

Formazione IFEL
per i Comuni

IFEL
Fondazione ANCI

***Il Partenariato pubblico-
privato***

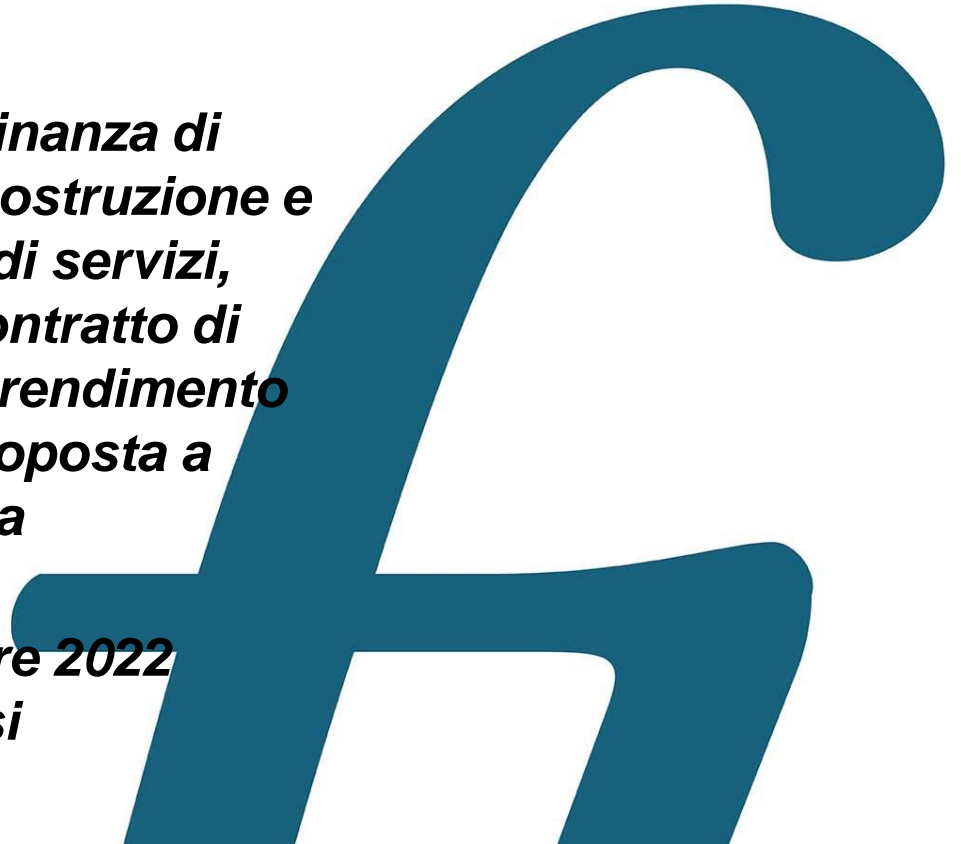
***Giornate formative
del 12- 13- 14 ottobre 2022***



***L'evoluzione del quadro normativo in
materia di PPP e i diversi modelli di
PPP***

***Tipologie di contratti (finanza di
progetto, concessione di costruzione e
gestione, concessione di servizi,
locazione finanziaria, contratto di
disponibilità, contratto di rendimento
energetico – EPC) e proposta a
iniziativa privata***

***docenza del 12 ottobre 2022
avv. Lisa Grossi***



L'evoluzione del quadro normativo in materia di PPP

- Il **Libro Verde** della Commissione Europea del 30 aprile 2004: PPP istituzionalizzato e PPP contrattuale
- Il Terzo Decreto Correttivo al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163: la prima definizione di contratto di PPP
- Il d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50 attuale **Codice dei Contratti Pubblici**:
una **disciplina comune ai contratti di PPP**

L'evoluzione del quadro normativo in materia di PPP

- Le modifiche del D.L. Sblocca Cantieri 18 aprile 2019 n. 32
- Le modifiche del D.L. Semplificazioni 16 luglio 2020 n. 76
- La **Legge Delega** 21 giugno 2022 n. 78 per la **riforma** della disciplina dei contratti pubblici
- L'art. 18 bis della legge 29 giugno 2022 n. 79: il **parere preventivo DIPE** di concerto con RGS

I modelli di PPP: contrattuale e istituzionalizzato

Il Libro Verde della Commissione europea pone un'importante distinzione tra il **P.P.P. istituzionalizzato** e il **P.P.P. contrattuale**.

Istituzionalizzato: partenariato che si caratterizza per la creazione di un organismo terzo.

La cooperazione avviene attraverso un soggetto giuridico distinto, in genere una società di capitali a partecipazione mista, pubblica e privata, con compiti di assicurare la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio a favore del pubblico.

Contrattuale: partenariato che si fonda su convenzioni stipulate tra partner pubblico e partner privato.

Entrambe le tipologie di PPP presumono che la gestione dell'opera o del servizio pubblico avvengano in cooperazione tra pubblico e privato.

II PPP istituzionalizzato

Art. 17 d. lgs. 19 agosto 2016 n. 175 (Testo Unico Società a Partecipazione Pubblica)

Nelle società a partecipazione mista pubblico- privata la **quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al 30%** e la **selezione** del medesimo si svolge con **procedure a evidenza pubblica** ai sensi dell'art. 5, comma 9, del Codice dei Contratti Pubblici.

La procedura a evidenza pubblica ha ad oggetto al contempo la sottoscrizione/l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento dell'appalto/concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista.

I contratti di PPP: le disposizioni comuni nel Codice dei Contratti

Il trasferimento dei rischi all'operatore economico

L'art. 180 comma 3 delinea come indispensabile l'allocatione dei rischi sull'operatore privato.

I rischi sono suddivisi in 3 tipologie:

i) rischio di costruzione:

rischio legato al ritardo nei tempi di consegna dell'opera, non rispetto degli standard di progetto, aumento dei costi preventivati

I contratti di PPP: le disposizioni comuni nel Codice dei Contratti

Il trasferimento dei rischi all'operatore economico

- ii) rischio di disponibilità: rischio legato alla capacità dell'operatore economico concessionario di erogare le prestazioni intellettuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti

- iii) rischio di domanda: rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il contraente deve soddisfare dipendente dalla variabilità della richiesta del servizio erogato, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e, quindi, di flussi di cassa.

I contratti di PPP: le disposizioni comuni nel Codice dei Contratti

I'equilibrio economico- finanziario

Altro requisito imprescindibile in un contratto di PPP è l'equilibrio economico- finanziario, inteso come contemporanea presenza delle condizioni di

- i) convenienza economica (capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito) e
- ii) sostenibilità finanziaria (capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento)

I contratti di PPP: le disposizioni comuni nel Codice dei Contratti l'equilibrio economico- finanziario

Ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario, le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere in favore dell'operatore economico la corresponsione di un contributo pubblico, non superiore al 49% per cento del costo degli investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

I contratti di PPP opere calde, fredde e...tiepide

Il contratto di PPP può prevedere realizzazione di:

- opere **calde**, con intrinseca capacità a generare flussi di cassa attraverso ricavi da utenza per coprire i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale investito
- opere **fredde**, che non prevedono flussi di cassa o ammortamenti determinanti per il payback degli investitori
- opere **tiepide**, che, pur avendo la capacità di generare reddito, non producono ricavi di utenza tali da ripagare interamente gli investimenti fatti e rendendo necessario un contributo pubblico per l'esecuzione

I contratti di PPP : le disposizioni comuni nel Codice dei Contratti la scelta dell'operatore economico con procedura ad evidenza pubblica

La scelta dell'operatore economico aggiudicatario deve avvenire con **procedure ad evidenza pubblica, anche mediante dialogo competitivo** (art. 181).

Le amministrazioni aggiudicatrici devono provvedere all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto e uno schema di contratto e di piano economico- finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico.

I contratti di PPP : le disposizioni comuni nel Codice dei Contratti l'istruttoria preliminare

La scelta è preceduta da adeguata istruttoria (art. 181, comma 3) con riguardo :

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

I contratti di PPP : le disposizioni comuni nel Codice dei Contratti l'attenzione al finanziamento dell'opera

Per assicurare il buon fine dell'operazione di PPP (artt.180, comma 7 e 165, commi 3, 4 e 5)

- la sottoscrizione del contratto di PPP avviene solo a seguito della presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera
 - il bando puo' prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o piu' istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario

I contratti di PPP : le disposizioni comuni nel Codice dei Contratti l'attenzione al finanziamento dell'opera

- il contratto di PPP si risolve nel caso in cui il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro il termine fissato a tal fine nel bando (che non può essere comunque superiore a 18 mesi)

I contratti di PPP : il monitoraggio nella fase esecutiva

Caratteristica dei contratti di PPP è l'esercizio del potere di **controllo sull'attività dell'operatore economico affidatario** da parte dell'amministrazione aggiudicatrice durante tutto il corso di durata del contratto.

In base all'art. 181, il controllo deve essere esercitato attraverso la predisposizione e l'applicazione di **sistemi di monitoraggio** verificando, in particolare, la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. Fondamentale è la predisposizione di un dettagliato regolamento contrattuale, le cui clausole devono essere idonee ad allocare in maniera efficiente i rischi connessi a tutte le fasi di esecuzione del contratto (progettazione, costruzione e gestione dell'opera o del servizio).

Sul tema Linee Guida ANAC n. 9 di attuazione al Codice.
aggiornate con delibera 27 luglio 2022 (testo provvisorio)

I contratti di PPP: le tipologie

L'art. 180, comma 8, del Codice fornisce un **elenco esemplificativo** di contratti di PPP:

- Concessione di costruzione e gestione
 - Concessione di servizi(sono PPP ma sono disciplinate nella Parte III e non nella Parte IV sul PPP)
- Finanza di Progetto
- Contratto di Disponibilità
- Locazione Finanziaria di opere pubbliche (disciplinate nella Parte IV)

I contratti di PPP: le tipologie

- qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche generali del PPP.

Le P.A. possono dunque individuare ulteriori schemi negoziali atipici per realizzare una collaborazione con il soggetto privato, purchè sussistano i requisiti minimi del PPP.

La concessione di costruzione e gestione

Art. 3 – «Concessione di lavori»: il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano **l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori** ad uno o più operatori economici, riconoscendo a titolo di **corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere** oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, **con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere**

La concessione di servizi

Art. 3 – «Concessione di servizi»: il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici **la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori** di cui alla definizione di appalti pubblici di lavori, riconoscendo a titolo di **corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto** o tale diritto accompagnato da un prezzo, **con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi**

I connotati peculiari delle concessioni

Nei contratti di concessione di lavori e di servizi

- la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato (il tratto peculiare della concessione rispetto all'appalto risiede dunque nella circostanza che, tendenzialmente, **il corrispettivo dell'opera o del servizio non proviene dalla stazione appaltante ma da soggetti terzi**, anche sotto forma di canone o tariffa)
- il **rischio operativo** (e cioè il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi) grava sul concessionario

I connotati peculiari delle concessioni

Il rischio operativo è trasferito al concessionario quando, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario.

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

Possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione e, quindi, di subire perdite derivanti da squilibri generati sia dal lato della domanda sia dal lato dell'offerta.

La concessione: altri principi rilevanti

- **Libertà e flessibilità nell' organizzazione delle procedure**
 - **La durata**
 - I criteri di determinazione del **valore**
 - **I requisiti del concessionario**
 - **Le variazioni al contratto** di concessione
 - **Cessazione, revoca, risoluzione**

La finanza di progetto

La finanza di progetto è disciplinata dall'art. 183 del Codice.

E' una speciale procedura di affidamento dei contratti pubblici alternativa all'affidamento mediante **concessione**.

Due procedure di affidamento: una a iniziativa pubblica e una a iniziativa privata.

La finanza di progetto - procedura di gara ad iniziativa pubblica (1/6)

La procedura (art. 183 commi 1 – 14) si caratterizza perché l'Amministrazione redige gli atti da porre a base di gara.

La scelta del promotore avviene un'unica fase, con gara per la valutazione comparativa delle diverse offerte e dei diversi progetti.

La finanza di progetto - procedura di gara ad iniziativa pubblica (2/6)

Nello specifico, l'Amministrazione pubblica un bando di gara per l'affidamento di un contratto di concessione di costruzione e gestione finalizzato all'individuazione di un promotore, ponendo a base di gara un progetto di fattibilità.

Oltre al progetto di fattibilità l'Amministrazione fornisce tutte le informazioni utili per consentire ai concorrenti di presentare l'offerta.

La finanza di progetto - procedura di gara ad iniziativa pubblica (3/6)

Le offerte presentate dai soggetti in possesso dei requisiti devono contenere:

progetto definitivo

bozza di convenzione

piano economico- finanziario asseverato

specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione

cauzione provvisoria

ulteriore cauzione del 2,5 % del valore dell'investimento come desumibile dal progetto di fattibilità

preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori.

La finanza di progetto - procedura di gara ad iniziativa pubblica (4/6)

A seguito della gara l'Amministrazione:
redige una graduatoria, secondo il criterio dell'offerta
economicamente più vantaggiosa
nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta
avvia la procedura di approvazione del progetto definitivo
presentato dal promotore

La finanza di progetto - procedura di gara ad iniziativa pubblica (5/6)

Si possono profilare 3 esiti di gara:

- i) Progetto definitivo che non necessita di modifiche:
l'Amministrazione procede alla stipula della concessione con il promotore;
- ii) Progetto definitivo che necessita di modifiche: la concessione è aggiudicata al promotore qualora questi accetti di modificare il progetto secondo le richieste dell'Amministrazione senza che ciò determini un compenso aggiuntivo;

La finanza di progetto - procedura di gara ad iniziativa pubblica (6/6)

- iii) Promotore che non accetta le modifiche del Progetto: l'Amministrazione
· può chiedere ai successivi concorrenti in graduatoria l'accettazione delle modifiche, alle stesse condizioni offerte dal promotore e da questi non accettate. In questo caso il promotore perde la cauzione del 2,5%.

La stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto definitivo e dell'accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario.

La finanza di progetto - procedura di gara ad iniziativa del privato (1/4)

L'istituto valorizza la capacità di iniziativa degli operatori economici privati che possono presentare proposte per lavori di pubblica utilità presenti o meno negli strumenti di programmazione delle opere pubbliche.

La proposta deve contenere la seguente documentazione:

- progetto di fattibilità
- bozza di convenzione
- piano economico finanziario asseverato, che include le spese sostenute
 - specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione
 - autodichiarazione del possesso dei requisiti
- cauzione provvisoria e impegno a prestare cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento, in caso di indizione di successiva gara.

La finanza di progetto - procedura di gara ad iniziativa del privato (2/4)

- La proposta può riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di PPP.

Entro 3 mesi (termine perentorio) dalla ricezione della proposta l'Amministrazione è tenuta alla valutazione della fattibilità.

L'Amministrazione può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie alla sua approvazione

La finanza di progetto - procedura di gara ad iniziativa del privato (3/4)

- I soggetti partecipanti alla gara, compreso il promotore, devono presentare un'offerta composta da:
 - bozza di convenzione,
 - piano economico finanziario asseverato,
 - cauzione a garanzia dell'offerta
- migliorie o, se ammesse, eventuali varianti al progetto di fattibilità

Se a seguito della gara pubblica l'aggiudicatario è il promotore, la proposta diventa esecutiva e contrattuale.

La finanza di progetto - procedura di gara ad iniziativa del privato (4/4)

- Se a seguito della gara pubblica non risultasse aggiudicatario il promotore, quest'ultimo avrà 15 giorni di tempo per esercitare il diritto di prelazione ed adeguare la proposta.

Nel caso in cui, invece, il promotore non eserciti il diritto di prelazione avrà diritto al pagamento delle spese sopportate.

La società di progetto

- Art. 184: il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile.

La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto.

Il contratto di disponibilità

- Art. 188: è il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'Amministrazione di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo.

La messa a disposizione è l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'Amministrazione 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.

Il contratto di disponibilità

- A base di gara un capitolato prestazionale con le caratteristiche tecnico-funzionali dell'immobile e le modalità per la riduzione e/o la sospensione del canone.

La gara è poi aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La proprietà dell'opera resta al privato salva la previsione nel contratto della facoltà di riscatto.

La Corte dei Conti sul canone di disponibilità

Il corrispettivo consiste nell'erogazione da parte della stazione appaltante di una
▪ somma periodica e indicizzata a titolo di canone di disponibilità.

Sul canone la Corte di Conti ha puntualizzato che:

le condizioni che disciplinano l'erogazione del canone vanno opportunamente
regolamentate nel bando e nel contratto successivo

tali condizioni devono essere idonee a garantire che il rischio di disponibilità sia
effettivamente trasferito al privato

il canone non è automatico bensì collegato ai livelli prestazionali dell'opera e del
servizio, al mancato raggiungimento dei quali devono essere previste decurtazioni
automatiche del canone.

La locazione finanziaria di opera pubblica

- Art. 187: La locazione finanziaria di opera pubblica è un contratto tra pubblico e privato avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori.

La remunerazione per i finanziatori consiste nel pagamento da parte della stazione appaltante di un canone di locazione.

È prevista la possibilità a favore dell'utilizzatore, alla scadenza del contratto, di esercitare l'opzione finale di acquisto del bene locato ad un prezzo contrattuale predeterminato (c.d. opzione di riscatto).

La Corte dei Conti sulla locazione finanziaria di opera pubblica

- La locazione finanziaria di opere pubbliche ricade sotto la disciplina del contratto di PPP soltanto se la realizzazione dell'opera, la sua disponibilità e la percezione della sua utilità da parte dell'operatore economico rispondono allo schema negoziale tipico del PPP ed il regolamento delle relative pattuizioni rifletta tutti i parametri e criteri contenuti nell'art. 180 del Codice.

La Corte dei Conti sulla locazione finanziaria di opera pubblica

- Ai fini della corretta allocazione dei rischi l'Amministrazione deve - oltre ai rischi di costruzione, disponibilità e domanda - individuare e valutare preventivamente le ulteriori fattispecie di rischio relativamente all'intera durata dell'operazione, attraverso un'accurata analisi dei contenuti di ogni pattuizione e dell'effetto complessivo del loro collegamento (garanzie, indicizzazione prezzi, decurtazione di canone, adeguamento del corrispettivo di riscatto, in 17 presenza di eventuali evenienze) che possano avere riflessi sul bilancio pubblico.

EPC - Energy Performance Contract

E' il contratto con il quale un soggetto fornitore (normalmente una ESCO) si obbliga al compimento - con propri mezzi finanziari o con mezzi finanziari di terzi soggetti - di una serie di servizi e di interventi integrati volti alla **riqualificazione** e al **miglioramento dell'efficienza di un sistema energetico** (un impianto o un edificio) di proprietà di altro soggetto "beneficiario", verso un **corrispettivo correlato all'entità dei risparmi energetici ottenuti in esito all'efficientamento** del sistema.

La sua peculiarità consiste nella possibilità di riqualificare energeticamente edifici/impianti, per conseguire nel tempo una migliore prestazione energetica e dunque un successivo risparmio; risparmio che, per la durata contrattuale, sarà utilizzato dalla ESCO per remunerare gli investimenti effettuati.

EPC - Energy Performance Contract

IL DL Semplificazioni 76/2020 ha modificato il Codice dei Contratti Pubblici introducendo una specifica disciplina sui c.d. Energy performance contract (EPC).

La novità **estende la disciplina del PPP, purché ne abbiano le relative caratteristiche**, stabilendo che:

- i ricavi di gestione dell'operatore economico possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi

EPC - Energy Performance Contract

- la misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, deve essere resa disponibile all'Amministrazione concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche.

Formazione IFEL
per i Comuni



Grazie per l'attenzione !

avv. Lisa Grossi

***Consulente in materia di PPP
per il Dipartimento per la
Programmazione e il Coordinamento
della Politica Economica presso la
Presidenza del Consiglio dei Ministri***

