

## Il Commento Appalti

# Partnership pubblico-privati: i dieci punti da modificare nel Codice appalti per realizzarla davvero

di Velia M. Leone\*

02 Dicembre 2022

Mentre proseguono i lavori di revisione del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. (il "Codice"), sulla base della bozza di decreto predisposto dalla Commissione, istituita presso il Consiglio di Stato, pubblicata il 20 ottobre (la "Bozza"), in conformità con la legge delega 21 giugno 2022, n. 78 (la "Delega") appare utile soffermare l'attenzione sul tema delle concessioni e dei c.d. contratti di partenariato pubblico-privato ("PPP"), come, attualmente, disciplinati nel Codice e come modificati nella Bozza.

Il punto di partenza sono due presupposti fondamentali: da una parte, la constatazione che il modello concessorio garantisce una significativa accelerazione agli investimenti, come dimostrato dai dati empirici, e fortemente necessaria nel quadro delle tempistiche di spesa, dettate dal Pnrr, e, dall'altra, la necessità che l'agognata semplificazione debba, necessariamente, ispirarsi alla ratio della Direttiva 2014/23 UE in materia di concessioni (la "Direttiva Concessioni"), così da essere conforme con il mandato della Delega. Di seguito, si riportano le 10 questioni, a parere della scrivente, più rilevanti, da emendare rispetto alla Bozza, per conseguire i risultati di semplificazione e, così, garantire maggiore fruizione dei modelli concessori, aumentando la possibilità di utilizzare capitali privati come miglior leva per l'efficace ed efficiente impiego delle risorse pubbliche.

### 1. Separazione Parte III e Parte IV del Codice

La Bozza ha, correttamente, inciso sulla partizione sistematica del Codice, superando l'attuale dicotomia PPP vs. contratti di concessione - non presente nella Direttiva Concessioni, che ha creato molti problemi interpretativi, che si sono tradotti in ritardi e/o fallimento di operazioni - unificando le parti III e IV del Codice. Nell'art. 174 della Bozza, però, andrebbe più chiaramente specificato che tutte le forme di PPP sono riconducibili alla categoria dei contratti di concessione ai sensi della Direttiva Concessioni, in quanto tutte devono comportare il trasferimento del rischio operativo, e che l'elenco delle diverse fattispecie contrattuali - o meglio procedurali (cfr. terzo comma dello stesso articolo) - di natura meramente esemplificativa, descrive contratti rientranti nella categoria della concessione e non del PPP, che, appunto, non è un modello contrattuale previsto dalla Direttiva Concessioni.

## **2. Definizione delle tipologie di rischio**

La Bozza, correttamente, elimina il riferimento specifico al rischio di costruzione, inserendo, di converso, espressamente, il concetto di rischio di offerta, così ponendo offerta e domanda sullo stesso piano. Si tralascia, però, di chiarire che il corrispettivo viene erogato non necessariamente a fronte della disponibilità dell'"opera", ma, più generalmente, a fronte degli investimenti che il concessionario deve realizzare, potendo l'oggetto del contratto consistere anche nella realizzazione solo di servizi pubblici, anche basati su c.d. "infrastrutture immateriali", o su elementi fissi di natura diversa da quella edile o impiantistica. Inoltre, sarebbe utile evidenziare, sulla scorta di quanto definito nella Direttiva Concessioni, che il rischio operativo debba concretizzarsi in una perdita potenziale non meramente nominale, né "trascurabile". Difetta un richiamo diretto alla c.d. matrice dei rischi, che non viene neanche nominata, mentre è nota la sua utilità in relazione al corretto mantenimento dell'allocazione del rischio, in fase di esecuzione del contratto. Infine, l'art. 177 della Bozza elimina qualsiasi tetto normativo al contributo pubblico, richiamando solo la soglia fissata dalle decisioni Eurostat - ossia, 50% dell'investimento -, tralasciando il fatto che un contributo elevato possa, da un lato, erodere eccessivamente il rischio di investimento assunto dal concessionario e, dall'altro, costituire un aiuto di Stato, laddove non adeguatamente giustificato in sede di gara come "prezzo di mercato".

## **3. Programmazione, livello di progettazione e monitoraggio**

La Bozza elimina, anche per gli appalti, il livello di progettazione definitivo. Tuttavia, nelle disposizioni procedurali relative a PPP/Concessioni sono, più volte, richiamati "successivi livelli di progettazione" a valle del progetto di fattibilità economico-finanziaria (il "PFTE"), che costituisce il livello minimo di progettazione da porre a base di gara. Questa distonia va corretta. Quanto al monitoraggio (cfr. art. 175 della Bozza), da un lato, non è chiaro quali siano gli aspetti sottoposti a monitoraggio da parte del DIPE e, dall'altro, la presenza di una banca dati ulteriore dedicata alle sole modalità di finanziamento appare ridondante.

## **4. Requisiti**

La Bozza lascia ampia libertà agli enti concedenti (gli "EC") per la fissazione dei requisiti di partecipazione alle gare di aggiudicazione delle concessioni/PPP, prevedendo, unicamente, che i requisiti richiesti siano non discriminatori e proporzionati all'oggetto della concessione, nonché correlati alla capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'obiettivo di garantire una concorrenza effettiva (cfr. art. 183). Questo approccio, sebbene in linea con la Direttiva Concessioni, rischia di rendere più complessa e arbitraria la gestione della qualificazione, soprattutto in caso di proposte ad iniziativa privata (su cui si veda infra).

## **5. Piano economico-finanziario**

L'art. 185 della Bozza prevede, correttamente, che l'aggiudicazione debba avvenire all'esito della valutazione del piano economico-finanziario (il "PEF"). Tuttavia, si fa riferimento all'adeguatezza e alla "veridicità" del PEF: tale veridicità non è chiaramente valutabile da una commissione di gara, la quale non può che valutare la correttezza delle assunzioni e dei calcoli che ne derivano. Inoltre, non è esplicitato – anche se appare implicito – che la valutazione del PEF sostituisce la verifica dell'anomalia delle offerte.

## **6. Subappalti**

La disciplina del subappalto (art. 174) è costituita dal mero rinvio alle norme in materia di subappalto per gli appalti. Occorrerebbe, di converso, da un lato, chiarire la differenza tra appalti e subappalti del concessionario e, dall'altro, differenziare e semplificare la materia dei subappalti, tenendo conto del diverso livello di responsabilità che il concessionario si assume, rispetto all'appaltatore.

## **7. Proposta ad iniziativa privata**

La Bozza identifica la "finanza di progetto", unicamente, con la procedura ad iniziativa privata, attualmente disciplinata dall'art. 183, commi 15 e ss. del Codice, non riproducendo le disposizioni sulla procedura ad iniziativa pubblica, attualmente previste dall'art. 183, commi 1-14 del Codice. Questa semplificazione è opportuna, tuttavia, rispetto alla procedura ad iniziativa privata, emergono diversi punti critici, segnatamente:

- a) non è previsto che il proponente dichiari il possesso dei requisiti, né che presenti alcuna garanzia;
- b) è, per contro, mantenuto l'obbligo di asseverazione del PEF, anche se è ormai risaputo che l'asseverazione non riesce a garantire la sostenibilità, o c.d. "bancabilità", dell'operazione;
- c) non è più previsto alcun termine per la valutazione delle proposte, né si specifica alcunché per l'ipotesi in cui pervengano più proposte aventi un perimetro simile o sovrapponibile. Sarebbe utile, invece, mantenere un termine, massimo, di sei mesi (ma non di più perché altrimenti si perderebbe uno dei vantaggi procedurali costituito da questo strumento), con opportuni meccanismi sanzionatori incidenti, però, solo sulla valutazione del personale dell'EC. Inoltre, deve essere chiarito che, in caso arrivino più proposte, le stesse devono essere tutte analizzate, in via comparativa e non secondo un criterio cronologico;
- d) è apprezzabile il chiarimento circa la possibilità del proponente di modificare la propria compagine fino alla presentazione dell'offerta nella gara c.d. "a valle", tuttavia, non essendo più prevista la dichiarazione dei requisiti, né la presentazione della garanzia provvisoria in sede di proposta, è venuto meno l'obbligo per il promotore di partecipare a tale gara, che, di converso, nell'attuale Codice, sicuramente, rappresenta uno dei significativi vantaggi per l'amministrazione visto che, in tal modo, si evita la gara deserta;
- e) non è, di converso, opportuno delegare all'EC la decisione, di volta in volta, di optare per il diritto di prelazione, o, alternativamente, per il punteggio premiale. La mancanza di indicazioni chiare e

note sin dall'inizio su questa opzione rischia di scoraggiare gli operatori, rispetto alla presentazione di proposte ad iniziativa privata, in mancanza dello stimolo rappresentato dal diritto di prelazione;

f) per quanto riguarda i criteri di aggiudicazione, il riferimento alla «quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica» non appare un'indicazione generalizzabile per tutte le concessioni, essendo maggiormente attinente solo a quelle di natura sperimentale;

g) dovrebbe essere chiarito che l'eventuale sollecitazione di proposte può avvenire anche con modalità diverse dall'avviso e, soprattutto, che il procedimento conseguente non è una procedura di aggiudicazione.

## **8. Garanzie**

Nella Bozza, per quanto riguarda la proposta ad iniziativa privata, è prevista una garanzia definitiva da presentarsi in sede di stipula del contratto e, successivamente, in fase di esecuzione, una ulteriore garanzia a copertura delle penali. Questa sovrapposizione rende molto complessa e inutilmente costosa la fase di esecuzione, anche perché non è chiaro quali possano essere le modalità di svincolo delle garanzie stesse. Occorrerebbe, invece, prevedere che la garanzia definitiva si limita alla sola fase dei lavori/investimento (ed è calcolata sull'importo dell'investimento iniziale - capex) e che la garanzia a copertura delle penali, pari al 10% del costo annuo di gestione e progressivamente svincolata, deve essere prestata al momento dello svincolo della garanzia precedente e coprire le obbligazioni del concessionario per il resto della durata della concessione.

## **9. Questione particolari forme contrattuali (artt. 196, 197 e 200 della Bozza)**

Le forme contrattuali particolari - quali il leasing in costruendo e il contratto di disponibilità, o l'EPC - non necessitano di essere contemplate in specifici articoli, ma andrebbero più correttamente elencate in un unico articolo relativo alle varie tipologie di contratti di concessione.

## **10. Società di scopo (art. 194 della Bozza)**

In relazione alle modalità di uscita/sostituzione dei soci, non è adeguatamente indicato il termine decorso il quale i soci, che hanno contribuito alla qualificazione, possono uscire dalla società di scopo, il quale dovrebbe essere differenziato tra soci costruttori (per i quali può rimanere fermo il termine al collaudo) e soci gestori (per i quali deve essere individuato un termine congruo in funzione delle caratteristiche delle singole operazioni).

*(\*) Studio legale Leone&Associati*

