (contratto di PPP) possa rappresentare una forma di indebitamento vietata agli enti che hanno violato il patto di stabilità; con la conseguenza indicata nell' art. 20, commi 10 e 12, della legge 111 del 2011 che così recita: “I contratti di servizio e gli altri atti posti in essere dalle regioni e dagli Enti locali che si configurano elusivi delle regole del patto di stabilità interno **sono nulli**”

- b) Qualora le sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti accertino che il rispetto del patto di stabilità interno è stato artificialmente conseguito mediante una non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai pertinenti capitoli di bilancio o altre forme elusive, le stesse irrogano agli amministratori che hanno posto in essere atti elusivi delle regole del patto di stabilità interno la condanna ad una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di 10 volte l'indennità di carica percepita al momento della commissione dell'elusione e, al responsabile del servizio economico

– finanziario una **sanzione pecuniaria fino a tre mensilità.**”

Art.181 (Procedure di affidamento) NUOVO CODICE

4. L'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi.

Art.182 (Finanziamento del progetto) NUOVO CODICE

2. Il contratto definisce i rischi trasferiti le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del negozio tali da assicurare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico.

LE MODIFICHE DEL CORRETTIVO D.Lgs. 57/2017 sono state ispirate a tutelare la bancabilità delle operazioni.

Innalzamento del contributo pubblico sia nelle concessioni che nei PPP dal 30% dell'investimento al 49%.

(Art. 165, comma 3) Stipula del contratto solo dopo che sia stata approvata la progettazione definitiva e la presentazione di idonea documentazione per il finanziamento.

Art. 165, comma 5) Risoluzione della concessione senza alcun rimborso se entro 18 mesi dalla stipula del contratto non sia stato chiuso il contratto di finanziamento.

(Art. 165, comma 6 e 176, comma 4. Risoluzione per revoca per PI o per inadempimento della concessione differente da revoca per mancato riequilibrio del PEF in particolare sul tema di risarcibilità dei contratti di copertura dalle fluttuazioni dei tassi di interesse.

La Decisione Eurostat del 2004

1-bis. Al fine di consentire la stima dell'impatto sull'indebitamento netto e sul debito pubblico delle operazioni di partenariato pubblico-privato avviate da pubbliche amministrazioni e ricadenti nelle tipologie indicate dalla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'Unità tecnica finanza di progetto della Presidenza del Consiglio dei Ministri le informazioni relative a tali operazioni, secondo modalità e termini indicati in un'apposita circolare da emanarsi d'intesa con l'Istituto nazionale di statistica. Dall'attuazione del presente comma non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

La Sezione delle autonomie della Corte dei Conti al fine di enunciare un principio di diritto al quale le Sezioni regionali devono confrontarsi adotta la pronuncia 26/2016

«con riferimento al leasing finanziario ed in particolare al leasing finanziario in costruendo, costituiscono senz'altro indebitamento e vanno contabilizzate secondo il metodo finanziario soltanto le operazioni poste in essere successivamente al 1° gennaio 2015, mentre, per i contratti stipulati prima di tale data, ai fini della loro contabilizzazione secondo il metodo finanziario o, in alternativa, patrimoniale, vanno considerate le caratteristiche concrete dell'operazione medesima e la collocazione dei tre rischi definiti dall'Eurostat nella decisione dell'11 febbraio 2004 nei rapporti tra contraente privato e contraente pubblico in applicazione dei criteri fissati dalle Sezioni Riunite con la deliberazione n. 49/CONTR/2011»

*La Sezione Controllo della Corte dei Conti per la Lombardia n. 36/2017 chiede al Presidente «se la qualificazione come indebitamento del contratto di leasing finanziario, disposta dall'art. 3, comma 17, della legge n. 350 del 2003, **includa**, come previsto dal paragrafo 3.25 del Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria, Allegato 4/2 al d.lgs. n. 118 del 2011, **anche il contratto, di partenariato pubblico- privato, di locazione finanziaria di opere pubbliche, disciplinato dagli artt. 3, comma 1, lett. eee), 180 e 187 del d.lgs. n. 50 del 2016, a prescindere dalla verifica, in concreto, della prevalente allocazione dei rischi alla pubblica amministrazione locataria, come prescritto, invece, dal Regolamento UE n. 549/2013 (SEC 2010) e dalle decisioni Eurostat, richiamate anche dal codice dei contratti pubblici»***

La Sentenza TAR Lazio 05702/2017 pubblicata l'11 maggio 2017 apre finalmente nei rapporti tra PA e Promotori privati, che hanno investito materialmente nella predisposizione della proposta, ad un procedimento dialettico di esame di fattibilità, integrazioni e modifiche senza che sia più possibile da parte della PA rigettare per PI o perché non erano state previste alcune opere, investimenti ulteriori o per incapienza finanziaria.

FORME SPECIFICHE

EPC: è il contratto con il quale un soggetto “**fornitore**” (= ESCO) si obbliga al compimento - con propri mezzi finanziari o tramite FTT - di una serie di servizi e di interventi integrati volti alla riqualificazione e al miglioramento dell’EE di un sistema energetico (impianto o edificio) di proprietà di altro soggetto (“**beneficiario**”), verso un corrispettivo correlato all’entità dei risparmi energetici (preventivamente individuati in fase di analisi di fattibilità) ottenuti in esito all’efficientamento del sistema.

Coinvolte normalmente due parti:

il “**beneficiario**”

il “**fornitore**”: anticipa i costi degli investimenti necessari per gli interventi da realizzare o, comunque, assume l’obbligo di reperire i mezzi finanziari tramite FTT

se soggetto finanziatore diverso dal “fornitore”, entra anch’esso nel rapporto contrattuale di EPC in qualità di parte: rapporto trilaterale,

Collegati all’EPC → tutti quegli accordi di carattere strumentale, che il fornitore stipulerà in relazione all’esecuzione del progetto

Contratto di durata caratterizzato dall'onerosità e corrispettività delle prestazioni.

Obbligazione del fornitore: obbligazione di risultato.

D.Lgs. 115: nozione normativa del contratto di EPC (o, come lo chiama il legislatore italiano, contratto di rendimento energetico)
“accordo contrattuale tra il beneficiario e il fornitore riguardante una misura di miglioramento dell’efficienza energetica, in cui i pagamenti a fronte degli investimenti in siffatta misura sono effettuati in funzione del livello di miglioramento dell’efficienza energetica stabilito contrattualmente” (art. 2, lett. I, D.lgs. 115).

Contratto nominato in quanto previsto dal legislatore, MA atipico, poiché privo di un compiuta disciplina legislativa.

L'EPC si attua normalmente utilizzando e combinando il meccanismo del FTT.

- Il D.Lgs. 115/2008 - attuativo della direttiva 2006/32/CE sull'efficienza negli usi finali dell'energia – (“D.Lgs. 115 art. 2, comma 1, lett. i)
- Esco: *persona fisica o giuridica che fornisce servizi energetici ovvero altre misure di miglioramento dell'efficienza energetica nelle installazioni o nei locali dell'utente e, ciò facendo, accetta un certo margine di rischio finanziario. Il pagamento dei servizi forniti si basa, totalmente o parzialmente, sul miglioramento dell'efficienza energetica conseguito e sul raggiungimento degli altri criteri di rendimento stabiliti”.*
- ESPCO: art. 2 , co. 1, lett. aa), Insieme di soggetti (ampio e disomogeneo) che rendono disponibile un servizio per un importo determinato o sotto forma di un valore aggiunto alla fornitura di apparecchiature o di energia. A differenza delle ESCO, le ESPCo:
 - non assumono su di sé alcun rischio, né tecnico, né finanziario,
 - sono remunerate sulla base delle prestazioni eseguite e non sulla base dei risultati dei progetti realizzati.

- Partecipazione al progetto di un soggetto terzo (che può essere la stessa ESCO o altro soggetto) che fornisce le disponibilità finanziarie necessarie alla realizzazione dell'intervento desiderato, purché esso sia caratterizzato da:
 - flusso di cassa stabile, originato dai risparmi energetici conseguiti;
 - Remuneratività del Progetto.

- **Shared saving** (risparmio condiviso): in base ai dati forniti dallo studio di fattibilità dell'intervento, al capitale investito e i tempi di rientro, la ESCO e il cliente condividono fin da subito, in proporzioni stabilite, i risparmi ottenuti.
- **First Out** (cessione globale limitata): il cliente riconosce alla ESCO, per un periodo di tempo limitato, il 100% dei risparmi conseguiti grazie all'intervento finanziato dalla stessa, per poi subentrare integralmente nella fruizione di tali risparmi, una volta che l'investimento è stato ripagato.
- **Guaranteed saving** (risparmio garantito): la ESCO si fa carico della progettazione, realizzazione e gestione degli interventi e garantisce il risultato, in termini di risparmio energetico ed economico, anche nei confronti degli enti finanziatori del progetto.
- **Four Step**: ottimizzazione della conduzione e manutenzione ordinaria (Step 1 - O&M: Operation and Maintenance); i risparmi ottenuti dall'O&M finanziano interventi di efficientamento semplici e a basso costo (*Step 2*); i risparmi generati da O&M e primi interventi finanziano l'attuazione di misure di taglia media (*Step 3*); i risparmi derivanti dalle tre fasi precedenti forniscono le risorse per le modifiche più impegnative e a più lungo tempo di ritorno (*Step 4*).
- **Pay from saving**,: le rate di rimborso del prestito, che il cliente/ESCO deve alla banca, non sono fisse, ma indicizzate agli effettivi risparmi conseguiti. In tale schema il piano di restituzione del debito dipende dal livello dei risparmi; in tale modello, tuttavia, il finanziatore deve essere in grado di valutare la bontà del progetto anche nella sua durata, nonché una serie di variabili.
- **Build-Own-Operate & Transfer (BOOT)**: la ESCO progetta, costruisce, finanzia, ha la proprietà e si occupa della conduzione del nuovo impianto per un certo periodo di tempo fissato, al termine del quale trasferisce la proprietà al cliente. ⇐ contratto di disponibilità?

-First in: all'utente è garantita una determinata riduzione della spesa energetica storica sostenuta negli anni precedenti all'intervento; così ad esempio, potrà essere garantita una riduzione minima della spesa energetica pari al 5% dell'importo risultante dall'ultima fattura. Il risparmio economico conseguito per effetto dell'intervento effettuato dalla ESCO - responsabile degli impianti, di cui manterrà la proprietà e la gestione fino alla conclusione del contratto - è introitato dalla ESCO per tutta la durata contrattuale che sarà fissata nel numero di anni necessari alla ESCO per coprire l'investimento da effettuare più l'utile di impresa, secondo le previsioni di risparmio energetico di progetto. I criteri per la valutazione del risparmio previsto e per la verifica del risparmio effettivamente conseguito sono contrattualmente definiti. (preventiva conoscenza dell'ammontare della spesa energetica da affrontare; rateizzazione della spesa energetica in importi fissi mensili, con eventuale conguaglio annuale; riduzione dei costi amministrativi; conseguimento di un risparmio energetico minimo garantito).

-Chauffage: il cliente affida la gestione dei propri impianti alla ESCO che provvede al pagamento delle bollette energetiche e delle fatture dei combustibili per tutta la durata del contratto, dietro il corrispettivo di un canone pari alla spesa energetica che il cliente affrontava prima dell'entrata in vigore del contratto, meno uno sconto pattuito.

-Contratto servizio energia "Plus": deve prevedere la riduzione dell'indice di energia primaria per la climatizzazione invernale di almeno il 10% rispetto al corrispondente indice riportato sull'attestato di certificazione, includere l'installazione di sistemi di termoregolazione asserviti a zone aventi caratteristiche di uso ed esposizione uniformi o a singole unità immobiliari, ecc.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE	ESCO /FORNITORI
VALUTAZIONE <i>EX ANTE</i> OPPORTUNITA' UTILIZZO ESCO	PREPARAZIONE OFFERTE
DIAGNOSI ENERGETICHE	CREAZIONE ORGANIZZAZIONE DI PROGETTO
STUDIO DI FATTIBILITA' TECNICO-ECONOMICO	REPERIMENTO PROVISTA FINANZIARIA
PUBBLICAZIONE BANDO DI GARA	DEFINIZIONE ARCHITETTURE CONTRATTUALI
VALUTAZIONE OFFERTE	GESTIONE OPERATIVA
	MANUTENZIONE E MONITORAGGIO
	REALIZZAZIONE IMPIANTO E COLLAUDO (FORNITORI)
	ESCO O GESTORE

Project Identification

Project Preparation

Project Procurement

Project Implementation

Ruolo Esco: la ESCO offre il finanziamento e fornisce una garanzia di risparmio ⇒ la ESCO si fa carico sia del rischio finanziario, sia di quello del rendimento;

la ESCO assume il rischio del rendimento e il cliente è responsabile del finanziamento;

i contratti *First Out* utilizzano tutti i risparmi sui costi energetici per pagare gli interessi e ammortizzare il debito, fino al rimborso completo;

i contratti per la gestione di energia in cui la ESCO è pagata per fornire un servizio energetico, come i contratti per il riscaldamento o l'illuminazione – c.d. “*chauffage*” (riscaldamento).

LA POSIZIONE ANAC

«Per ogni operazione di PPP le amministrazioni aggiudicatrici svolgono, preliminarmente, l'analisi dei rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, al fine di verificare la possibilità di trasferimento all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi nonché, per i contratti di concessione, del rischio operativo. Il trasferimento di tali rischi è condizione necessaria per la qualificazione giuridica del contratto come PPP e per la conseguente possibilità di applicazione delle procedure speciali previste per questo istituto. La revisione del PEF di cui agli artt. 165, comma 6, e 182, comma 3, del codice dei contratti pubblici non può essere parziale e deve riguardare tutti gli scostamenti dai valori indicati dell'equilibrio economico e finanziario. Gli eventuali scostamenti rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono riequilibrati con oneri e/o compensazioni a carico della stessa.»

«La matrice dei rischi individua e analizza i rischi connessi all'intervento da realizzare ed è utilizzata – in fase di programmazione - per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria e per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e – in fase di esecuzione – per il monitoraggio dei rischi. Le amministrazioni aggiudicatrici devono elaborare la matrice dei rischi e richiamare nella stessa i singoli articoli del contratto che definiscono il soggetto e le modalità di assunzione dei rischi. In caso di variazioni contrattuali o revisioni del PEF le amministrazioni aggiudicatrici devono accertare che le modifiche apportate non alterino l'allocazione dei rischi così come definita nella documentazione contrattuale e riportata nella matrice medesima. L'atto di modifica del contratto o di revisione del PEF deve dare conto della anzidetta valutazione. Le amministrazioni aggiudicatrici verificano la compatibilità dell'operazione posta in essere con i criteri dettati da Eurostat per l'eventuale contabilizzazione dell'intervento al di fuori del bilancio pubblico.»

L'amministrazione aggiudicatrice deve definire i dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi che l'operatore economico è tenuto a trasmettere con cadenza prefissata nella documentazione di gara tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto. In tale flusso informativo sono compresi i dati utilizzati dall'amministrazione per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario e, per le operazioni di PPP che interessano la realizzazione di opere pubbliche, anche quelli che le amministrazioni sono tenute a trasmettere, ai sensi degli articoli 5 e 9 del Decreto legislativo n. 229/2011, alla Banca dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP), istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'articolo 13 della legge n. 193/2009. Le amministrazioni aggiudicatrici definiscono, altresì, le modalità di acquisizione di tali dati da parte dell'operatore economico.

Le amministrazioni aggiudicatrici, per il tramite del Rup, coadiuvato dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, devono acquisire un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto, nel quale sia evidenziato l'andamento dei lavori in relazione al cronoprogramma, il rispetto degli SLA, l'esecuzione dei controlli previsti dal contratto, l'applicazione di eventuali penali o decurtazioni del canone e, in generale, ogni altro elemento di rilevanza contrattuale necessario per accertare la corretta gestione del contratto di PPP.

«Con riferimento all'importo del 50% del valore del contratto, che in passato rappresentava un limite massimo entro il quale si potevano affidare al contraente originario lavori e servizi complementari, nelle disposizioni dell'art. 106 e 175 tale vincolo non appare confermato, posto che ai sensi del comma 7 dell'art. 106, in caso di più modifiche successive, detto limite è calcolato con riferimento al valore di ciascuna modifica.

Diversa appare invece la corrispondente previsione dell'art. 175, comma 2, a tenore della quale «Nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere a), b) e c), per le concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II l'eventuale aumento di valore, anche in presenza di modifiche successive, non può eccedere complessivamente il 50 per cento del valore della concessione iniziale, inteso come valore quale risultante a seguito dell'aggiudicazione delle opere o dei servizi o delle forniture oggetto di concessione. Le modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice». La norma, da un lato, individua come importo massimo della variazione contrattuale il 50% del valore del contratto, dall'altro, esclude da tale limite economico le concessioni affidate in uno dei settori di cui all'allegato II del Codice, tra i quali rientra anche la messa a disposizione o la gestione di reti destinate a fornire un servizio al pubblico nel campo del trasporto ferroviario, tranviario, filoviario. Il Codice chiarisce in ogni caso che il ricorso a modifiche contrattuali non può essere fatto con finalità elusive della normativa dettata dal Codice (art. 106, co. 7 e art. 175, co. 2), aggirando quindi l'obbligo dell'affidamento mediante procedura di gara ed aggiunge che le predette modifiche non devono alterare la natura del contratto (art. 106, co. 4 e art. 175 co. 5), non devono cioè comportare una modifica sostanziale allo stesso, nel senso indicato dalle disposizioni di riferimento»

«Tali previsioni sono in linea sia con le direttive 23/2014/UE e 24/2014/UE, le quali prevedono rispettivamente all'art. 43 e all'art. 72 che la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto, sia con l'orientamento giurisprudenziale a tenore del quale (TAR Lazio Roma, sez. II-bis, 15 aprile 2013, n. 3801) occorre distinguere le varianti (consentite) in corso di esecuzione dalla rinegoziazione (non consentita). A questa stregua, le modifiche dell'opera sono vietate nella misura in cui abbiano attitudine a mutare in modo significativo il regolamento negoziale, conducendo alla realizzazione di opere differenti rispetto a quelle poste a base di gara. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, infatti, «le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di appalto devono ritenersi equivalenti ad una nuova aggiudicazione quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (Corte giustizia CE Grande Sezione, 13 aprile 2010, n. 91). Pertanto, la modifica di un contratto in corso di validità deve ritenersi "sostanziale" qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata.»

).

Anche la giurisprudenza nazionale avverte che, con lo svolgimento della procedura di evidenza pubblica e con la conseguente cristallizzazione negli atti di gara, delle condizioni del contratto alla cui conclusione essa risulta preordinata, l'ente perde la disponibilità del contenuto del rapporto contrattuale che resta regolato inderogabilmente alle risultanze della gara e perde correlativamente la capacità di convenire con la controparte condizioni diverse da quelle già esternate e conosciute dai partecipanti al confronto concorrenziale (in tal senso anche delibera Anac n. 610 del 31 maggio 2016, AG 21/2016/AP

Alla luce di tutto quanto, pertanto, nell'ambito di un rapporto concessorio è prevista la possibilità per la SA di procedere ad una modifica della convenzione conclusa con il concessionario originario, senza una nuova procedura di aggiudicazione, per l'affidamento allo stesso dei lavori e dei servizi supplementari, non inclusi nella predetta convenzione. Tale possibilità è tuttavia subordinata alla sussistenza dei presupposti tassativamente indicati dall'art. 175 del Codice; tra questi il rispetto del comma 7, il quale dispone che la modifica del rapporto concessorio non può alterare considerevolmente gli elementi essenziali del contratto, secondo le indicazioni di cui alle lettere da a) a d) della predetta disposizione.

Il comma 2, lett. c), dell' art. 14 del Codice dei contratti pubblici al tempo *vigente (d.lgs. 163/06)* recita come segue: *“Un contratto pubblico avente per oggetto dei servizi di cui all'allegato II e che preveda attività ai sensi dell'allegato I solo a titolo accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto è considerato un appalto pubblico di servizi”*. Il comma 3 dell'art. 14 prosegue poi affermando che: *“ai fini dell'applicazione del comma 2, l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto”*.

Pertanto, in linea con il criterio sostanzialistico di derivazione comunitaria, la disposizione richiamata prevede che se l'oggetto principale del contratto è costituito da servizi e i lavori, benché di valore economico superiore al 50%, assumono carattere meramente accessorio, *l'appalto sarà inquadrato come appalto di servizi*.

Alla luce di quanto sopra dedotto si conferma che la disciplina in materia di lavori pubblici deve trovare applicazione in tutti i casi in cui le pubbliche amministrazioni intendano avvalersi surrettiziamente della concessione in godimento di area pubblica o del trasferimento di un diritto di superficie di area pubblica, al fine di realizzare lavori pubblici ovvero opere, *ab origine* o in futuro, destinate a rientrare nella piena disponibilità della pubblica amministrazione. Per cui l'amministrazione è tenuta ad agire nel rispetto degli schemi tipici contemplati nella disciplina in tema di contratti pubblici, anche qualora intenda ricorrere a tipologie contrattuali sussumibili nell'alveo degli strumenti di partenariato pubblico-privato.

Ad oggi, sulla base della definizione di concessione di lavori di cui al citato articolo 3, comma 1,

lettera uu), del Codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante sembra avere due possibilità:

i) affidare la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori, ponendo a base di gara il progetto definitivo, e ii) affidare la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, ponendo a base di gara il progetto di fattibilità tecnica ed economica, che ha sostituito il progetto preliminare.

L'intenzione del legislatore delegato di ammettere la possibilità di affidare la concessione di lavori

ponendo a base di gara il progetto di fattibilità tecnica ed economica, demandando la redazione del progetto definitivo al concessionario, è rilevabile anche da ulteriori disposizioni normative riportate nella Parte III del Codice dei contratti pubblici. All'articolo 165, si afferma, infatti, che

la sottoscrizione del contratto di concessione è possibile solo a seguito dell'approvazione del progetto definitivo (comma 3) e che in alcuni casi di risoluzione del contratto, puntualmente individuati, le spese relative alla progettazione definitiva non saranno oggetto di rimborso.

Si ritiene, pertanto, che la concessione di lavori possa essere affidata ponendo a base di gara il progetto definitivo o il progetto di fattibilità tecnica ed economica.

L'Autorità, interpellata dalla stessa Regione Lazio si è pronunciata con parere del 12.2.2018 prot. 13091 in merito alla possibile rinegoziazione del canone contrattuale ai sensi dell'art. 165, comma 6 del d. lgs 50/2016 "per fatti non riconducibili al concessionario o se possa attivare il rimedio della risoluzione contrattuale per inadempimento nei confronti del concessionario stesso, ed infine se essa possa accordare la rinegoziazione del canone di concessione nelle more della risoluzione del contratto e dell'avvio di una nuova procedura di gara".

Con il predetto parere l'Autorità ha precisato che essa "non può sostituirsi all'amministrazione aggiudicatrice nell'accertamento dei presupposti legittimanti la modifica del contratto in corso di esecuzione, accertamento che è rimesso alla esclusiva competenza e responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice tenuta a valutare in concreto le reali esigenze espresse dalla parte privata rispetto alle condizioni contrattuali originariamente convenute".

In generale, prosegue il parere, in tema di modifica degli elementi sostanziali del contratto l'Autorità con Delibera 86/2017 si è richiamata al principio espresso dalla Corte di giustizia CE, Causa C-91/08 secondo cui "al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto".

L'Autorità ha quindi ritenuto che "fermo restando che compete all'amministrazione valutare quali siano le opportune azioni negoziali di reazione all'eventuale inadempimento delle obbligazioni da parte del concessionario, non appare percorribile la prospettata strada della rinegoziazione del canone contrattuale nelle more dell'avvio di una nuova procedura di gara per la stipula di una nuova concessione di servizi, ai sensi dell'art. 164 e segg. Del d. lgs. 50/2016, non trovando tale scelta legittimazione nella disciplina dei contratti pubblici".

, “alla luce di un’interpretazione coordinata delle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici, deve ritenersi esclusa la possibilità di applicare l’istituto dell’avvalimento alle gare, come quella in esame, indette ai sensi dell’art.179 del d.lgs 50/2016 nell’ambito del partenariato pubblico privato, quale quella indetta per la selezione del socio operativo della società mista affidataria del servizio pubblico”.

Tale esclusione trova giustificazione nel fatto che nel contratto di partenariato pubblico-privato l’elemento del rischio assume importanza fondamentale in quanto integralmente trasferito in capo all’operatore economico

Il caso in esame prende avvio da un primo ricorso in cui la società ricorrente, operante nel settore della fornitura di apparecchi per la regolazione del traffico stradale e di rilevazione delle infrazioni al codice della strada, impugnava il bando di gara e gli altri atti di gara con cui la Provincia di Varese aveva indetto una procedura di finanza di progetto per la concessione del servizio d'installazione, noleggio e manutenzione di dispositivi per la rilevazione delle infrazioni al codice della strada e prestazioni connesse. La Provincia e la società proponente si costituivano in giudizio. In seguito l'amministrazione provinciale annullava in autotutela gli atti della procedura di finanza di progetto di cui sopra, tramite la deliberazione del Presidente della Provincia e una successiva determinazione dirigenziale. La motivazione dell'annullamento si concentrava sulla considerazione che in realtà il servizio proposto non può rientrare né nell'ambito della concessione di servizi, né in quello del partenariato, trattandosi invece di un appalto di servizi. La società proponente pertanto ricorreva a sua volta in giudizio, per l'annullamento di tali deliberazioni. La Provincia e la società ricorrente nel primo ricorso si costituivano per il rigetto del gravame. L'Amministrazione ha sostenuto che, nel caso di specie, non poteva essere individuato nello schema contrattuale proposto dalla società una forma di "rischio operativo" come richiesto dalla legge. L'attività dell'operatore privato non era soggetta ai rischi ed alle "fluttuazioni di mercato": era previsto il pagamento di un canone fisso mensile a favore dello stesso, oltre ai compensi per la licenza software della piattaforma di gestione degli apparati e una percentuale sugli incassi dalle sanzioni pecuniarie comminate agli utenti. Il Tribunale ha ritenuto che la fattispecie in esame non rientra neppure nell'ambito del partenariato, facendo difetto la tipologia di rischi ex art. 180 c.3, ossia il rischio di domanda, di costruzione e di disponibilità; ha così concluso rigettando il ricorso e affermando che si tratta di un appalto di servizi. Il Tribunale, inoltre, ha rigettato la richiesta di risarcimento del danno proposta dalla ricorrente, seguendo l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa, ha sostenuto l'insussistenza della responsabilità civile nell'ipotesi di project financing, poiché non si forma responsabilità precontrattuale con riferimento alla valutazione positiva della proposta di PPP

La tesi del controllo su T.E.G., ancorché indiretto, è però contraddetta dall'esiguità della partecipazione del Comune, palesemente insufficiente a garantire un'autonoma influenza dominante sull'operato di Toscana Energia. T.E.G. risulta essere, pertanto, controllata di una società partecipata dal Comune di Massarosa, situazione che da tempo la giurisprudenza nazionale, sulla scia di quella europea, ha escluso essere impeditiva della partecipazione a gare indette dallo stesso ente pubblico contitolare del capitale sociale, non potendosi presumere che dalla compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente discenda un'automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento, in assenza di prova circa l'esistenza di specifiche violazioni delle regole di evidenza pubblica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3499, che richiama Corte Giustizia CE, 11 gennaio 2005, C-26/03 "Stadt Halle". In termini anche Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; C.G.A., sez. giurisd., 24 dicembre 2002, n. 692).

Le medesime considerazioni circa l'inconfigurabilità di impedimenti pregiudiziali non possono che valere per l'ipotesi in cui la società a partecipazione pubblica si renda presentatrice di proposte di project financing, salvo verificare caso per caso che, in concreto, l'amministrazione destinataria della proposta non abbia inteso indebitamente avvantaggiare la proponente da essa partecipata. Ma, nella specie, si è visto come gli elementi adottati dalla ricorrente a comprova del presunto favor verso T.E.G. si risolvano, in realtà, nella constatazione da parte del Comune dell'obiettiva incapacità della proposta di Engie di porsi come alternativa utilmente praticabile.



ENERGY PERFORMANCE
CONTRACT:
IPOTESI ATTUATIVE

- Contratto misto di lavori, servizi e forniture
- Fornitura di vettori energetici
 - Energia elettrica
 - Energia termica (gas naturale, gasolio, teleriscaldamento, ecc..)
- Servizi agli impianti (termici ed elettrici)
 - Gestione
 - Manutenzione ordinaria (programmata, di opportunità, sostitutiva a guasto)
 - Manutenzione straordinaria con gestione innovativa
- Riqualificazione energetica dei sistemi edificio-impianto
- Servizi generali (anagrafica, pronto intervento, sistemi informativi dedicati, ecc.)

- Durata del contratto:anni
- Importo a base d'asta: per l'intera durata contrattuale
- Tipologia contrattuale: EPC (energy performance contract)
- Finanziamento degli interventi di riqualificazione: misto parte in carico all'aggiudicatario (finanziato mediante risparmio) parte in carico alla SA (con finalità di benefici di natura tecnica e/o economica)
- Variabilità dell'importo: aggiornamento prezzi energia, stagionalità, modalità d'uso, attività, variazione del parco edifici-impianti
- Obiettivi premiali: definizione da parte della SA di obiettivi tecnologici
- Tipologia tariffaria: suddivisione in tariffa energetica, investimenti dell'amministrazione, «altro» (gestione, manutenzione, riqualificazione).
 - Tariffa energetica con limiti di consumo e risparmio condiviso
 - Tariffa «altro»: in funzione del parco impiantistico e dalla sua evoluzione
 - Investimenti dell'amministrazione: con modalità innovativa

- Stato attuale: tendenza generale prevede una quota annuale disponibile per manutenzione straordinaria (inclusi adeguamenti normativi) e riqualificazione affidata al contraente generale con elenco prezzi definiti in gara
- Criticità: monopolio sul mercato degli interventi e rischio di mancanza di dinamica di prezzo (difficoltà di controllo e non competizione sul prezzo)
- Proposta: definizione di un contributo fisso che il contraente generale rende disponibile per l'amministrazione ogni anno, integrata dall'amministrazione e finalizzata alla realizzazione degli interventi. Gli interventi saranno quindi posti a base di gara dall'amministrazione sulla base di un progetto reso disponibile dal contraente generale, ed eventualmente migliorato dall'amministrazione stessa; l'amministrazione definisce la base di gara ed – in funzione dell'importo – invita o affida a ditte specializzate. Il contraente generale resta escluso dalle procedure di gara

- Rischi dipendenti dal comportamento del mercato (variabilità dei prezzi dell'energia) sono a carico dell'Amministrazione
- Rischi derivanti dal comportamento dell'amministrazione (variabilità della domanda di comfort) sono a carico dell'Amministrazione
- Rischi derivanti dalla stagionalità (variabilità climatica) sono a carico dell'Amministrazione

TALI RISCHI POSSONO PRODURRE VARIABILITA' IN AUMENTO O IN DIMINUIZIONE; PIU' CHE RISCHIO SI TRATTA DI VARIABILITA' PERTANTO UNA EVENTUALE DIMINUIZIONE AVVANTAGGIA L'AMMINISTRAZIONE (inverno caldo si spende meno)

I meccanismi di verifica delle variabilità allocate all'Amministrazione sono governati da equazioni matematiche con dati di input da enti terzi (es. ARPA, AEEGSI).

- Il contraente generale gestisce e manutiene i sistemi edifici-impianti, perciò tutti i rischi connessi ai sistemi edificio-impianto sono a carico del contraente stesso.
- L'Amministrazione effettua attività di controllo verificando che la qualità del parco impiantistico migliori o comunque si conservi

- OBIETTIVO
- Conseguimento di risparmio energetico e emissioni (CO2) in condivisione dei vantaggi con il Gestore

- CONTROLLO
- Gestione integrata di strutture complesse
- Integrazione impiantistica impianti termici-elettrici

- INVESTIMENTI RILEVANTI
- Indirizzo “strategico” degli interventi
 - Nuovi efficientamenti e uso risorse rinnovabili
 - Interventi significativi edilizi
 - Aggiornamento impianti elettrici

- GESTIONE
- Gestione unitaria del complesso edilizio/impiantistico
- Sgravio interventi diretti manutentivi (da parte del Comune)
- Semplificazione contabile / fatturazioni



Ipotesi prestazioni elementi essenziali del Global Energy P.C.

Oggetto della prestazione	calore	climatizzazione estiva	Energia Elettrica	Illuminazione locali
Forniture e gestione				
Fornitura energia per riscaldamento e ACS	SI	SI		
Fornitura energia elettrica	SI	SI	parziale	SI
Manutenzione programmata e straordinaria imp.	SI	SI	SI	SI
Riqualificazione				
Progettazione, realizzazione e gestione di interventi di riqualificazione energetica	SI	SI	SI	SI
Attività tecniche				
Ruolo di Terzo Responsabile per gli Impianti per la Climatizzazione Invernale	SI	SI		
Costituzione e Gestione dell'Anagrafica Tecnica	SI	SI		
Costituzione e Gestione del Sistema Informativo	SI	SI		
Certificazione Energetica e/o Diagnosi Energetica degli immobili	SI	SI		

- *Elisa Valeriani «Public Procurement Mercato, comportamenti, contratti, conflitti» Cisalpino Editore 2013*
- *Parere Corte dei Conti Lombardia sezione controllo 439/2012/PAR*
- *AVCP: Documento di consultazione «Finanza di progetto. Revisione della Determinazione n. 1/2009, Linee Guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. «terzo correttivo» e della Determinazione n. 2/2010, Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di lavori pubblici*
- *Una guida ai PPP – Manuale di Buone prassi – EPEC UFTP 2011*
- *Guidance on Energy Efficiency in Public Buildings, EPEC, 05/2012*
- *D.Lgs. 30 maggio 2008 n. 115 (in Gazz. Uff., 3 luglio, n. 154). - Attuazione della direttiva 2006/32/CE relativa all'efficienza degli usi finali dell'energia e i servizi energetici e abrogazione della direttiva 93/76/CEE*
- *Efficiency – Quaderni di efficienza energetica – Le società di servizi energetici – Energie service companies ESCO – Renael (Rete Nazionale delle Agenzie Energetiche Locali) e Ministero dell'Ambiente e della tutela del Territorio*



Avv. Elisa Valeriani
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Studio Legale Valeriani e Partners
Via L. Nobili, 3
Reggio Emilia
avv.valeriani@valerianipartners.it