
Il partenariato pubblico-privato nella bozza del nuovo codice dei contratti pubblici

Nell'ambito delle attività del Piano di Rafforzamento Amministrativo - del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti è stata redatta la presente relazione, relativa al partenariato pubblico-privato nella bozza del nuovo codice dei contratti pubblici.

Introduzione

Il Consiglio di Stato ha recentemente pubblicato lo schema preliminare del nuovo Codice dei contratti pubblici, che deve essere approvato, nel quadro delle riforme "abilitanti" previste dal PNRR, entro il 30 marzo 2023.

Nel dettaglio, si prevedono le seguenti tappe:

- entro marzo 2023, l'entrata in vigore del decreto legislativo attuativo della delega per la revisione del Codice dei contratti pubblici;
- entro giugno 2023, l'entrata in vigore di tutte le leggi, regolamenti e provvedimenti attuativi (anche di diritto privato) per la revisione del sistema degli appalti pubblici;
- entro dicembre 2023, il pieno funzionamento del sistema nazionale di e-procurement.

Lo schema pubblicato di nuovo Codice dei contratti pubblici è suddiviso in cinque libri, con 230 articoli.

- LIBRO I: DEI PRINCIPI, DELLA DIGITALIZZAZIONE, DELLA PROGRAMMAZIONE E DELLA PROGETTAZIONE
- LIBRO II: DELL'APPALTO
- LIBRO III: DELL'APPALTO NEI SETTORI SPECIALI
- LIBRO IV: DELLE CONCESSIONI E DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO
- LIBRO V: DEL CONTENZIOSO E DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE. DISPOSIZIONI FINALI E TRANSITORIE

Nella presente trattazione si approfondirà il Libro IV, osservando alcuni aspetti in tema di PPP.

1. Il Libro IV in materia di PPP

Ai sensi dell'art. 174 dello schema di nuovo Codice, il partenariato pubblico-privato è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche:

- a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati viene instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere di un obiettivo di interesse pubblico;

b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima;

c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione;

d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi viene allocato in capo al soggetto privato.

Risulta particolarmente interessante la distinzione effettuata tra PPP di tipo contrattuale e di tipo istituzionale.

Nel dettaglio, viene precisato che il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori professionali privati che abbiano gli anzidetti contenuti e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.

Il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale, invece, si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica ed è disciplinato dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, e dalle altre norme speciali di settore.

All'art. 175, quindi, viene affrontato il tema della programmazione, prevedendo che le pp.aa. adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato, previa valutazione preliminare di convenienza e fattibilità sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale.

A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente.

Nei casi di progetti di interesse statale oppure di progetti finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia già previsto che si esprima il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica e lo Sviluppo Sostenibile (CIPESS), gli enti concedenti interessati a sviluppare i progetti secondo la formula del PPP (incluse le regioni e gli enti locali, quando la complessità dell'operazione contrattuale lo richieda) il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo superiore ad un importo ancora da definire (ma che dovrebbe essere 10 milioni di euro) richiedono un parere preventivo, non vincolante, per la valutazione preliminare, al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri, emesso di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze- Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato entro 45 giorni. Dopo la valutazione preliminare, comunque, il Presidente del Consiglio dei ministri può sottoporre lo schema di contratto ai pareri del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato, anche per la valutazione di profili diversi da quello della convenienza. Si prevede altresì la facoltà dell'amministrazione di avvalersi di Cassa, depositi e prestiti per predisporre lo schema di contratto.

Spetta all'ente concedente, sentito l'operatore economico, nominare un responsabile unico del progetto di partenariato tra soggetti dotati di idonee competenze tecniche, per coordinare e controllare, sotto il profilo tecnico e contabile, l'esecuzione del contratto, verificando costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni.

Peraltro, l'ente concedente deve esercitare il controllo sull'attività dell'operatore economico, verificando in particolare la permanenza dei rischi operativi trasferiti in capo all'operatore economico, che deve fornire tutte le informazioni necessarie allo scopo, con le modalità stabilite nel contratto.

Compito del DIPE della Presidenza del Consiglio dei ministri è effettuare il monitoraggio dei partenariati pubblici-privati; presso il DIPE è istituita un'apposita banca dati, mentre il Ministero dell'Economia e delle Finanze, attraverso il portale per il monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico-privato della Ragioneria generale dello Stato, deve pubblicare e aggiornare periodicamente le migliori prassi in materia di forme tecniche e caratteristiche di finanziamento di partenariato pubblico-privato più ricorrenti sul mercato.

2. Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo.

Con riferimento al contratto di concessione, l'art. 177 prevede che l'aggiudicazione debba comportare il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, comprendendo un rischio dal lato della domanda (ovverosia rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto) o dal lato dell'offerta (ossia il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto) o da entrambi.

Viene specificato che il concessionario assume il rischio operativo (ossia il rischio che deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti) quando, in condizioni operative normali e alla luce del contesto economico, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione, senza che rilevino i rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a causa di forza maggiore; ciò significa che la parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile, prendendo in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

D'altro canto, i contratti remunerati dall'ente concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo si configurano come concessioni se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore dipende esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura.

Nelle operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta, il contratto deve prevedere che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, nonché un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario.

Le variazioni del corrispettivo devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme dell'investimento, dei costi e dei ricavi.

Infine, viene specificato che l'assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria.

L'equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio, sebbene sia prevista anche la possibilità di un intervento pubblico di sostegno, nella forma di un corrispettivo per la parte del rischio non traslata sul privato, qualora l'operazione economica non possa da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario.

Non si applicano le disposizioni sulla concessione, ma quelle sugli appalti, se l'ente concedente attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. Sul punto, viene precisato che la previsione di un indennizzo in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'ente concedente, oppure per cause di forza maggiore, non esclude che il contratto si configuri come concessione.

3. La finanza di progetto

Gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi, contenenti un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato (con l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno) e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

L'ente deve valutare tempestivamente la fattibilità della proposta, invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione, e se non le apporta, la proposta viene respinta.

Se invece viene approvato, il progetto di fattibilità è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente ed è posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione. Il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo, e nel bando l'ente concedente dispone che il promotore possa esercitare il diritto di prelazione o, in alternativa, che allo stesso venga riconosciuto un punteggio premiale.

I concorrenti, compreso il promotore, presentano un'offerta (con le dovute cauzioni e garanzie) contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, le varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando.

L'ente concedente, dopo aver preso in esame le offerte, redige una graduatoria e nomina aggiudicatario il soggetto che ha presentato la migliore offerta, per poi porre in approvazione i successivi livelli progettuali elaborati dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione, ove previsto dal bando, e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita

la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo.

Con riferimento alla Società di scopo, l'art. 194 dello schema di nuovo Codice prevede che il bando di gara per l'affidamento di una concessione nella forma della finanza di progetto comprenda che l'aggiudicatario costituisca una società di scopo in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, con l'indicazione dell'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata, a pena di esclusione, la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto.

I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società di scopo si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso in cui siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, originari o subentrati, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari.

Viene precisato che la società di scopo, senza che ciò costituisca cessione di contratto, subentra nel rapporto di concessione senza necessità di approvazione o autorizzazione amministrativa, sostituendo l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente, ma nel contratto di concessione si disciplinano altresì le modalità di sostituzione dei soci della società di scopo che, nel corso dell'esecuzione del contratto, perdano i requisiti di qualificazione.

Di sicuro interesse è l'art. 195, relativo alla disciplina dell'emissione di obbligazioni e titoli di debito da parte della società di scopo, anche in deroga ai limiti di cui agli articoli 2412 e 2483 del codice civile, purché destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori istituzionali e dei clienti professionali indicati nell'art. 6, commi 2-quinquies e 2-sexies, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e nei regolamenti attuativi o delle loro controllanti e controllate ai sensi dell'articolo 6, commi 6-bis.1 e 6-bis.2 dello stesso decreto legislativo.

4. La locazione finanziaria

L'art. 196 dello Schema in esame disciplina la locazione finanziaria (leasing), utile agli enti concedenti per finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Più precisamente, la società di locazione finanziaria acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori. Se lo schema di contratto prevede il trasferimento del rischio operativo, si applicano le norme sulle concessioni e sugli altri contratti di partenariato pubblico-privato, altrimenti si applicano, le disposizioni in materia di appalto pubblico di lavori.

Per l'aggiudicazione del contratto l'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità, comprensivo del piano finanziario, mentre l'aggiudicatario predispone i successivi livelli progettuali ed esegue l'opera.

5. Il contratto di disponibilità

Attraverso il contratto di disponibilità sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, 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.

Il corrispettivo del contratto di disponibilità si compone di un canone di disponibilità, commisurato all'effettivo periodo per il quale l'operatore economico ha garantito il godimento dell'opera, sempre che il mancato o ridotto godimento non rientri nel rischio a carico dell'ente concedente, cioè quando è convenuto il trasferimento della proprietà dell'opera all'ente concedente, caso in cui il corrispettivo si compone anche:

1. di un eventuale contributo in corso d'opera, non superiore al 50 per cento del costo di costruzione dell'opera;
2. di un prezzo di trasferimento, da pagare al termine del contratto, determinato in relazione al valore di mercato residuo dell'opera e tenendo conto dell'importo già versato a titolo di canone di disponibilità e di eventuale contributo in corso d'opera.

6. Altre disposizioni in materia di partenariato pubblico-privato

Gli artt. 198 e ss. dello schema prevedono ulteriori disposizioni in tema di PPP, tra cui la precisazione secondo cui gli operatori professionali aggiudicatari di contratti di partenariato pubblico-privato possono sempre avvalersi, anche al di fuori della finanza di progetto, della facoltà di costituire una società di scopo ai sensi degli articoli 184 e 185 dello schema di codice.

Appare interessante quanto previsto dall'art. 201 in materia di partenariato sociale, ovverosia contratti aventi ad oggetto una o più delle prestazioni seguenti:

1. gestione e manutenzione di aree riservate al verde pubblico urbano e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi; sussiste, per la conclusione di tale contratto, il diritto di prelazione dei cittadini, aventi residenza o domicilio nei comprensori ove insistono i beni e le aree, costituenti un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno i due terzi della proprietà della lottizzazione; i cittadini costituiti in consorzio possono beneficiare, altresì, di incentivi fiscali;
2. gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero di aree e beni immobili inutilizzati, per destinarli a fini di interesse generale, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati che, all'uopo, beneficiano di incentivi fiscali direttamente attinenti alla attività svolta dal singolo o dalla associazione, o comunque utile alla comunità territoriale di riferimento;
3. compimento di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati, e a spese di questi

ultimi; l'esecuzione delle opere è esente da oneri fiscali e amministrativi, salva l'imposta sul valore aggiunto.

L'art. 203 regola invece l'affidamento di servizi globali, che si realizza mediante la conclusione di contratti, anche diversi da quelli disciplinati dalle disposizioni della presente parte, con cui l'operatore economico è tenuto a perseguire un risultato amministrativo mediante le prestazioni professionali e specialistiche dedotte in obbligazione in cambio di un corrispettivo determinato in relazione al risultato ottenuto e alla attività normalmente necessaria per ottenerlo.

Infine, dagli art. 204 e ss. viene disciplinato l'affidamento dei servizi globali al contraente generale, che si realizza mediante la conclusione di un contratto che obbliga l'operatore economico a compiere un'opera e a perseguire un determinato risultato amministrativo indicato nel bando e nel contratto, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio in cambio di un corrispettivo determinato in base al risultato ottenuto e alle prestazioni rese.

Il contraente generale è tenuto fra l'altro:

1. a redigere il progetto esecutivo, in conformità del progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore, e a compiere le attività strumentali alla sua approvazione;
2. ad assicurare il prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera;
3. a comunicare costantemente al soggetto aggiudicatore le informazioni necessarie a prevenire tentativi di infiltrazione mafiosa.

