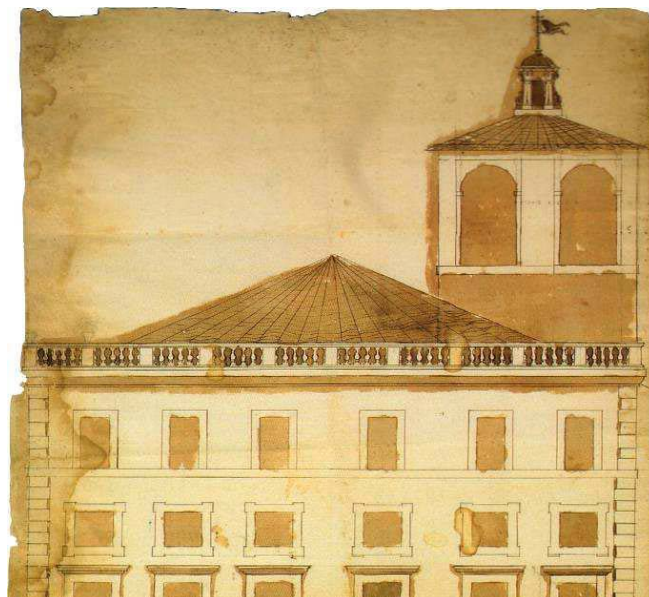


*Autorità per la vigilanza
sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture*



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 concessione di lavori pubblici”.*

ottobre 2013

Sommario

1	Oggetto della consultazione	3
2	Il project financing	4
2.1	<i>La struttura</i>	4
2.2	<i>Analisi dei rischi</i>	7
2.3	<i>PSC (Public sector comparator)</i>	8
3	Le criticità del Project Financing.....	10
4	Le modifiche normative intervenute.....	14
4.1	<i>Il regolamento di attuazione del Codice appalti</i>	14
4.2	<i>Il cd. decreto sviluppo (d.l. 13 maggio 2011 n. 70).....</i>	15
4.3	<i>La legge di stabilità 2012 (L. n. 183 del 12.11.2011)</i>	16
4.4	<i>Il cd. “Salva Italia” (d.l. 6 dicembre 2011 n. 201)</i>	16
4.5	<i>Il “decreto liberalizzazioni” (d.l. 24 gennaio 2012 n.1)</i>	16
4.6	<i>Il “decreto semplificazioni” (d.l. n. 5 del 9 febbraio 2012).....</i>	18
4.7	<i>Il decreto denominato “cresci Italia” (d.l. n. 83 del 22 giugno 2012).....</i>	18
4.8	<i>Il decreto “del fare” (d.l. n. 69 del giugno 2013)</i>	19
4.9	<i>Le ulteriori possibili modifiche normative</i>	20
5	Gli effetti delle due determinazioni.....	21
6	Il project financing nei servizi	24
6.1	<i>La concessioni di servizi su iniziativa dei privati.....</i>	24
6.2	<i>Il contenuto delle proposte</i>	25
6.3	<i>Le proposte fuori programmazione</i>	26
6.4	<i>Profili di criticità</i>	27
6.4.1	<i>L'intervento dei privati e la programmazione</i>	27
6.4.2	<i>I requisiti del proponente nei servizi</i>	28
6.4.3	<i>Il diritto di prelazione.....</i>	29
6.4.4	<i>L'iter procedurale</i>	30
6.4.5	<i>Il rinvio alle discipline settoriali ed alle disposizioni del Codice</i>	31
7	La revisione delle due determinazioni	32
7.1	<i>Le modifiche alla determinazione n. 1/2009.....</i>	32
7.1.1	<i>Le fasi della programmazione</i>	33
7.1.2	<i>Le modalità dello svolgimento della procedura a gara unica</i>	35
7.1.3	<i>Lo svolgimento della procedura a doppia gara (comma 15)</i>	37
7.1.4	<i>Lo svolgimento della procedura ad iniziativa dei privati (comma 16).....</i>	37
7.1.5	<i>Lo svolgimento della procedura ad iniziativa dei privati (comma 19).....</i>	37
7.2	<i>Le modifiche alla determinazione n. 2/2010.....</i>	38
8	Lo studio di fattibilità.....	41

1 Oggetto della consultazione

La presente consultazione prende avvio dalla necessità di aggiornare le Determinazioni 14 gennaio 2009, n. 1, *Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo"*, e della Determinazione 11 marzo 2010, n. 2, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*, a seguito dei numerosi interventi normativi che hanno interessato la materia. Rispetto al momento di adozione delle due determinazioni sono intervenute numerose modifiche normative, tra cui, in primo luogo, l'entrata in vigore del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (di seguito Regolamento) recante le norme di esecuzione ed attuazione del d.Lgs 12 aprile 2006, n.163 (di seguito Codice). Le due determinazioni possono essere scaricate ai seguenti link:

- <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/ Atto?ca=3665>

- <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/ Atto?ca=4174>

Inoltre, è opportuno sottolineare che, all'esito della presente consultazione e dell'esperienza maturata per i bandi-tipo di lavori, l'Autorità intende aggiornare i bandi-tipo per le procedure di *project financing*.

Con l'occasione della riformulazione delle citate determinazioni si intende anche verificare in quale misura le stazioni appaltanti hanno fatto ricorso alle linee guida ivi contenute e se hanno sperimentato problemi nell'applicazione delle stesse, ovvero se ritengono necessario che l'Autorità si pronunci su altre questioni connesse con l'oggetto dei due interventi.

Infine, un intervento chiarificatore delle modalità di attuazione della normativa in materia di finanza di progetto e, in generale, di partenariato pubblico-privato deve necessariamente tener conto delle numerose problematiche applicative che interessano non solo l'Italia, ma la generalità dei paesi europei. Per risolvere tali problemi il legislatore è appunto intervenuto più volte in materia, modificando spesso le norme, in alcuni casi anche prima che le stesse avessero potuto produrre i propri effetti.

Il presente documento di consultazione si compone di sette paragrafi, relativi a:

- a) analisi delle caratteristiche economiche della finanza di progetto;
- b) evidenza delle criticità riscontrate nella prassi applicativa;
- c) ricostruzione dettagliata delle modifiche normative intervenute;
- d) verifica degli effetti prodotti dalla citate determinazioni per l'operatività delle stazioni appaltanti e degli altri attori del mercato;
- e) possibili ipotesi di modifica alla determinazione n. 1/2009;

- f) possibili ipotesi di modifica alla determinazione n. 2/2010;
- g) indicazione di eventuali integrazioni ritenute necessarie per lo studio di fattibilità.

Al termine di ciascun paragrafo sono presenti dei box riassuntivi con l'indicazione di specifiche domande su cui si sollecita una risposta. Si invitano tutti i soggetti interessati a presentare le proprie osservazioni, seguendo lo schema proposto.

In esito alla consultazione l'Autorità si riserva di valutare l'opportunità di proporre una o più atti di determinazione nel/i quale/i si terrà conto delle osservazioni presentate, nonché un documento di accompagnamento; eventuali osservazioni o richieste estranee alla stessa saranno considerate come non pervenute all'Autorità.

2 Il project financing

2.1 La struttura

Con il termine “finanza di progetto” si indica una tecnica finanziaria che consente il finanziamento di un'iniziativa attraverso la costituzione di un “veicolo *ad hoc*”, tecnicamente *special purpose vehicle* (SPV)¹. In quanto tecnica finanziaria, si applica ai progetti con autonoma capacità di generare ricavi, attraverso una struttura contrattuale di allocazione dei rischi con due obiettivi principali:

1. limitare gli impegni a carico dei finanziatori (o sponsor);
2. garantire le ragioni di credito degli sponsor mediante i flussi di cassa attesi dal progetto.

Coerentemente con tali obiettivi, sono tre le caratteristiche immanenti di tale operazione:

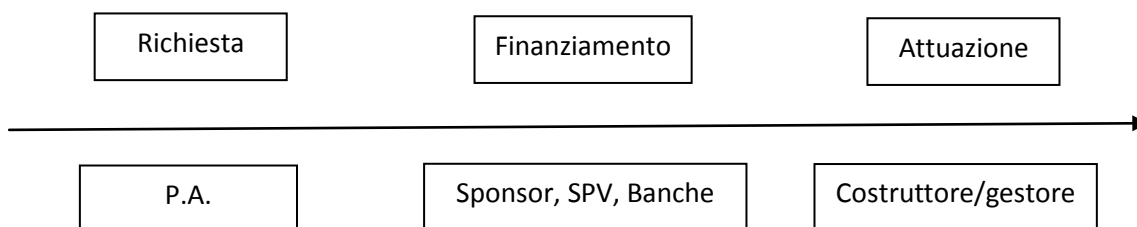
- a) la finanziabilità del progetto, intesa come verifica della produzione dei flussi di cassa sufficienti a coprire i costi operativi, a remunerare il capitale di debito e garantire un utile agli sponsor quale remunerazione del capitale di rischio;
- b) il *ring fencing*, ossia la definizione di un nuovo soggetto, il sopra richiamato SPV, al quale vengono affidati i mezzi finanziari per la realizzazione del progetto con contestuale separazione del progetto dal bilancio degli sponsor (operazione *off balance*);
- c) la costituzione di idonee garanzie, non solo a favore delle banche finanziatrici (*security package*).

¹ La descrizione è riferita alla struttura dell'operazione in termini generali. L'ordinamento italiano non prevede la costituzione obbligatoria di un SPV, ma la coerenza di tale facoltizzazione va valutata dopo la considerazione delle caratteristiche peculiari della operazione finanziaria in esame.

L'operazione si presenta complessa in quanto vede il coinvolgimento di una pluralità di soggetti, quali:

- a) soggetto che ha necessità dell'opera. Tale soggetto è la Pubblica amministrazione (PA) quando trattasi di opere pubbliche o di pubblica utilità;
- b) sponsor (generalmente più d'uno) che investe i capitali, ma separa dal proprio bilancio il rischio dell'operazione attraverso il conferimento di tali capitali in un nuovo soggetto;
- c) SPV - nuovo soggetto costituito in forma societaria ed al quale vengono affidati i mezzi finanziari per la realizzazione del progetto. La finalità è quella di isolare l'iniziativa, i suoi flussi di cassa e i suoi rischi da un punto di vista giuridico, economico, patrimoniale e tecnico dalle attività di impresa dei singoli promotori;
- d) banche finanziatrici;
- e) costruttore, gestore e fornitore - operatore economico che materialmente realizza l'opera e provvede alla sua gestione.

L'operazione appare, inoltre, il risultato del collegamento funzionale tra molteplici rapporti². Tale complessità implica anche un ruolo fondamentale di consulenti in campo legale, tecnico e assicurativo. Va subito rilevato che, nel contesto dell'operazione, i rapporti fondamentali possono essere sintetizzati nel seguente diagramma:



È nella parte centrale del flusso così descritto che risiede la complessità dell'operazione finanziaria che caratterizza la finanza di progetto. Ciò in quanto l'operazione di finanziamento viene realizzata attraverso un'articolata relazione tra soggetti investitori, SPV come centro di imputazione delle attività finanziarie per la realizzazione del progetto e banche finanziatrici. Ne consegue la presenza di interessi differenziati la cui soddisfazione deve trovare un corretto equilibrio ai fini dell'ottima riuscita del progetto. In particolare, i finanziatori (sponsor) valutano il merito del credito dell'operazione in base alla consistenza dei flussi di cassa previsionali destinati unicamente al servizio del debito in un primo momento e poi alla remunerazione del capitale investito. L'inserimento, nel flusso sopra indicato, di una fase di attuazione separata da quella di finanziamento, è dovuto al fatto che, nell'ottica di adeguata allocazione dei rischi ai soggetti dotati

² Si veda al riguardo anche l'Atto di Regolazione dell'Autorità del 18 luglio 2000, n. 34.

di competenze per farvi fronte, lo SPV generalmente affida, mediante contratti “chiavi in mano” la progettazione, la costruzione e la gestione dell’opera ad operatori economici specializzati sul mercato.

Va precisato, infine, che le operazioni in *project finance* si distinguono da quelle in *corporate finance* in aspetti determinanti quali le garanzie del finanziamento, il trattamento contabile (con riferimento al promotore e solo in presenza di SPV), le variabili a base dell’affidamento e il grado di leva utilizzabile. Nel *project finance* la garanzia del finanziamento si sposta dal patrimonio del prenditore di fondi (*corporate finance*) agli *assets* del progetto; il trattamento contabile è *off balance*, le principali variabili a base dell’affidamento sono i flussi di cassa attesi dal progetto (e non la solidità patrimoniale del promotore o la redditività attesa) e la leva utilizzabile è in funzione di questi.

In effetti, la struttura finanziaria tendenzialmente caratterizzata da un isolamento dei flussi di cassa ed un sistema di garanzie contrattuali, rende il *project finance* una forma di finanziamento più efficiente rispetto a quella tradizionale, in quanto il finanziamento del progetto da parte delle banche avviene sulla base del suo merito di credito e non su quello dei suoi sponsor.

Tuttavia, bisogna considerare che il costo di un finanziamento bancario tradizionale per la pubblica amministrazione è inferiore rispetto al costo medio del capitale in un’operazione di *project finance*. Da ciò discende che la valutazione dell’utilità del ricorso al *project finance* da parte della pubblica amministrazione non può limitarsi a considerare il puro aspetto finanziario, ma deve valutare il vantaggio derivante dal trasferimento dei rischi, nonché la possibilità di quantificare tale vantaggio. In altre parole, l’amministrazione deve attentamente considerare il trasferimento dei rischi con l’obiettivo di rispondere ai fabbisogni dei cittadini in tempi minori e con standard di qualità maggiori. La scelta dei rischi da trasferire all’operatore privato è cruciale per il conseguimento del *value of money*, inteso come margine di convenienza di un’operazione di finanza di progetto rispetto ad un appalto tradizionale. Per valutare, sotto il profilo quantitativo, tale margine di convenienza, è possibile ricorrere al *Public Sector Comparator* (PCS), uno strumento, noto nell’esperienza anglosassone, che consente di determinare se la scelta di un’amministrazione di eseguire un’opera in finanza di progetto determina, rispetto ad un’alternativa progettuale interamente pubblica, una soluzione più efficace ed efficiente³. Analisi dei rischi e PSC sono dunque strumenti a disposizione delle amministrazioni per orientarsi nel processo di scelta delle modalità di esecuzione e gestione di un’infrastruttura. In particolare, l’allocazione dei rischi,

³ L’Autorità, insieme alla Unità Tecnica Finanza di Progetto, ha pubblicato nel settembre del 2009 uno studio relativo a: “*Analisi delle tecniche di valutazione per la scelta del modello di realizzazione dell’intervento: il metodo del Public Sector Comparator e l’analisi del valore*”, che può essere consultato al seguente link:
http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/Pubblicazioni/StudiRicerche/_PSC/

nell'ambito di un'operazione di PPP come quella di project finance, deve considerarsi centrale non solo per la profittevole riuscita dell'operazione per l'amministrazione, ma anche per garantire che la medesima operazione mantenga la natura di PPP e non si trasformi, invece, in un semplice appalto. Tale ultima evenienza, infatti, avrebbe due notevoli conseguenze negative: da un lato, l'amministrazione si troverebbe a pagare un costo elevatissimo ed ingiustificato rispetto al tenore dell'operazione, se ricondotta ad un semplice appalto; dall'altro lato il venir meno del profilo *off balance* potrebbe determinare sia l'inammissibilità della spesa in sé alla luce dei vincoli sull'indebitamento delle amministrazioni pubbliche, sia di fatto l'impossibilità concreta di farvi fronte con le risorse a disposizione dell'amministrazione.

2.2 Analisi dei rischi

Una corretta valutazione dei rischi viene compiuta attraverso l'elaborazione di una matrice dei rischi (*risk matrix*). Si tratta di definire se l'ottimale allocazione del rischio specifico sia in capo al soggetto pubblico o privato o se non sia piuttosto opportuno considerare altre forme di gestione condivisa (*risk sharing*). È chiaro che più dettagliata sarà la matrice, minori si riveleranno le possibilità di trascurare alcuni aspetti dell'operazione. In linea generale ed astratta, si possono individuare almeno sette principali categorie di rischio che devono essere tenute in considerazione. Accanto al rischio di costruzione (rischio che la realizzazione dell'opera non avvenga nei tempi, con i costi e le specifiche concordate), al rischio di domanda (rischio che la domanda relativa al progetto sia inferiore al livello previsto) ed al rischio di disponibilità (rischio che la quantità di servizio fornito dal progetto sia inferiore alla quantità prevista nel contratto), principalmente considerati nella Decisione Eurostat 11 febbraio 2004, si annoverano anche il rischio di gestione (rischio che i costi operativi del progetto differiscano da quelli previsti a budget o che il livello di prestazione previsto non sia raggiunto o che il servizio non possa essere erogato), il rischio di manutenzione (rischio che i costi necessari a mantenere il bene in perfetto stato di funzionamento varino rispetto a quelli previsti a budget), il rischio di finanziamento (rischio di mancato reperimento delle risorse finanziarie nei termini e nelle condizioni necessarie alla realizzazione e gestione dell'iniziativa in linea con le previsioni economiche e finanziarie iniziali) e, non in ultimo, la forza maggiore, ossia quel rischio che un evento imprevedibile ed incontrollabile da parte di tutti i soggetti coinvolti nel progetto, comporti un aumento dei costi o addirittura l'impossibilità di acquistare il servizio o di erogarlo.

I criteri individuati nella Decisione Eurostat 2004 sopra richiamata vanno aggiornati alla nuova versione del SEC 95 pubblicata da EUROSTAT ad ottobre 2010. In tale sede è specificato, tra

l'altro, che, con riferimento al finanziamento pubblico, ad esempio, vanno individuate differenti forme: l'apporto di capitale di rischio (equity) o di capitale di credito (finanziamenti bancari) accanto alle più tradizionali forme di contribuzione pubblica. In tutti questi casi viene stabilito che quando il costo del capitale è prevalentemente coperto dallo Stato in una delle suddette forme, questo indica che lo Stato assume la maggioranza dei rischi. Inoltre, l'incremento del livello di finanziamento, da minoritario a maggioritario, in corso d'opera può comportare la riclassificazione *on balance* dell'*asset* ossia la sua imputazione sul bilancio del soggetto pubblico.

Un ulteriore elemento che può influenzare il trattamento contabile dell'operazione è la presenza di garanzie pubbliche, in quanto queste possono incidere sulla distribuzione dei rischi tra le parti. A tal proposito viene chiarito che le garanzie possono comportare l'iscrizione o la riclassificazione dell'*asset on balance* quando assicurano una integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato. Viene indicato come elemento discrezionale il criterio secondo cui l'opera deve essere contabilizzata *on balance* quando l'effetto combinato delle garanzie e del contributo pubblico copre più del 50% del costo.

Anche l'allocazione dell'*asset* alla fine del contratto rappresenta un elemento idoneo ad incidere sulla contabilizzazione dell'intervento. In particolare essa può incidere sulla contabilizzazione *on balance* dell'infrastruttura se ricorrono tre condizioni alternative:

- a) si concorda un prezzo fisso che l'amministrazione dovrà pagare alla scadenza del contratto e questo prezzo non rispecchia il valore di mercato dell'*asset*;
- b) è previsto un prezzo più alto del valore economico atteso;
- c) è previsto un prezzo più basso del valore economico atteso perché l'amministrazione ha già pagato in precedenza per l'acquisizione dell'*asset*.

2.3 PSC (*Public sector comparator*)

In termini tecnici, il PSC può essere definito come un ipotetico costo, aggiustato con una componente di rischio nel caso in cui un'opera infrastrutturale venga finanziata e gestita da un'amministrazione pubblica. Secondo la tecnica PSC, il vero costo di realizzazione dell'opera per il soggetto pubblico è dato dal valore attuale netto dei costi (VANc) sommato al valore attuale netto dei rischi (VANr).

Per calcolare il PSC è necessaria una completa attività di quantificazione dei diversi flussi di cassa relativi all'intero ciclo della costruzione e gestione di una infrastruttura. Il calcolo del PSC è effettuato attraverso la misurazione di varie componenti:

- il PCS base (Raw PSC) che include il costo del capitale ed i costi operativi, sia diretti che indiretti, associati alla costruzione, alla manutenzione e alla gestione dell'infrastruttura;
- la neutralità competitiva che consiste nella rimozione di qualsiasi vantaggio competitivo che l'amministrazione possa conseguire nella costruzione e gestione di una infrastruttura attraverso un appalto tradizionale;
- il rischio trasferibile che è il rischio associato ad una serie di eventi che influenzano la costruzione e la gestione di un'opera. I rischi trasferibili possono riguardare, ad esempio, aumenti di costi nella costruzione dell'infrastruttura o scostamenti temporali rispetto ai tempi previsti di conclusione. Altri rischi trasferibili riguardano la gestione dell'infrastruttura ed i rischi di domanda;
- il rischio trattenuto è il rischio che non può essere trasferito al soggetto privato e che quindi rimarrebbe in ogni caso in capo al soggetto pubblico. Un esempio di rischio trattenuto può essere costituito dalle eventuali modifiche legislative che abbiano ricadute sull'esecuzione e gestione dell'opera.

Il PSC risulta, pertanto, come somma delle suddette componenti:

PSC= PSC base + neutralità competitiva + rischio trasferibile + rischio trattenuto

Il PSC può essere utilizzato sia nella fase iniziale, in cui l'Amministrazione dovrà decidere se realizzare un'opera in PF o attraverso un appalto tradizionale, sia nelle fasi più a valle dove le offerte di operatori privati dovranno essere concretamente valutate. Nel primo caso il PSC viene calcolato nell'ambito dello studio di fattibilità per alimentare il processo decisionale pubblico. Nel secondo caso il PSC può essere utilizzato per confrontare le offerte presentate dai soggetti privati o valutare ex post la convenienza complessiva dell'operazione. Una volta valutati i rischi e definiti i costi, con le modalità sopra specificate, occorrerà determinare il vero costo di realizzazione dell'opera per il soggetto pubblico, secondo la formula valore attuale netto dei costi (VANc) + valore attuale netto dei rischi (VANr). Tale valore dovrà essere confrontato con il VAN dei costi e rischi ottenibile del soggetto privato. Solo se il privato è in grado di minimizzare i rischi trasferiti dal soggetto pubblico, per esempio tramite il rispetto del budget di costruzione, dei tempi di realizzazione, dei costi di manutenzione, l'amministrazione conseguirà il c.d. *Value for Money* ovvero avrà realizzato un'operazione con efficienza, efficacia e risparmio di risorse pubbliche.

In questo paragrafo sono state brevemente tratteggiate le linee fondamentali del project financing. Appare utile acquisire dagli operatori che intendono partecipare alla consultazione alcune informazioni circa la loro esperienza specifica, anche al fine di una migliore comprensione delle risposte fornite nel corso della consultazione. Si chiede pertanto di voler rispondere alle seguenti

domande:

- 1) per le stazioni appaltanti, indicare se hanno indetto procedure di selezione utilizzando lo strumento del project financing; per quale ragioni hanno scelto tale strumento; se si è utilizzato il PSC o altri strumenti per la scelta della procedura da seguire; a quale fase del processo di partenariato si è giunti (bando, aggiudicazione, esecuzione, ...); quali difficoltà sono state incontrate; ecc.
- 2) per gli operatori economici, indicare se si è partecipato a bandi di gara per il partenariato; se si è aggiudicato un affidamento per tale tipo di procedure; quali difficoltà si sono incontrate; quali si ritiene siano le principali differenze con un appalto tradizionale; ecc.
- 3) per gli sponsor, indicare se sono stati concessi finanziamenti per progetti di partenariato; quali sono gli elementi essenziali che sono stati valutati per il finanziamento; quali sono le maggiori difficoltà nel concedere un finanziamento; ecc.

3 Le criticità del Project Financing

L'esperienza maturata dall'Autorità nell'attività di vigilanza sugli appalti pubblici, nonché la letteratura e le analisi ricorrenti sul settore, hanno mostrato l'esistenza di numerose criticità nella conduzione e realizzazione di opere in project financing, che ne minano la corretta realizzazione. Proprio per sopperire a tali criticità sono stati introdotti negli ultimi anni numerosi correttivi allo strumento, talvolta in assenza di una visione organica dei singoli interventi proposti. La frequenza delle novità introdotte non ha consentito di verificarne i reali effetti e può, peraltro, aver introdotto nuove difficoltà organizzativo-burocratiche per la realizzazione di opere che, di regola, richiedono tempi molto lunghi.

Nell'ultima Relazione al Parlamento⁴, con riferimento ai lavori relativi alle grandi opere l'Autorità ha messo in evidenza come: *“L'istruttoria sulla maggior parte delle opere esaminate ha evidenziato ritardi nelle varie fasi realizzative. La presentazione dei progetti esecutivi, da parte degli operatori economici, siano essi general contractors, concessionari od affidatari di appalti integrati, è avvenuta quasi sempre con forte ritardo e con conseguente differimento dei termini di conclusione dei lavori e notevoli aumenti dei costi, dovuti anche a variazioni/integrazioni al progetto definitivo. È emersa, pertanto la necessità di inserire nei documenti di gara opportune clausole che eliminino la possibilità di compensare i ritardi nella presentazione dei progetti esecutivi con i tempi di esecuzione dei lavori, anche in considerazione del fatto che tale meccanismo vanifica la relativa*

⁴ Estratto della presentazione del Presidente dell'Autorità al Senato della relazione annuale 2012.

penale, utile deterrente per il rispetto dei patti contrattuali. Del pari, andrebbe esclusa la stipulazione di eventuali atti aggiuntivi, imponendo così il rispetto dei tempi contrattuali inseriti negli elaborati di gara.

Ulteriore criticità rilevata è stata l'insufficiente capacità economica di alcuni appaltatori manifestatasi anche tramite l'inadeguata capacità di uomini e mezzi messi a disposizione nei cantieri ispezionati. Sempre più spesso, le carenze finanziarie a carico dell'operatore economico accentuano il rischio che l'opera avviata non possa essere portata a compimento in tempi coerenti e congruenti con il programma generale attivato.

In quasi tutti gli appalti oggetto di verifiche ispettive, è stato riscontrato, altresì, un considerevole aumento dell'importo contrattuale anche per la presenza di rilevante contenzioso che in alcuni casi supera l'importo originario del contratto. In merito, l'Autorità ha più volte segnalato come il contenzioso abbia di fatto assunto una valenza tale da essere considerato dalle imprese, in sede di formulazione dell'offerta, come uno dei sistemi di recupero di ribassi non adeguatamente ponderati o di remunerazione di maggiori lavori che dovrebbero essere invece contemplati in varianti in corso d'opera, a tutto pregiudizio della proposta di soluzioni innovative. Nelle procedure esaminate, inoltre, non è stata adeguatamente effettuata l'analisi dei rischi e la valutazione preventiva delle risorse occorrenti e disponibili per la realizzazione e gestione delle opere, nonché delle cause potenzialmente idonee a rallentare lo svolgimento dei lavori”

Oltre alle criticità relative a specifici appalti oggetto dell'attività ispettiva dell'Autorità, in generale, sono state evidenziate le seguenti criticità:

Vengono indetti numerosi appalti in *project financing* relativi a lavori di importo limitato. Ciò pone dubbi di coerenza con gli obiettivi dello strumento. Il *project financing* ha tempi e costi maggiori rispetto ad un appalto tradizionale (di cui una parte consistente è fissa) e i benefici derivanti non sembrano sufficienti a compensare i maggiori oneri. I vincoli di bilancio non possono costituire il criterio principale per la scelta del PF.

Elevata frammentazione delle stazioni appaltanti che ostacola il coordinamento e la ricerca di soluzioni efficienti. Lo Schema di disegno di legge, presentato nella precedente legislatura, recante norme e deleghe in materia di infrastrutture, trasporti e territorio prevedeva (all'art. 3) l'estensione dell'ambito di applicazione della centrale di committenza alle concessioni di lavori. Tale previsione è stata ripresa anche nel recente disegno di legge in materia di semplificazioni.

Elevato numero di gare non aggiudicate. La mancata aggiudicazione può derivare da uno scarso *appeal* del progetto per insufficienze nei bandi, incertezze normative o per la difficoltà di finanziamento dell'opera. I tempi lunghi intercorrenti tra il momento iniziale della programmazione degli interventi e quello del closing, inoltre, possono ridurre gli incentivi a partecipare alle gare.

Scarso appeal dei bandi. I bandi si presentano spesso lacunosi e, per tale ragione, insufficienti ad evitare incertezze e contenzioso nel ciclo di vita del contratto. Al riguardo si ricorda che il richiamato DDL infrastrutture prevedeva che *“i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall’Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, tenendo conto delle specifiche tipologie di opere e delle esigenze connesse alla gestione delle stesse”*.

Non corretta ripartizione dei rischi tra pubblico e privato. Un’allocazione non efficiente dei rischi può contribuire, da un lato, a ridurre il numero di concorrenti, dall’altro, ad aumentare i costi per il settore pubblico, in quanto alcuni rischi formalmente trasferiti al privato possono finire, di fatto, con l’essere sostenuti dalla stazione appaltante.

Elevata incertezza normativa. Allo scopo di rendere appetibile lo strumento negli ultimi tempi sono state introdotte numerose disposizioni in modo poco organico e con norme *ad hoc* contenute in interventi eterogenei. Ciò ha prodotto nei soggetti interessati una situazione di elevata incertezza e il timore che nel ciclo di vita del progetto si possano determinare ulteriori innovazioni normative che stravolgano il quadro di riferimento. Nel citato DDL infrastrutture all’art. 11 era previsto che: *“Il Governo è delegato ad adottare, entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi volti ad operare il consolidamento delle disposizioni in materia dei contratti pubblici di lavori, di forniture e di servizi e ad assestare il quadro normativo di riferimento”*. Accanto a ciò si registra una permanente **assenza di una disciplina Europea** (ciò sebbene la finanza di progetto sia chiaramente distinta nel Libro Verde del 2004 dal modello concessorio classico, proprio a causa delle autonome caratteristiche), pur a fronte di specifiche ed in passato anche virtuose esperienze di *project financing* poste in essere da diversi Paesi Europei. Spesso, infatti, gli operatori economici attivi nel settore operano a livello transnazionale e regole comuni potrebbero facilitare l’offerta anche di soggetti attualmente non attivi nel mercato domestico.

Un ulteriore problema connesso con il precedente è il **cambio di decisione del concedente**. Ciò sembra derivare soprattutto dai tempi lunghi di aggiudicazione e di esecuzione, durante i quali si possono modificare le necessità della popolazione di riferimento (forse perché non correttamente valutate), o dal cambio di maggioranza. Sembrerebbe che entrambe le questioni possano essere ricondotte a carenze nella reale percezione dei bisogni della popolazione cui le opere sono destinate. Nel DDL infrastrutture era previsto che: *“Per la realizzazione di opere infrastrutturali di rilevante impatto ambientale, sociale ed economico, al fine di individuare le soluzioni ottimali e di promuovere l’accettazione sociale da parte delle collettività locali interessate dalla realizzazione dell’opera, si procede alla consultazione pubblica ...”*. Ciò permetterebbe anche di ridurre il

contenzioso legato al dissenso della popolazione locale. Si potrebbe prevedere l'opportunità di estendere il principio anche agli interventi di impatto più limitato (magari con forme semplificate di consultazione) e di "sganciare" la realizzazione di opere infrastrutturali dal ciclo politico.

Il problema della **bancabilità** del progetto va affrontata sotto più profili; innanzitutto vi è un problema di disallineamento tra i finanziamenti bancari (spesso di breve e medio periodo) e le esigenze di lungo periodo dell'investimento; ciò può comportare una sottovalutazione degli oneri connessi con un rinnovo del finanziamento. Inoltre, le problematiche sopraevidenziate tendono a rendere particolarmente rischiose le operazioni di project financing e ciò può ridurre l'attrazione per i soggetti finanziatori; tuttavia, il rischio di mancato finanziamento non dovrebbe poter giustificare una non corretta allocazione dei rischi. Si pone quindi il problema di quali garanzie può rendere il settore pubblico per incentivare l'intervento dei privati nonché quello della possibilità di individuare forme alternative al finanziamento tradizionale. Infine, si osserva che recentemente sono stati introdotti diversi strumenti per garantire il contributo pubblico ai progetti di partenariato (cessioni di spazi commerciali, possibilità di gestione anticipata di parti di opera, compensazioni con crediti di imposta, ecc.), non è però stato possibile finora verificare se tali strumenti siano sufficienti per il rilancio del settore, se possono creare disarmonie, ecc. Da ultimo si segnala che anche il DL 69/2013 ha introdotto misure che dovrebbero favorire la bancabilità delle opere con la previsione che *"l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario"*.

La **tempistica eccessivamente lunga** della realizzazione delle opere di partenariato: molte delle criticità osservate sono legate alla durata delle procedure di realizzazione delle opere di PPP. Anche riguardo a ciò sono stati proposti numerosi interventi per cercare di anticipare prima della pubblicazione del bando tutta una serie di fasi che attualmente sono svolte anche dopo l'aggiudicazione.

La fase di gestione. Nel bando e nelle procedure di affidamento viene dedicata un'attenzione insufficiente alla fase di gestione; ciò può creare nuove forme di inefficienza e contenzioso successivamente alla conclusione dei lavori.

Nel paragrafo sono state evidenziate alcune criticità ricorrenti nelle operazioni di project financing. Tali criticità possono ridurre l'efficacia di uno strumento che si ritiene comunque utile per la realizzazione di importanti opere pubbliche o per l'offerta di servizi che, in un periodo di limitate risorse pubbliche, potrebbero non essere forniti. L'obiettivo della presente consultazione non è tanto cercare nuove soluzioni ai problemi evidenziati, sui quali il Governo ha deciso di intervenire,

inserendolo come una delle misure del progetto denominato “Destinazione Italia, quanto quello di comprendere come l’Autorità, con le presenti linee guida, può contribuire a fornire indicazioni per superare talune problematiche, nel rispetto della normativa vigente. Si richiede, pertanto, di fornire proprie considerazioni, anche rispondendo alle seguenti questioni:

- 4) Si concorda con l’esistenza delle criticità evidenziate nel presente documento?
- 5) Come tali criticità incidono sull’efficienza e l’efficacia dello strumento del project financing?
- 6) Come si valutano i recenti interventi normativi volti a rimuovere taluni degli ostacoli al corretto funzionamento dello strumento del project financing?
- 7) Quale può essere il ruolo dell’Autorità per contribuire a superare le suddette difficoltà, ed in particolare quali suggerimenti operativi al riguardo possono essere contenuti nelle presenti linee guida?
- 8) Si ritiene che la scelta operata dal legislatore italiano di rendere solamente facoltativo il ricorso allo SPV contribuisca all’insorgere delle difficoltà sopra richiamate? In altri termini, quali si ritengono siano i vantaggi e gli svantaggi di un ricorso sistematico allo SPV?

4 Le modifiche normative intervenute

Negli ultimi anni, il legislatore ha dato vita a numerose modifiche normative in materia di partenariato. In particolare, con vari decreti legge, in considerazione dell’esigenza di rilanciare lo sviluppo economico del Paese e di fornire un aiuto alla crescita nonché alla stabilizzazione patrimoniale delle imprese, il Governo ha cercato di dare impulso al settore delle iniziative in partenariato con specifico riferimento alle grandi infrastrutture. Le innovazioni alla disciplina dell’istituto tuttavia sono state introdotte in modo disomogeneo e frammentato. In diversi casi, pur essendo entrate in vigore, non sono ancora state attuate. Si procederà ora a una panoramica che descrive le principali novità, ripercorrendole nell’ordine cronologico con cui si sono susseguite.

4.1 Il regolamento di attuazione del Codice appalti

Il regolamento di attuazione del Codice appalti ha introdotto l’art. 278 che definitivamente chiarisce l’applicabilità della disciplina della finanza di progetto, in quanto compatibile, anche ai servizi. La norma attua la delega contenuta nell’art. 152 comma 3 del codice. L’intento è quello di adottare la tecnica di finanziamento anche per un settore in cui l’imprenditorialità privata venga

coinvolta sia sotto il profilo del reperimento delle risorse, sia al fine di ottenere soluzioni organizzative più innovative, anche in relazione agli aspetti tecnici.

Nel regolamento si prevedono il contenuto e le modalità attraverso cui gli operatori privati possono formulare all'amministrazione aggiudicatrice proposte finalizzate all'affidamento in project financing degli appalti di servizi, le quali devono contenere uno studio di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario, asseverato dai soggetti di cui all'art. 153 comma 9 del codice, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, i criteri di valutazione dell'offerta pertinenti alla natura, l'oggetto e le caratteristiche del contratto (probabilmente con l'intento di vincolare la p.a. ad aggiudicare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), le garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice, l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione, nel limite del 2,5 % del valore dell'investimento. E' ammessa la presentazione di proposte anche con riferimento a servizi non ricompresi nella programmazione (facoltativa) di cui all'art. 271 da valutarsi nei sei mesi successivi al ricevimento. La valutazione comparativa della fattibilità delle proposte, sotto il profilo della funzionalità, fruibilità e accessibilità da parte del pubblico del servizio, oltre che del rendimento e dei costi di gestione manutenzione nonché delle tariffe, avviene, in ogni caso nel rispetto del quanto previsto dall'art. 30 comma III del codice, confermandosi così la natura di discrezionalità tecnica della scelta dell'amministrazione, vincolata ai principi dell'evidenza pubblica, fatte salve discipline specifiche di cui al comma IV dello stesso articolo che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

4.2 Il cd. decreto sviluppo (d.l. 13 maggio 2011 n. 70)

Il cd. decreto sviluppo ha introdotto alcune modifiche all'art. 153 del codice. Al comma 9, ha previsto che l'asseverazione dei piani economici e finanziari non è più di competenza esclusiva delle banche ma anche degli istituti di credito e delle società di servizi iscritte nell'elenco degli intermediari finanziari.

Al comma 19 viene introdotto un nuovo modello di project financing, ad iniziativa totalmente privata, tramite cui si possono proporre alla pubblica amministrazione interventi di realizzazione in concessione di lavori pubblici non inseriti nella programmazione triennale, assicurando al promotore il diritto di prelazione. La procedura può essere usata anche per la locazione finanziaria di cui all'art. 160 bis (comma 20). Possono presentare proposte i soggetti in possesso dei requisiti di qualificazione come concessionario (comma 21).

4.3 La legge di stabilità 2012 (L. n. 183 del 12.11.2011)

La legge di stabilità 2012 ha previsto il finanziamento delle infrastrutture mediante defiscalizzazione, ovvero che il contributo pubblico a fondo perduto per le società di progetto costituite ai sensi dell'art. 156 del Codice può compensare totalmente o parzialmente le imposte sui redditi, l'IRAP e l'IVA generate durante il periodo di concessione.

4.4 Il cd. “Salva Italia” (d.l. 6 dicembre 2011 n. 201)

Il cd. “Salva Italia” modifica l'art. 143 del codice introducendo la possibilità per le nuove concessioni di estendere la gestione del concessionario anche alle opere già realizzate, a patto che siano direttamente connesse a quelle oggetto della concessione o da ricomprendere nella stessa. Tanto viene previsto allo scopo di generare un cash flow per il concessionario prima che l'opera sia in gestione o addirittura in costruzione. Al comma 5, viene poi prevista la cessione di immobili al concessionario privato come forma alternativa di contributo pubblico. Per le opere di importo superiore al miliardo di euro, viene estesa la durata a 50 anni al fine di assicurare il rientro del capitale investito e l'equilibrio del piano economico-finanziario. All'art. 175 comma 20 viene introdotta la procedura di gara a fase unica anche per le grandi infrastrutture.

4.5 Il “decreto liberalizzazioni” (d.l. 24 gennaio 2012 n.1)

Il “decreto liberalizzazioni”, “*al fine di realizzare una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità*”, conferisce alle società di progetto di cui all'articolo 156 nonché alle società titolari di un contratto di partenariato pubblico privato ai sensi dell'articolo 3, comma 15-ter, la facoltà di emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga ai limiti di cui agli articoli 2412 e 2483 del codice civile.

Prevede inoltre un alleggerimento e integrazione della disciplina del promotore per le infrastrutture strategiche modificando l'art. 175 comma 14.

Al fine di porre rimedio alla grave situazione di emergenza dovuta all'eccessivo affollamento delle carceri, introduce la possibilità di ricorrere in via prioritaria al project financing per la costruzione di nuovi istituti penitenziari.

Introduce all'art. 3 comma 15 bis il “contratto di disponibilità”, disciplinato all'art. 160 ter del codice definito come «*il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa del destinatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'Amministrazione aggiudicatrice*

di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'Amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti». La peculiarità di tale contratto è data dal fatto che, benché l'opera da realizzare sia destinata allo svolgimento di un pubblico servizio, una volta realizzata, rimane, ordinariamente, di proprietà privata ed è posta a disposizione dell'Amministrazione che ha bandito la gara, e che versa un "canone di disponibilità" all'affidatario. Per le modalità di funzionamento del contratto di disponibilità si rinvia alla determinazione n. 4 del 22 maggio 2013.

Il decreto apporta all'art. 143 le seguenti modificazioni: al comma 5 prevede che *"Le amministrazioni aggiudicatrici, previa analisi di convenienza economica, possono prevedere nel piano economico finanziario e nella convenzione, a titolo di prezzo, la cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione. Le modalità di utilizzazione ovvero di valorizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice unitamente all'approvazione ai sensi dell'articolo 97 del progetto posto a base di gara, e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. Nel caso di gara indetta ai sensi dell'articolo 153, le predette modalità di utilizzazione ovvero di valorizzazione sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice nell'ambito dello studio di fattibilità"*. Al comma 7, aggiunge che *«Le offerte devono dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto»*. All'articolo 144, dopo il comma 3 è inserito il seguente: *«3-bis. I bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità dell'opera"*. All'articolo 159, comma 1, lettera a) prevede che in caso di subentro di una nuova impresa *"la concessione e' affidata, avendo comunque riguardo alla situazione concreta del progetto ed allo stato di avanzamento dello stesso alla data del subentro"*. Stabilisce, modificando l'art. 177 comma 2 del codice, che per l'affidamento di concessioni, sarà possibile porre a base di gara oltre al progetto preliminare anche il progetto definitivo. Estende l'applicabilità della finanza di progetto anche alle strutture dedicate alla nautica da diporto, per le quali la pubblicazione del bando esaurisce gli oneri di pubblicità previsti per la concessione demaniale marittima e il progetto preliminare è previsto che sia particolarmente dettagliato, definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori ed il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con

la descrizione del progetto ed i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste nei decreti del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

4.6 Il “decreto semplificazioni” (d.l. n. 5 del 9 febbraio 2012)

Il “decreto semplificazioni”, al fine di garantire su tutto il territorio nazionale l'ammodernamento e la razionalizzazione del patrimonio immobiliare scolastico, introduce il Piano nazionale di edilizia scolastica approvato dal CIPE, su proposta del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa intesa in sede di Conferenza unificata. Gli interventi potranno riguardare il recupero del patrimonio esistente, compresa la messa in sicurezza degli edifici, nonché la realizzazione di nuovi istituti scolastici, in un'ottica di razionalizzazione delle spese correnti di funzionamento anche utilizzando risparmi derivanti dalla migliore efficienza energetica dei nuovi edifici.

4.7 Il decreto denominato “cresci Italia” (d.l. n. 83 del 22 giugno 2012)

Il decreto denominato “cresci Italia” prevede agevolazioni fiscali, contemplate nel novellato art. 157 del codice. In particolare, l'aliquota dei project bond viene fissata al 12,5%, analogamente ai titoli del debito pubblico; si stabilisce la completa deducibilità degli interessi passivi; l'applicazione delle imposte di registro ipotecarie e catastali avviene in misura fissa (pari a Eu. 168); si prevede la possibilità di emettere obbligazioni, anche ai fini del rifinanziamento del debito precedentemente contratto per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità nonché senza garanzia ipotecaria, purché siano sottoscritte da investitori qualificati, ovvero da tutti i soggetti autorizzati ad operare sui mercati finanziari. La norma di fatto amplia i soggetti coinvolti nel finanziamento delle opere pubbliche. Ciò, unito all'eliminazione dell'obbligo di ipoteca, potrebbe incentivare il ricorso allo strumento dei project bond da parte dei concessionari. Inoltre, la possibilità di emettere obbligazioni e titoli di debito fin dalla fase di costruzione dell'opera alimentando così i flussi per la realizzazione di infrastrutture e garantendo la copertura dei rischi di costruzione. Nella fase di costruzione dell'opera, quando ancora non vengono generati i cash flow, le obbligazioni e i titoli di debito vengono garantite da banche e fondi privati. Potranno usufruire di tale possibilità come forma alternativa al contributo pubblico, non solo infrastrutture stradali e autostradali, ma qualsiasi nuova infrastruttura da realizzarsi in project financing, purché prevista nei

programmi pubblici. Inoltre, lo strumento dei c.d. mini bond, previsto dall'art. 32 del decreto, permette alle società non quotate, anche di media e piccola dimensione (ad esclusione delle micro-imprese), di emettere strumenti di debito a breve termine (cambiali finanziarie) e a medio lungo termine (obbligazioni e titoli similari, obbligazioni partecipative subordinate), seppure sotto specifiche condizioni elencate nella stessa norma (emissione assistita da uno sponsor, revisione legale dell'ultimo bilancio societario, collocazione dei titoli presso investitori qualificati che non siano direttamente o indirettamente soci dell'emittente e devono essere destinati alla circolazione esclusivamente tra tali investitori).

All'art. 153 del codice viene previsto l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di indire una Conferenza preliminare di servizi con il compito di esprimersi sulla base dello studio di fattibilità ovvero, per le procedure che lo prevedono, sulla base del progetto preliminare posto a base di gara. Inoltre, per garantire i necessari requisiti di esperienza e competenza, lo studio di fattibilità deve ora essere redatto da personale interno all'amministrazione solo se in possesso dei molteplici requisiti soggettivi necessari alla sua predisposizione, in caso contrario, le amministrazioni possono affidare la realizzazione degli studi di fattibilità a soggetti esterni individuati con gara. Qualora si intenda ricorrere a soggetti esterni, una modalità di finanziamento è quella di far inserire il relativo onere all'interno del quadro economico del progetto e quindi a carico del soggetto che si aggiudicherà il contratto di partenariato.

4.8 Il decreto “del fare” (d.l. n. 69 del giugno 2013)

Il decreto “del fare”, all'articolo 19, contiene la modifica dell'art. 143, comma 5, del Codice, per la quale alla consegna dei lavori è previsto l'obbligo del concedente di dichiarare la legittimità, efficacia e validità di tutti gli atti (autorizzazioni, licenze, abilitazioni, nulla osta permessi) di cui dispone.

Viene modificato anche il comma 8 dell'articolo 143, prevedendo la possibilità che la revisione del piano economico-finanziario possa realizzarsi anche a seguito di novità legislative o regolamentari che possono incidere sul piano economico e finanziario, previa verifica del CIPE sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Di conseguenza viene introdotto il comma 8-bis con cui è precisato che la convenzione definisce i presupposti e le condizioni di base del piano economico finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione. La convenzione si occupa della definizione dell'equilibrio economico finanziario con

riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi.

Con la modifica introdotta all'art. 144 del Codice, per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, si stabilisce che nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice può indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità. L'amministrazione può provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti.

Vengono, poi, inseriti i due nuovi commi 3-ter e 3-quater in cui si prevede che il bando per le concessioni può stabilire che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario. Inoltre l'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento o della sottoscrizione o collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 157, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine. Nel caso di risoluzione del rapporto, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva. In caso di parziale finanziamento del progetto, per uno stralcio che sia da ritenersi tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimane valido per la parte che lo regola. Le stesse indicazioni si applicano in quanto compatibili alla finanza di progetto (art. 153 del codice) e alla disciplina delle infrastrutture (art. 174 del codice).

4.9 Le ulteriori possibili modifiche normative

La finanza di progetto appare uno strumento finanziario che si caratterizza per la sua complessa articolazione e per il coinvolgimento di una pluralità di soggetti e richiede una adeguata analisi

previsionale dei flussi operativi e una predeterminazione accurata della negoziazione dei rischi e delle garanzie che si distribuiscono sulle varie figure coinvolte. Nonostante le problematiche che hanno impedito statisticamente ad un elevatissimo numero di progetti avviati di arrivare al *closing finanziario*, i vari rapporti che si sono succeduti dal 2003 (UPTF; Ance; Confindustria; Infopieffe, ecc.) hanno evidenziato che in Italia si è sempre registrato un imponente ricorso a questo schema negoziale nei bandi pubblicati. Ciò è avvenuto spesso per operazioni di piccole dimensioni, a basso contenuto tecnologico e a basso rischio per opere e servizi di tipo tradizionale e poco innovativo. Le criticità riscontrate sono state ricondotte in parte a fattori di ordine istituzionale (carenza di competenze del settore amministrativo e funzionamento poco snello dei procedimenti giudiziari, nonché quadro normativo complesso e in continuo mutamento); in parte alla presenza di ostacoli di carattere socio economico e industriale (elevati costi da sostenere uniti alla lunga durata e al sopraggiungere di variabili non sempre molto prevedibili come le scelte politiche, i fattori ambientali e le reazioni della popolazione locale).

Numerose sono state, come descritto, le modifiche normative intervenute di recente alcune anche di particolare rilievo; tuttavia, in assenza di una sistematizzazione e unificazione, possono rendere ancor più difficile il ricorso allo strumento della finanza di progetto. Di tali criticità è cosciente anche il Governo, al punto che nel recente progetto definito “Destinazione Italia” ha proposto la misura n. 37, volta alla redazione di un testo unico per il project financing.

Nel paragrafo sono state illustrate le principali modifiche normative introdotte successivamente all’emanazione delle due determinazioni che si ritiene opportuno aggiornare. Poiché l’obiettivo della presente consultazione non è suggerire ulteriori correttivi legislativi, ma individuare possibili linee guida per gli operatori del mercato per districarsi all’interno di un complesso quadro regolamentare e massimizzare le potenzialità dello strumento del project financing, si richiede di dare indicazioni al riguardo, rispondendo anche alle seguenti domande:

- 9) quali sono le criticità che si riscontrano nell’attuale quadro normativo?
- 10) come le linee guida dell’Autorità possono contribuire a ridurre tali criticità?
- 11) esistono strumenti che, nel rispetto del quadro regolamentare vigente, possono essere suggeriti dall’Autorità per rendere più efficace ed efficiente lo strumento della finanza di progetto?

5 Gli effetti delle due determinazioni

A seguito dell'introduzione nel Codice dell'art. 153 operata dal terzo decreto correttivo (D.lgs. 11 settembre 2008 n. 152), al fine di orientare le stazioni appaltanti nella scelta e nell'applicazione delle nuove procedure, previa audizione degli operatori del settore e con il contributo dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto, l'Autorità ha emanato la determinazione n. 1 del 14 gennaio 2009, "*Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del cd. terzo correttivo*" contenente le linee guida per l'affidamento delle concessioni secondo la procedura di cui all'articolo 153 del Codice e per la redazione dello studio di fattibilità.

La determinazione è suddivisa in due parti, di cui la prima, dopo alcune precisazioni circa la disciplina da adottare nel periodo transitorio della entrata in vigore del decreto, si occupa di tracciare le linee guida relative alle varie fasi della procedura, dalla programmazione alla stipula del contratto passando per la progettazione e la procedura di selezione per l'aggiudicazione, tratteggiando ogni aspetto correlato a ciascuna fase. La seconda parte si occupa in dettaglio dei contenuti che lo studio di fattibilità deve possedere.

Il documento è nato con l'intento di orientare gli operatori del mercato e soprattutto le amministrazioni aggiudicatrici nelle scelte da effettuare e in base alle quali adottare, per la realizzazione degli interventi, la formula dell'appalto con risorse totalmente a carico dell'amministrazione o la formula del partenariato pubblico-privato. In particolare la determinazione pone in risalto il momento dello studio di fattibilità, fornendo un modello il più possibile completo e approfondito che consenta di analizzare tutti gli aspetti che ineriscono l'attuazione del progetto, tenendo conto dell'incidenza di ciascuno, per effettuare una valutazione comparativa dei rischi (PSC) con l'obiettivo di raggiungere la condizione ottimale dei costi complessivi e della qualità dei servizi erogati (Value for Money – VfM).

La determinazione n. 2 del 2010 "*Problematiche relative alla disciplina applicabile alla esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici*" focalizza invece l'attenzione sulla fase di esecuzione del contratto di concessione. Descrive gli elementi della concessione di lavori pubblici che la distinguono dal contratto di appalto, analizza la disciplina della concessione contenuta nel codice e offre indicazioni per un'efficiente e corretta regolamentazione dei rapporti tra concedente e concessionario. In particolare, analizza in dettaglio i rischi dell'operazione, come individuati dalle decisioni Eurostat, chiarendo che, in assenza di alea correlata alla gestione, non si configura la concessione bensì l'appalto. Quindi solo se il partner privato sostiene, oltre al rischio di costruzione, almeno uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità e rischio di domanda) il contratto di concessione o di partenariato con cui è realizzata l'opera non graverà sui bilanci pubblici, altrimenti si configurerà un contratto di appalto. Distinguendo poi tra i due tipi di concessioni, quelle affidate secondo le procedure di cui all'art. 143 sulla base di un progetto preliminare e quelle affidate in

base allo studio di fattibilità ai sensi dell'art. 152, ripercorre i vari aspetti della disciplina contenuti nel codice e nel Regolamento, relativi alle tematiche di maggior rilievo della fase di esecuzione del contratto, quali l'assetto delle funzioni di controllo contabile e di vigilanza e, più in particolare, la figura e le funzioni del direttore dei lavori, del responsabile della sicurezza, del responsabile del procedimento e del collaudatore.

Le determinazioni sono state emanate con l'intento di suggerire linee guida valide nell'assetto normativo in cui sono state elaborate e sulla scorta dei risultati della consultazione posta a base dei documenti. In un contesto di cambiamenti veloci, come quello relativo al partenariato pubblico-privato, nel quale il panorama normativo, nazionale e internazionale, muta e nascono rapidamente nuove prassi che rendono obsolete quelle preesistenti, un bilancio dell'utilità delle linee guida tracciate dalle determinazioni sopra citate deve tener conto necessariamente delle modifiche normative intervenute. Poiché l'obiettivo della presente consultazione è innanzitutto aggiornare il contenuto delle due determinazioni alla luce delle modifiche normative intervenute, appare innanzitutto necessario comprendere come le stazioni appaltanti e gli operatori economici si siano avvalsi delle stesse per la gestione degli affidamenti relativi alle concessioni di lavori e servizi, evidenziando anche le eventuali carenze e gli elementi da potenziare ulteriormente.

La necessità di rivedere il contenuto delle determinazioni n. 1/2009 e n. 2/2010 per adeguarle all'attuale contesto normativo impone di conoscere come le stesse siano state di ausilio agli attori del mercato e quali miglioramenti siano ritenuti necessari per aumentarne la loro utilità. Si richiede pertanto di argomentare in merito, rispondendo in particolare alle seguenti domande:

- 12) In che modo le stazioni appaltanti, nel redigere la documentazione di gara, hanno tenuto conto delle determinazioni 1/2009 e 2/2010?
- 13) Quali criticità, diverse da quelle riconducibili alle modifiche normative intervenute, nell'applicazione delle linee guida sono state riscontrate?
- 14) Quali sono gli elementi su cui si ritengono necessari ulteriori approfondimenti e chiarimenti da parte dell'Autorità?

6 Il project financing nei servizi

6.1 La concessioni di servizi su iniziativa dei privati

Mentre il *project financing* nel settore dei lavori pubblici è regolato dettagliatamente dall'articolo 153 del Codice, per la finanza di progetto nel settore dei servizi il Codice, all'articolo 152, comma 3, si limita a prevedere che *"le disposizioni del presente Capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento"*. Tali modalità sono ora contenute nell'articolo 278 del Regolamento.

Occorre premettere che la fattispecie della concessione di servizi trova nel Codice una disciplina "minimale" che si sostanzia nella previsione di una norma di chiusura, applicabile esclusivamente laddove non vi siano disposizioni di settore specifiche.

La concessione è definita dall'articolo 3, comma 12, come un *"contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura dei servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30"*.

Il citato articolo 30 con riguardo all'affidamento delle concessioni di servizi, prevede soltanto che, salva l'applicazione di discipline specifiche che prevedono forme più ampie di concorrenza, la scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Con specifico riguardo alla disciplina delle concessioni di servizi giova rammentare che la Commissione europea, a seguito di un'attività di ampia consultazione cui ha partecipato anche l'Autorità ha presentato, il 20 dicembre 2011, una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio (COM(2011)897) sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. L'obiettivo della proposta è fornire – sulla base della giurisprudenza elaborata in materia dalla Corte di giustizia - un quadro giuridico certo per le procedure di aggiudicazione delle concessioni. Secondo la Commissione, infatti, l'assenza di un quadro giuridico certo:

- impedisce agli operatori economici di entrare nel mercato europeo delle concessioni;
- limita l'intenzione stessa delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori di ricorrere a tali forme di partenariato pubblico-privato.

Allo stato, dunque, in assenza di previsioni di settore, il Codice impone che le concessioni siano affidate mediante una gara informale con almeno cinque operatori economici.

Tali scarse indicazioni devono, peraltro, essere lette alla luce delle regole enunciate dalla Commissione europea, in particolar modo nella comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici (2006/C 179/02) e nella comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (2008/C 91/02).

Nelle comunicazioni citate, la Commissione pone l'accento soprattutto sull'obbligo di trasparenza cui sono tenute le amministrazioni, obbligo che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura dei contratti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione (cfr. Corte di giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, causa C-324/98, considerato n. 62).

Il principio di trasparenza è poi strettamente legato a quello di non discriminazione, poiché garantisce condizioni di concorrenza non falsate ed esige che le amministrazioni concedenti rendano pubblica, con appropriati mezzi, la loro intenzione di ricorrere all'affidamento di una concessione. Secondo le indicazioni della Commissione europea, tali forme di pubblicità dovranno contenere le informazioni necessarie affinché potenziali concessionari siano in grado di valutare il loro interesse a partecipare alla procedura, quali l'indicazione dei criteri di selezione ed attribuzione dei punteggi, l'oggetto della concessione e delle prestazioni attese dal concessionario.

Occorre, altresì, determinare i requisiti di partecipazione alle gare e le procedure di gara da seguire.

Il suddetto articolo introduce e disciplina accanto al tradizionale modello di concessioni di servizi ad iniziativa pubblica, che trova la propria regolamentazione nel citato articolo 30 del Codice – l'ipotesi della concessione di servizi ad iniziativa privata, nella quale è il privato che può presentare all'Amministrazione competente la propria proposta.

6.2 Il contenuto delle proposte

Il comma 1 dell'art. 278 del Regolamento prevede che le proposte ai fini dell'affidamento in finanza di progetto di contratti di concessione di servizi devono contenere uno studio di fattibilità, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato dai soggetti indicati dall'articolo 153, comma 9, del Codice, una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché l'indicazione degli elementi di cui all'articolo 83, comma 1, del Codice e delle garanzie offerte dal promotore all'Amministrazione aggiudicatrice; le proposte indicano, inoltre, l'importo delle spese sostenute per la loro predisposizione nel limite di cui all'articolo 153, comma

9, ultimo periodo, del Codice (2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità).

6.3 Le proposte fuori programmazione

Secondo il successivo comma 2, qualora l'amministrazione si avvalga della facoltà di cui all'articolo 271 del Regolamento - e, cioè, della facoltà di approvare il programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo - è ammessa la presentazione di proposte con riferimento a servizi non indicati nel programma.

In tal caso, le amministrazioni valutano le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; come previsto dall'articolo 153, comma 19, del Codice per le concessioni di lavori, tale adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla gestione dei servizi.

L'iter procedurale successivo alla presentazione della proposta può essere suddiviso in due diverse fasi: una prima fase finalizzata alla valutazione della fattibilità della proposta presentata ed una seconda fase volta alla scelta del concessionario. L'attività cui è tenuta l'Amministrazione in sede di valutazione della proposta è individuata dal comma 3 dell'articolo 278.

La fattibilità delle proposte presentate è valutata, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione; è verificata, inoltre, l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione.

Qualora vi siano più proposte, le stesse devono essere valutate comparativamente nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 3, del Codice e quindi mediante gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi.

Per quanto attiene alla fase di selezione dell'affidatario del servizio, il comma 4 dell'articolo 278 statuisce che le amministrazioni procedono ad indire una gara informale ai sensi del citato articolo 30, comma 3, del Codice, ponendo a base di gara la proposta presentata dal promotore che deve essere invitato a partecipare.

Pertanto, dal combinato disposto degli articoli 30, comma 3, del Codice e 278, comma 4, del Regolamento emerge che l'individuazione del concessionario avviene tramite una gara informale

alla quale devono essere invitati almeno cinque concorrenti e nell'ambito della quale i criteri di selezione devono essere, ovviamente, predeterminati dall'amministrazione aggiudicatrice.

Il medesimo comma 4 prosegue statuendo che, nella fase di scelta del concessionario, il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente, risultando in tal caso affidatario della concessione. E', quindi, previsto un diritto di prelazione a favore del promotore attribuito per il solo fatto di aver provveduto alla presentazione della proposta. Anche nell'ipotesi in esame, come avviene per l'affidamento della concessioni *ex* articolo 30 del Codice, viene fatta salva l'applicazione delle “ *discipline specifiche che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza*”.

Infine, con una previsione di chiusura, il comma 5 dell'articolo 278 dispone che per tutto quanto non espressamente regolato dalla norma si applicano le disposizioni del Codice e del Regolamento in quanto compatibili

6.4 Profili di criticità

Dall'analisi dell'articolo 278 risulta evidente come il legislatore abbia inteso dettare una disciplina del *project financing* nei servizi il più possibile simile a quella dettata per i lavori, creando un modello non eccessivamente difforme da quello già avviato e sperimentato nel settore delle opere pubbliche.

Tuttavia, tale disciplina non è esente da rilevanti profili di criticità, che vengono in sintesi illustrati nei successivi paragrafi, e per i quali si ritiene opportuno che le emanande linee-guida provvedano ad indicare possibili soluzioni.

6.4.1 L'intervento dei privati e la programmazione

Come rilevato, l'articolo 278 estende al settore dei servizi la possibilità, prevista per i lavori dall'articolo 153, comma 19 del Codice, di presentare proposte per l'affidamento di concessioni di servizi sia qualora essi siano previsti all'interno del programma annuale facoltativo *ex* articolo 271 del Regolamento sia al di fuori di tale programmazione.

La norma di riferimento è, in proposito, l'art. 271, comma 1, del Regolamento, secondo cui «*ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo*».

Per i servizi e le forniture non è, dunque, previsto un doppio grado di programmazione (annuale e triennale), come avviene per i lavori, ma un unico atto che copre un arco temporale piuttosto limitato (un anno).

Inoltre, a differenza di quanto previsto per i lavori – per i quali la programmazione costituisce un preciso obbligo espressamente contemplato dal Codice – l’adozione del programma annuale, per i servizi e le forniture, è stata introdotta dal legislatore in termini di facoltà. Tuttavia, ai sensi del comma 4 dell’art. 271 del Regolamento, qualora l’amministrazione abbia predisposto il programma, l’acquisizione di beni e servizi non preventivati può avvenire soltanto «*in caso di urgenza risultante da eventi imprevisi o imprevedibili in sede di programmazione*».

Con riguardo al contenuto del programma annuale, l’art.278 del Regolamento richiama, per quanto compatibili, le disposizioni di cui all’art.128, commi 2, ultimo periodo, 9, 10, e 11 del Codice.

Tra le disposizioni richiamate non compare tuttavia la previsione di cui al medesimo comma 2 dell’art. 128 del Codice (penultimo periodo), secondo cui, negli atti di programmazione le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica.

Come evidenziato dall’Autorità, nel documento di consultazione “*Servizi e forniture: programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto*”⁵, nel settore dei servizi - come per le forniture - si registra una cronica carenza di programmazione. Ciò comporta numerose criticità: quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l’avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l’imprecisa definizione dell’oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa.

In tale contesto, la possibilità attribuita dall’art.278 del Regolamento, di affidare la gestione di un servizio in concessione sulla base di una proposta proveniente dal privato, senza previa programmazione, comporta pericolose interferenze nell’attività propria dell’Amministrazione relativa alla valutazione della pubblica utilità e priorità del servizio, senza che, tra l’altro, sia assicurata la trasparenza delle scelte effettuate in merito all’intervento pubblico, cui l’istituto della programmazione principalmente risponde.

6.4.2 I requisiti del proponente nei servizi

⁵ Il documento è consultabile al seguente link: <http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine>.

A differenza di quanto avviene per i lavori, l'art.278 del Regolamento non specifica quali siano i requisiti che il promotore deve possedere per la presentazione degli studi di fattibilità.

Se, da un lato non sembra possa dubitarsi della necessità che il promotore sia in possesso dei requisiti di carattere generale previsti dall'art. 38 del Codice⁶, irrisolta appare, invece, la questione relativa ai requisiti economici e tecnici dello stesso, che, in ogni caso, in analogia con quanto previsto per i lavori, dovrebbero essere proporzionati alla proposta presentata.

La mancanza di previa determinazione appare grave laddove si consideri, da un lato, che al promotore è attribuito un diritto di prelazione nella successiva gara per l'affidamento della concessione e, dall'altro, che, come per i lavori, l'asseverazione del piano economico finanziario da parte di una banca non implica un impegno giuridico al successivo finanziamento e non costituisce, pertanto, garanzia di affidabilità economica della proposta.

6.4.3 Il diritto di prelazione

Un ulteriore profilo di criticità attiene al riconoscimento di un diritto di prelazione a favore del promotore.

Come osservato, l'articolo 278 ha definito il meccanismo di selezione dell'affidatario del servizio prevedendo l'esperimento della procedura di gara di cui all'articolo 30, comma 3, del Codice, alla quale è invitato il promotore con diritto di prelazione.

Tale diritto - introdotto per la prima volta con la legge 10 agosto 2002, n. 166 e successivamente oggetto di molteplici "ripensamenti" legislativi⁷ - consiste nella facoltà, riconosciuta al promotore, di adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente all'esito della procedura di gara.

Esso è motivato dall'intento di incentivare i soggetti privati ad investire i propri capitali nello studio e nella redazione di proposte per la realizzazione di opere pubbliche o per lo svolgimento di servizi, attraverso la tutela dell'impegno organizzativo e progettuale profuso dal promotore: la prelazione, dunque, è il corrispettivo dei costi che il promotore sostiene per predisporre la proposta e partecipare alla procedura.

Tuttavia, l'attribuzione al promotore di una così forte posizione di vantaggio potrebbe andare incontro alle censure più volte, in passato, sollevate in sede comunitaria con riguardo all'analogia

⁶ L'art.152, comma 2 del Codice, prevede che alle operazioni di *project financing* si applichino, nei limiti di compatibilità, le disposizioni di cui alla parte II, titolo I del medesimo testo normativo, tra cui l'art.38.

⁷ Da ultimo, reinserito anche per i lavori pubblici dal d.l. 13 maggio 2011, n.70 che ha modificato il comma 19 dell'art.153 del Codice.

previsione nel settore dei lavori, considerati, soprattutto, i potenziali effetti distorsivi della concorrenza.

Alle considerazioni che precedono deve, altresì, aggiungersi che discutibili sono le modalità con le quali il diritto *de quo* viene riconosciuto: secondo quanto previsto dall'articolo 278, infatti, esso spetta *ab origine* al promotore - nel caso in cui non vi siano più proposte per lo svolgimento del medesimo servizio - ovvero viene attribuito all'esito dell'esperimento di una procedura di gara informale - nel caso sussistano più proposte con il medesimo oggetto. In entrambe le ipotesi difetta un confronto concorrenziale "formale".

Ciò potrebbe rilevarsi in contrasto con quanto osservato in passato dalla Commissione europea con riguardo alla concessione di lavori: per la Commissione il diritto di prelazione - per poter essere legittimamente riconosciuto al promotore, senza che si incorra nella violazione dei fondamentali principi di tutela della concorrenza e di *par condicio* tra i partecipanti ad una procedura ad evidenza pubblica - dovrebbe essere conquistato all'esito di un confronto concorrenziale assistito da tutti i crismi delle procedure ad evidenza pubblica di matrice comunitaria e, quindi, solo a seguito dell'esperimento di una procedura avviata con la pubblicazione di un bando, a mezzo del quale, in ossequio al principio di parità di trattamento, tutti i soggetti interessati ad assumere la qualifica di promotore siano informati dell'esistenza di tale vantaggio nella successiva fase dell'affidamento.

6.4.4 *L'iter procedurale*

Ulteriori profili di criticità riguardano la scelta di prevedere, per la selezione del concessionario, una procedura di gara informale. *De jure condito*, tuttavia, si tratta di un'opzione sostanzialmente obbligata, non potendo, il legislatore, differenziare l'affidamento della concessione di servizi *ex* articolo 30 (per la quale è prevista una gara informale) dall'affidamento *ex* articolo 278.

In sostanza, il tema riguarda in maniera più generale l'assetto normativo che ad oggi caratterizza la concessione di servizi. In questo senso, l'introduzione della disciplina della finanza di progetto applicata ai servizi avrebbe potuto rappresentare un'occasione per un ripensamento globale della fattispecie all'interno del Codice dei contratti.

Ciò non esclude, tuttavia, che si possa procedere, in via interpretativa, a dettagliare i contenuti minimali della cd. gara informale, assicurandone la compatibilità con i principi dettati dall'articolo 2 del Codice.

6.4.5 *Il rinvio alle discipline settoriali ed alle disposizioni del Codice*

Come rilevato, il comma 4 dell'articolo 278, nel disciplinare *l'iter* procedurale per l'affidamento della concessione, rinvia al comma 4 dell'articolo 30 del Codice, facendo, in sostanza, salva l'applicazione delle discipline settoriali che prevedono forme più ampie di tutela della concorrenza.

Il rinvio lascia irrisolti una serie di interrogativi non privi di rilevanza.

Una prima questione attiene all'ampiezza del rinvio ed allo stesso ambito oggettivo di applicazione della finanza di progetto nei servizi. Sono al riguardo ipotizzabili almeno due letture.

Secondo una prima opzione interpretativa, di natura più restrittiva, si potrebbe sostenere che il rinvio deve intendersi limitato ai soli aspetti procedurali (gara informale piuttosto che gara formale), dovendosi comunque rinvenire nelle discipline settoriali una specifica disposizione che autorizzi la finanza di progetto: in assenza di una simile disposizione, si dovrebbe concludere per la non applicabilità dell'articolo 278.

In base ad una distinta interpretazione, potrebbe sostenersi che l'articolo 278 ha valenza generale, consentendo l'affidamento della concessione di servizi in finanza di progetto a prescindere dalla sussistenza di norme legittimanti nelle discipline settoriali.

Nel primo caso, del resto, non si riuscirebbe ad apprezzare la valenza del rinvio alle discipline settoriali, in quanto lo stesso avrebbe senso soltanto ipotizzando la sussistenza di disposizioni specifiche che prevedano la finanza di progetto per i servizi ma che, al contempo, non provvedano a dettare norme per l'affidamento della concessione.

Più in generale, è opportuno risolvere esplicitamente il problema del raccordo con le discipline settoriali, al fine di evitare che un quadro giuridico non completamente definito disincentivi il ricorso allo strumento della finanza di progetto nei servizi.

Analoghe osservazioni valgono con riguardo al rinvio aperto alle disposizioni del Codice e del Regolamento sia in generale che con riguardo alla finanza di progetto: anche in tal caso, sussiste l'opportunità di individuare compiutamente le norme applicabili e di specificarne i contenuti, alla luce delle peculiarità che caratterizzano l'applicazione della finanza di progetto al settore dei servizi.

L'articolo 278 del Regolamento ha disciplinato per la prima volta il tema della finanza di progetto per il settore dei servizi, lasciando comunque aperte diverse questioni. Poiché si ritiene che nella nuova determinazione debbano essere contenute anche indicazioni in merito alla finanza di progetto per i servizi, si richiede ai partecipanti alla consultazione di fornire le proprie osservazioni in materia, rispondendo, tra l'altro, alle seguenti domande:

15) Quali settori e quali servizi si ritiene siano più adatti all'utilizzo della finanza di progetto e

perché? Rispondere facendo riferimento anche alla specifica esperienza maturata, indicando eventuali buone pratiche.

- 16) Si concorda con la proposta dell'Autorità di suggerire alle stazioni appaltanti che intendono ricorrere al partenariato pubblico-privato per la gestione dei servizi di rendere edotto il mercato di tale intendimento, ad esempio vincolandosi a predisporre il piano di cui all'art. 271 del Regolamento?
- 17) Anche sulla base dell'esperienza maturata ovvero dei settori o dei servizi per i quali si ritiene più congeniale l'utilizzo della finanza di progetto per i servizi, indicare quali dovrebbero essere i requisiti economici e tecnici dei privati che intendano presentare un proprio studio di fattibilità, al fine di garantire l'affidabilità della proposta?
- 18) Quale dovrebbero essere il contenuto minimo delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice, di cui all'articolo 278, comma 1, del Regolamento?
- 19) Si concorda con l'opportunità che il diritto di prelazione venga riconosciuto esclusivamente a seguito di gara formale? In assenza di una specifica previsione normativa come potrebbero le stazioni appaltanti riconoscere il diritto di prelazione solo a seguito di gara formale?
- 20) Si concorda con l'opportunità che le concessioni di servizi, almeno quelle di importo più elevato, siano affidate solo a seguito di gara formale, ovvero a seguito di gara informale preceduta però da adeguati livelli di pubblicità e che preveda la possibilità di partecipazione per tutti i soggetti in possesso di idonei requisiti di carattere generale e specifici?
- 21) Quali norme del Codice si ritengono effettivamente applicabili alla finanza di progetto per i servizi? Tra queste quali norme dovrebbero comunque essere applicate anche nei settori che possiedono una disciplina speciale?

7 La revisione delle due determinazioni

7.1 Le modifiche alla determinazione n. 1/2009

La determinazione n. 1/2009 si componeva di cinque paragrafi di cui il primo relativo al regime transitorio previsto a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 152/2008. Poiché tale periodo è ormai trascorso appare opportuno che nella nuova determinazione non si faccia più riferimento allo stesso. Pertanto nel seguito si indicheranno le modifiche e le integrazioni necessarie, ripercorrendo la medesima numerazione della citata determinazione, al netto del primo paragrafo.

7.1.1 Le fasi della programmazione

Rispetto al contenuto originale della determina si pone la necessità di considerare anche la programmazione per i servizi. Attualmente, l'art. 271 del Regolamento, al comma 1, prevede che: *“Ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo”*. Come già accennato nel paragrafo precedente l'Autorità ha già avuto modo di segnalare l'opportunità di rendere meno facoltativa tale opzione; si ritiene opportuno indicare nella determinazione che sarebbe preferibile che le stazioni appaltanti rendessero chiaramente edotto il mercato, con congruo anticipo, ad esempio nel documento di programmazione, della propria intenzione di affidare servizi in concessione.

La determina si soffermava soprattutto sull'importanza dello studio di fattibilità, sia quello redatto ad opera dell'amministrazione, sia quello a corredo della proposta dei privati. Attualmente, compresa l'importanza di porre a base del progetto un articolato e dettagliato studio di fattibilità, lo strumento è stato potenziato affidandone la redazione al personale interno all'amministrazione solo a condizione che posseda i necessari requisiti soggettivi di competenza tecnica per la sua predisposizione, altrimenti, in mancanza di adeguate professionalità, tramite procedura selettiva, a soggetti esterni. All'art. 153 del codice inoltre, il d.l. n. 83 del 2012 (“Cresci Italia”) ha previsto l'obbligo delle pubbliche amministrazioni di indire una Conferenza preliminare di servizi con il compito di esprimersi sulla base dello studio di fattibilità ovvero, per le procedure che lo prevedono, sulla base del progetto preliminare posto a base di gara, specificando che le decisioni assunte in tale sede sono vincolanti per la Pubblica Amministrazione stessa, potendo essere modificate nelle successive fasi procedurali solo in presenza di elementi nuovi e rilevanti. La nuova determinazione dovrà dare risalto allo studio di fattibilità focalizzando l'attenzione sulla sua potenziale idoneità a formare un quadro globale, prevedere tutte le possibili interferenze e fornire soluzioni adeguate, anche con il contributo di più soggetti coinvolti in sede di conferenza di servizi. Le problematiche specifiche relative allo studio di fattibilità sono affrontate nel paragrafo 8.

Si deve, infine, segnalare che attualmente non è prevista la necessità di svolgere una consultazione preventiva con i soggetti interessati dagli interventi che si intende realizzare, nonostante in passato vi siano stati disegni e progetti di legge al riguardo. Troppo spesso si assiste all'opposizione di parte della popolazione alla realizzazione di interventi sul territorio e ciò determina inevitabili ritardi, specie nella fase di esecuzione dei lavori, con conseguenti lievitazione dei costi e del contenzioso. Ciò riguarda non solo la realizzazione di importanti infrastrutture, ma in numerosi casi interventi

anche limitati, come la costruzione di un parcheggio. La consultazione preventiva può rappresentare un modo per ridurre i blocchi e i ritardi nell'esecuzione dei progetti.

Per quanto concerne i progetti su iniziativa dei privati, la normativa, contenuta nel comma 19 dell'art. 153 del Codice, appare sensibilmente modificata rispetto a quella presente nel testo oggetto di analisi al momento della determina. Le novità principali riguardano:

- a) i soggetti che possono presentare offerte;
- b) l'obbligo di presentare un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato e la descrizione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- c) i termini per la valutazione della proposta da parte della pubblica amministrazione;
- d) le procedure di gara per le proposte approvate.

Per quanto concerne i soggetti che possono presentare offerte, il comma 19 parla genericamente di operatori economici, mentre il successivo comma 21 specifica che ai fini dell'applicazione della presente norma si intendono per operatori economici quelli di cui al precedente comma 8, nonché quelli dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, sembrerebbe quindi riproporre il contenuto del primo paragrafo del comma 19 della vecchia versione. Gli articoli 95 e 96 del Regolamento disciplinano in dettaglio i requisiti che devono essere posseduti dal concessionario e dal proponente, riproponendo di fatto quanto già previsto dagli articoli 98 e 99 del DPR 554/1999.

La normativa vigente al momento dell'emanazione della determina prevedeva esclusivamente che la proposta dei privati potesse limitarsi alla presentazione di uno studio di fattibilità. Attualmente la normativa richiede che la proposta sia corredata da una documentazione ben più ricca, quale quella descritta al punto sub b).

Il termine per la valutazione delle proposte da parte dell'amministrazione è ridotto a tre mesi, rispetto ai sei precedentemente previsti. Nel nuovo comma 19 è anche indicato che *“l'amministrazione può invitare il proponente ad apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse”*.

Per quanto concerne l'ultimo aspetto si rinvia ai paragrafi successivi.

Si tratta di norme che dovrebbero essere volte a garantire una maggiore realizzabilità dei progetti proposti dagli operatori privati.

7.1.2 Le modalità dello svolgimento della procedura a gara unica

Procedure di affidamento, bandi e pubblicità. E' tutt'ora previsto che siano utilizzabili entrambe le procedure per l'aggiudicazione della concessione di lavori aperta o ristretta, utilizzando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Per favorire la bancabilità dell'opera, nelle concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, è stata inserita la possibilità che l'amministrazione indica *“prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità e provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara”*. Si ancora così la modulabilità e adeguabilità dei progetti ad esigenze rappresentate dagli stessi operatori. Rispetto a tale procedura, per molti aspetti analoga al dialogo competitivo, l'Autorità nell'Atto di segnalazione n. 2 del 4 luglio 2013 ha indicato l'opportunità di evitare di introdurre ulteriori procedure non disciplinate in modo puntuale e che non trovano corrispondenza nel diritto comunitario. Nella direttiva comunitaria 18/2004 è espressamente previsto il dialogo competitivo come procedura di aggiudicazione idonea per appalti particolarmente complessi, come di regola sono quelli relativi al partenariato pubblico privato. Nel caso italiano, seppure non è formalmente prevista alcuna procedura per l'aggiudicazione degli affidamenti di cui all'art. 153, come già rilevato nella determina n. 1 del 2009 il riferimento obbligato è il contenuto dell'art. 144, che prevede le sole due modalità della procedura aperta o ristretta, da attuarsi con le integrazioni previste per la finanza di progetto. Sembrerebbe quindi che già attualmente le stazioni appaltanti possano già utilizzare per il project financing lo strumento del dialogo competitivo, figura normata a livello comunitario e nazionale, e la cui applicazione non è preclusa dal Codice.

Con la stessa finalità di migliorare la bancabilità dell'opera, il legislatore ha arricchito il contenuto dei bandi introducendo la possibilità di richiedere, a corredo dell'offerta, la manifestazione di interesse a finanziare l'opera da parte di due o più istituti di credito o altro tipo di enti finanziatori *“anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario”*. Ha introdotto inoltre la facoltà di stabilire, in caso di mancata sottoscrizione del finanziamento o mancato collocamento delle obbligazioni emesse, *“la risoluzione del rapporto”* entro congruo termine e senza diritto di rimborso del concessionario e, nel caso di finanziamento del progetto per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, la possibilità di prevedere che il contratto di concessione rimanga valido limitatamente alla parte che regola la realizzazione e gestione del medesimo. La norma introduce due ordini di problemi: da un lato

non è chiaro il destino delle offerte prive della suddetta manifestazione di interesse, dall'altro si pone il problema di definire cosa si intenda per stralcio funzionale.

Come è noto, l'art. 46-bis prevede la tassatività delle clausole di esclusione, ovvero l'esclusione non può avvenire se non espressamente prevista da norme di legge. Il testo approvato non prevede che la manifestazione di interesse costituisca un elemento essenziale dell'offerta e, di conseguenza, lascia aperta la questione circa le conseguenze di una sua eventuale mancanza o incompletezza.

La nozione di "stralcio funzionale" non sembra foriera di interpretazioni certe e univoche pertanto si auspica che la valutazione lasciata alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, almeno sia affidata a soggetti idonei appositamente individuati, come indicato con atto di segnalazione dell'Avcp al Governo e Parlamento del 4 luglio 2013.

Infine, sembrerebbe opportuno individuare quale debba essere il termine congruo (ovvero come lo stesso debba essere calcolato) per i singoli affidamenti, atteso che il DL 69/2013 prevede unicamente un limite massimo fissato in 24 mesi.

Per quanto riguarda gli ulteriori contenuti del bando e del disciplinare di gara, il Regolamento adottato con il Regolamento ha stabilito una disciplina dettagliata corrispondente a quanto era previsto nella vigenza del precedente DPR 554/1999.

L'attività di asseverazione. L'art. 96 del Regolamento definisce i contenuti che devono necessariamente essere presenti nel piano economico asseverato. Ai sensi del comma 4: *"L'asseverazione del piano economico-finanziario presentato dal concorrente ai sensi dell'articolo 153 del codice consiste nella valutazione degli elementi economici e finanziari, quali costi e ricavi del progetto e composizione delle fonti di finanziamento, e nella verifica della capacità del piano di generare flussi di cassa positivi e della congruenza dei dati con la bozza di convenzione"*.

Ai sensi del successivo comma 5, il contenuto minimo dell'asseverazione deve riguardare:

- a) prezzo che il concorrente intende chiedere all'amministrazione aggiudicatrice;
- b) prezzo che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice per la costituzione o il trasferimento dei diritti;
- c) canone che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione;
- d) tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;
- e) durata prevista della concessione;
- f) struttura finanziaria dell'operazione, comprensiva dell'analisi dei profili di bancabilità dell'operazione in relazione al debito indicato nel piano economico-finanziario;
- g) costi, ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto con riferimento alle tariffe.

Si tratta, in larga parte, degli stessi elementi che il DPR 554/1999 prevedeva che dovessero essere presenti nell'offerta.

7.1.3 Lo svolgimento della procedura a doppia gara (comma 15)

Poiché la normativa non è cambiata rispetto a quella già oggetto di analisi nella determina 1/2009 si ritiene di poterne confermare il contenuto, eventualmente integrato a seguito di istanze presentate nel corso della consultazione, ovvero a richieste di maggiori chiarimenti.

7.1.4 Lo svolgimento della procedura ad iniziativa dei privati (comma 16)

Poiché la normativa non è cambiata rispetto a quella già oggetto di analisi nella determina 1/2009 si ritiene di poterne confermare il contenuto della stessa, eventualmente integrato a seguito di istanze presentate nel corso della consultazione, ovvero a richieste di maggiori chiarimenti.

7.1.5 Lo svolgimento della procedura ad iniziativa dei privati (comma 19)

Il comma 19 dell'art. 153 del Codice prevede la possibilità per i soggetti privati di presentare all'amministrazione in qualsiasi momento, anche al di fuori della fase di programmazione, proposte per la realizzazione e la gestione di opere in concessione contenenti un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Il DL 70/2011 ha profondamente modificato la normativa relativa alla proposta dei privati nel senso che fino ad allora le proposte accolte potevano essere inserite nella programmazione, mentre ora possono essere direttamente messe a gara.

In sede di valutazione della proposta, l'amministrazione può richiedere al proponente di apportare modifiche al progetto preliminare. In caso di mancata adesione alle modifiche la proposta non può essere considerata di pubblico interesse. Nel caso in cui le modifiche vengono accolte il progetto è inserito nella programmazione triennale per l'approvazione con le procedure di cui all'art. 97 del Codice. In questa fase possono essere richieste ulteriori modifiche che, se non apportate, comportano la mancata approvazione della proposta.

Il progetto approvato viene posto a base di gara e il proponente assume la qualifica di promotore con facoltà di esercitare il diritto di prelazione entro quindici giorni dall'aggiudicazione definitiva, dichiarando di impegnarsi a adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario che sarà tenuto indenne delle spese sopportate nei limiti del 2,5 % del valore dell'investimento. Nella procedura a gara doppia, c'è una gara per l'attribuzione del diritto di

prelazione, in questo caso invece, come nella procedura a gara unica, il diritto di prelazione è acquisito con la presentazione della proposta presa in considerazione dal soggetto aggiudicatore.

Ricompare dunque il diritto di prelazione, dapprima soppresso dal D.lgs. n. 113/2007, poi reinserito nell'articolo in esame dal D.lgs. n. 152/08 dall'ondivago legislatore in contrasto con gli indirizzi comunitari, in forza dei quali già era stata avviata nei confronti dell'Italia una procedura di infrazione. Esso, in effetti, come già evidenziato nel paragrafo 6, sembra violare il principio di parità di trattamento e il principio di trasparenza, sia perché consente al promotore di aggiudicarsi la concessione mediante il semplice adeguamento dell'offerta a quella del concorrente risultato vittorioso; sia perché ammette il promotore alla procedura negoziata senza alcuna comparazione tra la sua offerta e quelle presentate dai partecipanti nella prima fase di gara.

7.2 Le modifiche alla determinazione n. 2/2010

Per quanto riguarda gli aspetti relativi all'esecuzione del contratto, più limitati sono stati i cambiamenti rispetto a quanto previsto nella determina che faceva riferimento al vecchio Regolamento. Restano validi i rinvii alle disposizioni sulla contabilizzazione dei lavori, le specificazioni ivi contenute sui poteri di controllo e di vigilanza del concessionario nei casi in cui sia amministrazione aggiudicatrice o soggetto privato, le indicazioni relative alle funzioni del responsabile del procedimento e del direttore dei lavori.

Circa la regolamentazione della materia inerente i servizi affidati in concessione, essendo stata rilevata un'uniformità di disciplina con il settore dei lavori che non tiene conto delle dovute distinzioni, anche in relazione agli aspetti dell'esecuzione del contratto, l'Autorità come già rilevato ha avviato un'apposita consultazione, cui si rimanda.

Le modifiche più rilevanti concernono invece materia quali quelle relative all'allocazione dei rischi, già trattate nel paragrafo 2.2, cui si rimanda, nonché le modifiche recentemente introdotte dal DL 69/2013, evidenziate al paragrafo 4.8.

Il nuovo articolo 143, al comma 5, prevede che *"All'atto della consegna dei lavori il soggetto concedente dichiara di disporre di tutte le autorizzazioni, licenze, abilitazioni, nulla osta, permessi o altri atti di consenso comunque denominati previsti dalla normativa vigente e che detti atti sono legittimi, efficaci e validi"*. La norma, evidentemente rivolta a velocizzare la fase di esecuzione, non specifica però quali sono gli atti cui ci si riferisce; al riguardo si deve osservare che la norma appare volutamente aperta, sia per tener delle differenze esistenti per tipologia di lavoro sia in considerazioni di future modifiche normative al riguardo.

Pertanto, più dell'esplicitazione del contenuto della dichiarazione sembra opportuno concentrarsi sulle modalità che deve possedere tale dichiarazione. Appare, innanzitutto, evidente che la dichiarazione debba essere presentata in forma scritta e firmata dal concedente. Sembra, inoltre, opportuno che nella stessa vengano indicati gli estremi con cui dette autorizzazioni sono state rilasciate e, per quanto possibile, allegate alla convenzione. Al fine di ridurre il possibile contenzioso successivo, sarebbe infine necessario che la dichiarazione venga sottoscritta dal concessionario, il quale dichiara che, per quanto di sua conoscenza, per l'esecuzione del lavoro non necessitano ulteriori autorizzazioni.

Con particolare riguardo alla stipula del contratto e alla fase dell'esecuzione, è ora prevista la facoltà di revisione delle convenzioni stipulate con il concessionario al fine di ristabilire l'equilibrio del piano economico-finanziario, laddove venga alterato dal sopraggiungere di nuove disposizioni normative (regolamentari o legislative) o altri mutamenti di circostanze che determinino variazioni delle condizioni di partenza anche dovute alla stazione appaltante e non imputabili al concessionario. Sembra, quindi, opportuno che nelle convenzioni vengano adeguatamente individuati quali siano i cambiamenti che possono condurre alla revisione del piano economico-finanziario, prevedendo che eventuali modifiche possano essere riconosciute unicamente quando gli effetti delle circostanze sopravvenute siano duraturi e non potevano essere conosciuti al momento della sottoscrizione della convenzione, ovvero che tali effetti non rientrano nella normale alea relativa ai rischi di costruzione, domanda e disponibilità (i quali, come più volte ricordato, contribuiscono a differenziare l'appalto dalla concessione). In caso contrario si potrebbe modificare, infatti, l'allocatione dei rischi e, quindi, la natura stessa del progetto.

Al riguardo, il comma 8-bis specifica anche che la convenzione debba contenere una definizione di equilibrio economico-finanziario che faccia riferimento ad indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito, nonché la procedura di verifica e la cadenza temporale degli adempimenti connessi. Appare quindi opportuno che nella determinazione vengano fornite indicazioni al riguardo.

Come già anticipato nel paragrafo 2.3, la valutazione della convenienza economica di un progetto si ha quando questo è in grado di generare un valore attuale netto (VAN) positivo. Il VAN rappresenta il valore generato dall'investimento, ovvero i flussi di cassa attualizzati, per il cui calcolo è necessario ipotizzare un determinato tasso di rendimento. Il tasso interno di rendimento (TIR) è quel tasso che rende nulla la differenza tra flussi di cassa in entrata ed in uscita. Se il TIR è superiore ad un opportuno tasso di sconto allora il progetto risulta economicamente conveniente. Il tasso di sconto generalmente considerato è il WACC, *weighted average cost of capital*.

Per quanto concerne la capacità di rimborso del debito, gli indicatori che vengono generalmente considerati sono il *Debt Service Cover Ratio* (DSCR) e il *Loan Life Cover Ratio* (LLCR). Entrambi gli indicatori sono calcolati in termini di rapporto e quindi è necessario che il loro valore sia superiore all'unità. Il primo esprime il rapporto fra il flusso di cassa operativo generato dal progetto e il servizio del debito comprensivo di quota capitale e quota interessi, mentre il secondo il rapporto fra il valore attuale netto dei flussi di cassa generati nel periodo di vita del finanziamento e il valore attuale del debito.

Le modifiche normative e l'esperienza maturata in materia di finanza di progetto e di concessioni impongono di rivedere le determinazioni n. 1/2009 e n. 2/2010. Nel paragrafo sono state formulate alcune proposte di modifica delle due determinazioni, rispetto alle quali si intende acquisire la posizione degli operatori del mercato. Si richiede di far conoscere la propria posizione, anche rispondendo alle domande seguenti:

- 22) Si condivide l'ipotesi contenuta nel documento di consultazione di suggerire alle stazioni appaltanti di informare con congruo anticipo delle proprie intenzioni di affidare i servizi in concessione, ad esempio, nell'ambito della programmazione;
- 23) Si condivide l'ipotesi di condurre consultazioni preventive per i progetti che hanno un impatto sul territorio? In caso di risposta positiva in quale fase della procedura si dovrebbe realizzare la consultazione preventiva e con quali modalità?
- 24) Si ritiene possibile fare ricorso per la finanza di progetto alla procedura del dialogo competitivo? Quali sono i vantaggi e le controindicazioni per l'utilizzo di tale procedura?
- 25) Quali si ritiene debbano essere le conseguenze per la mancata presentazione della manifestazione di interesse a finanziare l'operazione nell'offerta, ovvero di una manifestazione non conforme alle indicazioni del bando, atteso che il DL 69/2013 non la prescrive come clausola di esclusione espressa?
- 26) Quali sono i criteri che dovrebbero guidare la definizione del lotto funzionale per i singoli bandi?
- 27) Sulla base di quali elementi le stazioni appaltanti dovrebbero stabilire il termine congruo da inserire nel bando, in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento?
- 28) Si ritengono sufficienti gli elementi indicati nell'art. 96 del Regolamento, quali contenuto minimo del piano economico-finanziario asseverato? Si ritiene necessario che nella determina vengano descritti in maggior dettaglio tali elementi? In caso di risposta affermativa indicare in che modo.
- 29) Come si considerano le procedure di cui al comma 19 dell'articolo 153 del Codice a seguito

dell'emanazione del DL 70/2011? Quali aspetti della procedura si ritiene necessitino di maggiori chiarimenti da parte dell'Autorità? Quale si ritiene sia l'impatto sulla concorrenza del diritto di prelazione presente in tale procedura?

- 30) Quale si ritiene sia l'impatto delle modifiche introdotte nella nuova versione SEC 95 pubblicate da Eurostat nell'ottobre 2010, sulla contabilizzazione dell'opere in partenariato ed, in particolare, quali aspetti si ritiene debbano essere approfonditi o rivisti dall'Autorità nella determinazione che sostituisce la determinazione n. 2/2010?
- 31) Quale dovrebbe essere la forma della dichiarazione di cui all'articolo 143, comma 5, del Codice?
- 32) Quali sono i cambiamenti che di regola possono incidere sull'equilibrio del piano economico-finanziario? Quali di questi cambiamenti si ritiene possano condurre ad una modifica del piano economico-finanziario senza alterare la ripartizione dei rischi e modificare la natura della concessione? Chi e con quali modalità deve accertare tali modifiche, anche al fine di evitare l'insorgere di contenzioso?

8 Lo studio di fattibilità

Nella realizzazione di lavori, inclusi quelli finanziabili con capitali privati, assume rilievo la fase di programmazione triennale con i relativi aggiornamenti annuali, come disciplinata dall'art. 128 del Codice. Ai sensi di tale disposizione, infatti, il programma triennale deve contenere esclusivamente lavori che siano frutto di studi di fattibilità ed ancora prima dell'analisi delle esigenze delle amministrazioni pubbliche da soddisfare con le opere oggetto di programmazione; le amministrazioni aggiudicatrici individuano, quindi, con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica.

Nel paragrafo 7 è stata sottolineata, in tale ambito, l'importanza dello studio di fattibilità che - come chiarito dall'Autorità nella determinazione n. 1/2009 - ha una duplice valenza, quale atto propedeutico all'inserimento delle iniziative negli strumenti di programmazione, nonché documento a base di gara nelle nuove procedure *ex* articolo 153 del Codice. Pertanto, ai fini della programmazione lo studio di fattibilità deve avere un contenuto esaustivo anche se non dettagliato ed inoltre, se relativo ad opere di particolare complessità ed importanza - come suggerito dall'Autorità - andrebbe sottoposto ad una conferenza di servizi *ex* art. 14 bis L. n. 241/1990 e s.m.i., al fine di verificare quali siano le condizioni per ottenere i necessari atti di consenso sui

successivi livelli di progettazione. Con riferimento, invece, allo studio di fattibilità posto a base di gara, la stessa Autorità ha sottolineato la necessità di un'integrazione dello stesso (rispetto alla programmazione) al fine di consentire l'individuazione di tutti gli elementi del confronto concorrenziale fra gli offerenti, come richiesto dall'art. 153 del Codice e quindi in particolare dei requisiti dei concorrenti, dei criteri di valutazione delle proposte, della loro relativa ponderazione.

Nella determinazione n. 1/2009 è stato altresì osservato che in relazione al documento in esame il Codice ed il D.P.R. n. 554/1999 (all'epoca vigente) non contengono una disciplina adeguata sia dal punto di vista dei contenuti sia in ordine al procedimento di elaborazione. Pertanto, con le *"linee guida per la compilazione dello studio di fattibilità"* allegata a tale pronuncia, l'Autorità ha provveduto ad illustrare le caratteristiche dello studio di fattibilità ed il relativo contenuto, evidenziando la necessità di bilanciare due esigenze contrapposte: quella di avere un documento affidabile e completo, tale da ottenere preliminari consensi dalle amministrazioni competenti e quella di non intaccare eccessivamente la creatività dei concorrenti, garantendo ad essi la possibilità di apportare modifiche alla soluzione indicata nello studio stesso.

In particolare nella predetta determinazione l'Autorità (tra l'altro) ha:

- analizzato le caratteristiche dello studio di fattibilità sottolineandone il ruolo primario nell'ambito della programmazione degli interventi e nell'ambito delle procedure previste e disciplinate dall'art. 153 del Codice.
- individuato le criticità nell'identificazione dei bisogni della collettività ed illustrato le fasi di scelta di tali fabbisogni.
- dato indicazioni agli operatori del settore in ordine alle modalità con le quali procedere alla scelta del modello di realizzazione dell'intervento, mediante cioè appalto pubblico o strumenti di PPP.
- individuato il contenuto dello studio di fattibilità.
- illustrato gli elementi caratterizzanti tale documento e gli elaborati che lo compongono.
- sottolineato che lo studio di fattibilità deve essere redatto – di norma – dagli Uffici Tecnici della stazione appaltante, essendo possibile il ricorso a professionisti esterni solo in caso di carenze dell'organico ex art. 90, comma 6 e art. 10, comma 7 del Codice e che i costi sostenuti per la redazione di tali documenti rientrano nelle spese tecniche di sviluppo del progetto, al pari delle spese per la progettazione, la consulenza legale e finanziaria.

Le indicazioni dell'Autorità sono state pienamente condivise dal legislatore. Infatti, l'art. 14 del Regolamento, intervenuto successivamente alla pubblicazione della determinazione *de qua*, individua gli aspetti essenziali ed i contenuti dello studio di fattibilità in maniera pressoché sovrapponibile alle indicazioni dell'Autorità.

La disposizione regolamentare in parola statuisce, in particolare, al *comma 1*, che lo studio di fattibilità deve comporsi di una relazione illustrativa contenente: a) le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali, economico-finanziarie dei lavori da realizzare; b) l'analisi delle possibili alternative rispetto alla soluzione realizzativa individuata; c) la verifica della possibilità di realizzazione mediante i contratti di partenariato pubblico privato di cui all'articolo 3, comma 15-ter, del codice; d) l'analisi dello stato di fatto, nelle sue eventuali componenti architettoniche, geologiche, socio-economiche, amministrative; e) la descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento, nonché l'individuazione delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici.

Il *comma 2* della disposizione *de qua* prevede, inoltre, che ove lo studio di fattibilità sia posto a base di gara, ai sensi degli articoli 58 e 153 del Codice, lo stesso deve comporsi degli elaborati ivi indicati (salva diversa motivata determinazione del responsabile del procedimento) in rapporto alla specifica tipologia e alla dimensione dei lavori da realizzare (relazione illustrativa generale, relazione tecnica, elaborati progettuali stabiliti dal responsabile del procedimento tra quelli previsti dall'articolo 21, elaborato tecnico-economico).

A ciò si aggiunga (come sottolineato anche nel paragrafo 7) che il legislatore ha altresì accolto il suggerimento dell'Autorità di sottoporre lo studio di fattibilità a preliminare conferenza dei servizi. Si evidenzia, infatti, che l'art. 3 del D.L. n. 83/2012 ha previsto l'inserimento all'art. 14-bis della L. n. 241/1990 e s.m. del seguente comma 1-bis *“In relazione alle procedure di cui all'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, la conferenza dei servizi è sempre indetta. La conferenza si esprime sulla base dello studio di fattibilità per le procedure che prevedono che lo stesso sia posto a base di gara ovvero sulla base del progetto preliminare per le procedure che prevedono che lo stesso sia posto a base di gara. Le indicazioni fornite in sede di conferenza possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nelle fasi successive del procedimento”*.

Si osserva a tal riguardo che mentre l'art. 14 bis, comma 1, della L. n. 241/1990 e s.m.i. per i *“progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi”* subordina la possibilità di convocare tale conferenza ad una motivata richiesta dell'interessato, *“documentata, in assenza di un progetto preliminare, da uno studio di fattibilità”* al fine di verificare quali siano le condizioni per ottenere i necessari atti di consenso, il nuovo comma 1-bis -introdotto dal citato D.L.

n. 83/2012 - prevede che in relazione alle procedure di cui all'articolo 153 del Codice *“la conferenza dei servizi è sempre indetta”*.

In relazione alle opere pubbliche da realizzare mediante finanza di progetto sussiste dunque *l'obbligo* di indire la conferenza preliminare affinché si esprima sullo studio di fattibilità o, in alternativa, sul progetto preliminare. Tale previsione sembra ispirata ad una maggiore promozione degli investimenti privati, frenati da procedure lunghe e defatiganti nell'ambito delle quali gli interessi pubblici coinvolti possono indurre le amministrazioni interessate ad opporsi alla realizzazione degli interventi. La stessa novella, inoltre, sempre al fine di garantire una maggiore certezza agli investitori privati attraverso uno studio di fattibilità / progetto preliminare stabile non soggetto a frequenti richieste di variazioni, sottolinea – come visto - che le indicazioni fornite in sede di conferenza possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nelle fasi successive del procedimento.

Dunque l'istituto della conferenza dei servizi preliminare nell'ambito della procedura in esame ha come chiara finalità quella di consentire da un lato un maggior coinvolgimento degli investitori privati nella realizzazione di opere pubbliche, dall'altro di semplificare l'azione amministrativa, mediante il coinvolgimento ed il coordinamento tra le amministrazioni interessate e la composizione dei vari interessi coinvolti.

Si osserva, infine, che il citato art. 3 del D.L. n. 83/2012 ha altresì previsto l'inserimento, all'art. 153 del Codice, del comma 2-bis a tenore del quale *“Lo studio di fattibilità da porre a base di gara è redatto dal personale delle amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzione delle diverse professionalità coinvolte nell'approccio multidisciplinare proprio dello studio di fattibilità. In caso di carenza in organico di personale idoneamente qualificato, le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione dello studio di fattibilità a soggetti esterni, individuati con le procedure previste dal presente codice”*.

Con tale disposizione è stato, dunque, espressamente stabilito che lo studio di fattibilità *deve* essere redatto dal personale interno all'amministrazione aggiudicatrice, se in possesso dei necessari requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione, contemplando - solo in caso di carenza in organico di personale qualificato - la possibilità di affidare la redazione dello studio di fattibilità a professionisti esterni individuati con procedura ad evidenza pubblica. Anche in relazione a tale aspetto, pertanto, il legislatore ha pienamente condiviso le indicazioni dell'Autorità contenute nella citata determinazione n. 1/2009.

Nel paragrafo sono state analizzate le principali novità legislative intervenute successivamente all'emanazione della Determinazione n. 1/2009, novità che sembrano accogliere le indicazioni contenute in tale atto regolamentare. Al fine di comprendere come rendere più incisive le indicazioni dell'Autorità si richiede di voler fornire osservazioni in merito alle seguenti questioni:

- 33) Lo studio di fattibilità, così come definito dall'articolo 14 del Regolamento consente di ottenere la precisione e l'attendibilità necessarie ad assumere decisioni stabili? Le indicazioni ivi contenute sugli atti e sui documenti che compongono lo studio di fattibilità, appaiono utili ai fini di una selezione delle opere da finanziare, accompagnata da una adeguata analisi dei rischi dell'opera e dei reali costi da sostenere?
- 34) Nell'ambito dello studio di fattibilità, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero verificare che le iniziative di PPP che intendono promuovere siano "affordable" dal punto di vista del bilancio dell'ente. Nel caso in cui lo schema di convenzione contempli la corresponsione di un contributo, la certezza della disponibilità di tali somme nel rispetto dei tempi e delle modalità fissate (e previste nel piano economico finanziario dell'iniziativa) è fondamentale al fine di garantire il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario del progetto. Si ritiene utile inserire nell'ambito dello studio di fattibilità anche tale accertamento?
- 35) Gli studi di fattibilità continuano ad essere redatti in relazione ad un singolo progetto, senza valutazioni in ordine a possibili sinergie attivabili tra progetti complementari o conflitti tra progetti paralleli o in competizione. Ciò deriva spesso dall'assenza di adeguata attività pianificatoria dell'amministrazione competente. Si ritiene utile estendere lo studio di fattibilità anche a tali aspetti dell'intervento?
- 36) In relazione alle procedure di cui all'art. 153 del Codice, la conferenza di servizi preliminare *obbligatoria* sullo studio di fattibilità ovvero sul progetto preliminare, si ritiene che possa costituire un effettivo incentivo per il coinvolgimento di investitori privati nelle procedure di Project financing? Quali altri strumenti si ritengono utili ai fini di un maggiore e più sicuro coinvolgimento degli investitori privati?