

15 Gen 2020

Dai requisiti al progetto: i 7 nodi del Ppp da sciogliere con il regolamento appalti

Velia M. Leone (*)

Il nuovo regolamento di attuazione del codice appalti (Dlgs 50/2016) costituisce il completamento della disciplina del codice per renderne più fruibile l'applicazione e garantire la certezza del diritto. Il regolamento manderà in pensione le linee guida dell'Anac, ma non tutte. Di conseguenza, nonostante l'intenzione iniziale del legislatore fosse quella di evitare il rischio di sovra-normazione - sperimentata con il precedente sistema giuridico -, i processi pubblici di acquisto saranno disciplinati, ancora una volta, sulla base di una complessa ed eterogenea disciplina costituita dal codice, dal regolamento e dalle linee-guida non abrogate.

Questo assetto frammentato e di non facile interpretazione non aiuta l'applicazione delle norme in materia di contratti pubblici - che, nelle intenzioni del legislatore europeo, sono volte a stimolare un mercato più competitivo ed aperto -, né a creare un clima di maggiore fiducia e dialogo tra gli operatori economici e le pubbliche amministrazioni: tutti elementi necessari soprattutto quando si intenda ricorrere ad operazioni sofisticate per raggiungere obiettivi più ambiziosi, in termini di efficienza ed efficacia.

Tali questioni - che valgono in generale per tutti i temi trattati dal codice appalti - sono vieppiù significative in tema di contratti di concessioni, attraverso cui realizzare operazioni di partenariato pubblico-privato (Ppp). Ciò in quanto il codice ha introdotto, per la prima volta, una disciplina compiuta ed articolata su queste materie, grazie al recepimento della Direttiva 23/2014 sui contratti di concessione. Già questa prima constatazione rende evidente come le prescrizioni del vecchio regolamento appalti non possano essere adeguate a completare le partizioni del codice in relazione ai contratti di concessione/Ppp.

Inoltre, per quanto riguarda il Ppp, la seconda bozza di regolamento (Bozza II), circolata alla fine dello scorso mese di novembre, non risolve, alcune lacune normative, né i dubbi interpretativi concernenti la corretta applicazione, sostanziale e procedurale, del codice.

Tali incertezze - ancorché il codice non rinvii espressamente al regolamento per la relativa disciplina attuativa e nonostante lo stesso non possa modificare l'errata impostazione del codice in questo settore - potrebbero, almeno in parte, essere superate in fase di revisione della Bozza II, così da rendere più fluido l'impiego dei modelli di Ppp da parte delle pubbliche amministrazioni, potenziando la possibilità di attrarre competenze e risorse provenienti dal settore privato, a tutto vantaggio del perseguimento dell'interesse pubblico e dei cittadini.

Pertanto, nella revisione della Bozza II, con riferimento ai contratti di concessione/Ppp, si potrebbero affrontare anche i seguenti aspetti.

1) Requisiti tecnico-economici del concessionario

Considerata l'ultrattività del regolamento previgente, da un lato, e la genericità dell'art. 172 del Codice, dall'altro, gli stessi sono, attualmente, di fatto, ancora quelli disciplinati dall'art. 95 del vecchio regolamento, il quale è stato congegnato per le concessioni di lavori, senza, tuttavia,

preconizzare un adeguato sistema di qualificazione per i concessionari di servizi. La Bozza II, per ora, riproduce esattamente i contenuti della suddetta disposizione, ignorando la fondamentale circostanza che, oggi, anche a livello Ue, concessioni di lavori e di servizi sono disciplinate unitariamente. Tuttavia, proprio per questi requisiti sussistono delle differenze tra le due tipologie di contratti di concessione: basti pensare alla peculiarità tutta italiana delle Soa.

2) Requisiti del proponente

ai sensi del comma 17 dell'art. 183 del Codice, gli operatori economici, che intendono presentare una proposta a iniziativa privata (ex art. 183, comma 15 dello stesso Codice), devono essere in possesso dei requisiti tecnico-economici di cui al comma 8 dello stesso articolo, ossia quelli previsti per il concessionario, oppure avere i requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici anche per servizi di progettazione, eventualmente associandosi o consorziandosi con enti finanziatori e con gestori di servizi. Quest'ultima espressione è molto ambigua e non del tutto sovrapponibile a quanto previsto, attualmente, dall'art. 96 del Regolamento previgente. Il testo della Bozza II non disciplina affatto tale questione, che, all'atto pratico, pone dubbi operativi sia alle pubbliche amministrazioni, che agli operatori economici;

3) Garanzie

Le modalità corrette per il calcolo della garanzia provvisoria ex art. 93 del Codice in relazione ai contratti di concessione/Ppp non sono chiaramente identificate nel Codice. In particolare, se si applica meccanicamente il dettato dell'art. 93 ai modelli concessori/Ppp, calcolando la garanzia sul valore del contratto (ossia, dei ricavi complessivi stimati), si genera - specie per quelle concessioni ove il valore dei ricavi sia molto elevato, a fronte dei rilevanti investimenti sostenuti dall'operatore economico - la necessità, per questi ultimi, di ottenere garanzie di importo ragguardevole, difficilmente reperibili sul mercato. Pur comprendendo l'esigenza di tutela della pubblica amministrazione, in tale fase procedurale, potrebbe essere utile commisurare l'importo di questa tipologia di garanzia su valori più ragionevoli, ad esempio una percentuale del valore del contratto e per un arco temporale più limitato, così da consentire ad un maggior numero di operatori economici di ottenere queste garanzie e poter partecipare ad un maggior numero di gare;

Non risulta poi adeguatamente chiarito il rapporto che intercorre tra la garanzia ex art. 93 del Codice, da accludere alla proposta a iniziativa privata, con l'omologa garanzia che il proponente - a quel punto divenuto promotore -, come anche gli altri concorrenti, deve allegare all'offerta da presentare nel corso della c.d. "gara a valle". Da un punto di vista pratico, avrebbe più senso chiedere al promotore di confermare la garanzia ex art. 93 del Codice, quando partecipa alla successiva gara, senza dover ripresentare una nuova garanzia, che comporta costi aggiuntivi e ulteriori adempimenti amministrativi.

In materia di esecuzione del contratto di concessione, inoltre, sarebbe opportuno coordinare ed armonizzare le disposizioni concernenti la garanzia definitiva, ex art. 103 del Codice, con quelle concernenti l'analoga cauzione, richiesta al concessionario, ai sensi dell'art. 183, comma 13 del Codice, a «garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio»: ciò in quanto, si è in presenza di una parziale sovrapposizione.

Infine, la disciplina sia della quantificazione della garanzia definitiva - che presenta lo stesso problema rilevato per la garanzia provvisoria -, sia del suo svincolo progressivo è pensata, esclusivamente, in funzione delle fasi di realizzazione dei lavori - gli stadi di avanzamento lavori e relativo collaudo - e mal si adatta alle concessioni/Ppp di servizi.

4) Procedura a iniziativa privata

Sarebbe opportuno disciplinare alcuni dei passaggi procedurali previsti per la procedura a iniziativa privata, di cui all'art. 183, comma 15 del Codice, che sono stati, nel frattempo, oggetto

di interpretazioni giurisprudenziali, non sempre univoche, affinché tale strumento possa essere utilizzato dagli operatori economici e dalle pubbliche amministrazioni in un quadro giuridico di riferimento certo, che limiti lo spazio per ambigue ed estemporanee prassi operative. Ad esempio, potrebbe essere utile:

- chiarire la perentorietà effettiva del termine dei tre mesi per la valutazione della proposta, magari estendendolo a sei mesi, per interventi più complessi o sopra una certa soglia, ma evitando di dilatare eccessivamente i tempi, a scapito della sostenibilità economico-finanziaria dell'intervento;

- indicare una linea di condotta alle pubbliche amministrazioni in presenza di più proposte, giunte in tempi diversi, ma aventi medesimo oggetto, senza che ciò pregiudichi i due interessi contrapposti, ossia, da un lato, l'interesse pubblico e, dall'altro, la libera concorrenza;

5) Risoluzione/recesso/revoca/sospensione dell'erogazione delle prestazioni/contabilità

Sarebbe opportuno, anche in una prospettiva deflattiva del contenzioso, un approfondimento specifico - unicamente - su tali aspetti esecutivi, adeguando la relativa disciplina alle peculiarità dei contratti di concessione/Ppp. Per gli altri contenuti del contratto è sufficiente l'indice ragionato previsto dall'art. 129 della Bozza II, senza preconstituire, ex ante, le relative previsioni che dovranno essere modellate sulla base delle specificità di ogni operazione.

6) Asseverazione

La valenza e funzione dell'asseverazione andrebbe ripensata perché, attualmente, la stessa non fornisce alcuna garanzia di sostenibilità del piano economico-finanziario (Pef) e non appare essere più in linea con le prescrizioni del Codice, che, espressamente, comminano la risoluzione del contratto di concessione/Ppp se non si arriva al financial close entro 18 mesi dalla sua stipula (art. 165, comma 5 del Codice). Sotto un diverso profilo, il Consiglio di Stato, nel parere sulle Linee-guida Anac n. 9, ha evidenziato che il Ppp costituisce un fenomeno economico-finanziario, disciplinato attraverso un contratto atipico. Questi due riferimenti sono già più che sufficienti ad evidenziare l'inadeguatezza della Bozza II, che non compie alcun passo avanti rispetto al Regolamento previgente, riproducendone, sostanzialmente, la disciplina, fatto salvo il - corretto - ampliamento del novero dei soggetti abilitati a produrre tale attestazione, come indicato dall'Antitrust nella segnalazione (AS1621, dell'8 ottobre 2019). Si ritiene che il regolamento dovrebbe recuperare l'originaria ratio dell'istituto dell'asseverazione, evidenziandone la natura di strumento a garanzia della sostenibilità economico-finanziaria del Pef, afferente lo specifico contratto di concessione/Ppp, a tutela sia del settore pubblico, che potrà farvi affidamento, sia di quello privato, che potrà contare sull'expertise e la credibilità di un soggetto terzo, accreditato e sottoposto a vigilanza - come le banche e le società di revisione - per sostenere la correttezza delle proprie valutazioni imprenditoriali;

7) Progetto di fattibilità tecnica ed economica (Pfte)

I contenuti dei livelli di progettazione per la realizzazione di opere pubbliche costituivano uno degli aspetti cardine sui quali il Codice rinviava espressamente alla disciplina attuativa e dovranno essere uno degli aspetti più qualificanti del Regolamento. Con particolare riferimento al Pfte, sarebbe utile armonizzare e raccordare le relative disposizioni - specie con riferimento al "documento di fattibilità delle alternative progettuali" e all'analisi della c.d. "opzione zero", costituenti elaborati tecnico-strategici di appannaggio delle pubbliche amministrazioni - al caso della proposta a iniziativa privata, in cui il Pfte è predisposto dall'operatore economico proponente.

In conclusione, è auspicabile che l'adozione del regolamento possa, effettivamente, costituire, nel rispetto della gerarchia delle norme, l'occasione per superare le suesposte incongruenze normative/interpretative, così da assicurare la necessaria certezza giuridica del complessivo quadro regolatorio in materia di affidamento ed esecuzione dei contratti di concessione/Ppp,

garantendone una maggiore fruizione, a vantaggio di tutto il mercato, inteso in senso largo, ossia non solo gli operatori economici e le amministrazioni, ma anche i cittadini che, in tal modo, potranno godere di una migliore qualità delle infrastrutture e dei servizi pubblici o di pubblico interesse.

Una normativa più chiara, solida e stabile nel tempo può costituire una base migliore per rendere le concessioni/Ppp di più facile applicazione, non relegandoli più a procedure eccezionali.

() Avvocato - SDA Bocconi School of Management*