

Partenariato pubblico e concessioni nel D.Lgs. n. 36/2023

Velia Leone*

1. Inquadramento

Nel D.Lgs. n. 36/2023 (**Nuovo Codice**) concessione e Partenariato Pubblico-Privato (**PPP**) sono oggetto di una puntuale disciplina, compresa tra gli artt. 174 e 208¹.

La nozione di **PPP** è prevista all'**art. 174**, che lo definisce un'operazione economica, caratterizzata da un contratto a lungo termine tra un ente concedente (**EC**) e uno, o più, operatori economici (**OE**), con l'obiettivo di perseguire un interesse pubblico, in cui la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dall'**OE**, in ragione del rischio operativo assunto dal medesimo. In tale ambito, i ruoli sono ben definiti: all'**OE** spetta la realizzazione e gestione dell'intervento, mentre all'**EC** è demandata la definizione degli obiettivi – pubblici – e la verifica dell'attuazione degli stessi. L'elemento caratterizzante è l'assunzione, da parte dell'**OE**, del rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi: a differenza di quanto previsto dal D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. (**Codice 50**), non è più necessario, ai fini della definizione, che l'oggetto del contratto richieda all'**OE** di “realizza-

re, trasformare, manutenere o gestire un'opera”, o di fornire un servizio necessariamente connesso a un'opera. Conseguentemente, non è più richiesto che il rischio operativo assunto dall'**OE** comprenda necessariamente il “rischio di costruzione”. Ciò significa che, nel Nuovo Codice, concessioni puramente di servizi e non basate sul rischio di domanda – ossia remunerate direttamente dall'**EC** – sono perfettamente legittime, ovviamente a patto che sia previsto, a carico del Concessionario, un investimento iniziale, il cui recupero sia legato alla gestione del servizio stesso.

Il Libro IV del Nuovo Codice assume la concessione come prototipo contrattuale cardine, cui assimila, in funzione dell'assunzione del rischio operativo, anche altre tipologie contrattuali, tra cui la *locazione finanziaria* e il *contratto di disponibilità*, oltre ad altri contratti stipulati da **EC/OE**, inclusi i contratti di rendimento energetico (**EPC**), ove rispecchino le caratteristiche della durata (*lungo termine*) e della finalità (*conseguimento dell'interesse pubblico*) del contratto di concessione, nonché il trasferimento all'**OE** del rischio operativo. Pertanto, in presenza dei suddetti requisiti, le diverse tipologie contrattuali disciplinate nel Libro IV sono tutte ascrivibili – a livello tassonomico – al contratto di concessione disciplinato dalla Direttiva 2014/23/UE (**Diret-**

S O M M A R I O

1. Inquadramento
2. Finanza di progetto (PF)
3. Conclusioni

* Velia Leone, Avvocato LEONE&Associati Studio Legale.

¹ Tutti gli articoli di seguito richiamati nel testo sono riferiti al D.Lgs. n. 36/2023.

tiva Concessioni), di cui tutto l'apparato regolatorio del Libro IV costituisce attuazione.

Di seguito, è riportata una disamina specifica degli articoli afferenti alle concessioni e al PPP nel Nuovo Codice, evidenziando, per ogni disposizione citata, i punti salienti della nuova disciplina:

- l'**art. 175** stabilisce le procedure di programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio dei progetti di PPP. La programmazione è basata su un Programma triennale che elenca le esigenze pubbliche soddisfabili attraverso forme di PPP. La valutazione deve confrontare la stima dei costi e benefici del progetto, nell'arco dell'intera durata dello stesso, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per una durata equivalente. Non è, purtroppo, prevista una comparazione – che sarebbe ben più significativa – rispetto alla mancata realizzazione dell'intervento *tout court*. Tale analisi deve essere effettuata prima dell'inserimento in programmazione e, in caso di proposte di *finanza di progetto (PF)*, prima della relativa dichiarazione di fattibilità. L'art. 175 impone, inoltre, obblighi di monitoraggio, sia a livello contrattuale – da parte del responsabile unico del progetto (**RUP**) –, sia a livello di sistema, mediante la trasmissione delle informazioni sui contratti stipulati al portale per il monitoraggio dei contratti di PPP della RGS, per incrementare la trasparenza e un miglior utilizzo delle risorse pubbliche. Per i progetti di interesse statale, o finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non è richiesto il parere del

CIPESS (Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica e la Sostenibilità) prima della pubblicazione del bando di gara (se a iniziativa pubblica) o prima della dichiarazione di fattibilità (se a iniziativa privata), se l'importo del progetto sia pari o superi i € 50 milioni, è previsto il parere (obbligatorio, ma non vincolante) del NARS²;

- l'**art. 177** concerne la traslazione del rischio operativo all'OE, e, sulla base della Direttiva Concessioni, lo definisce come il rischio legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, che comprende un rischio dal lato della domanda o dal lato dell'offerta o da entrambi. Per *rischio dal lato della domanda* si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per *rischio dal lato dell'offerta* si intende 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 quali-quantitativo dedotto in contratto. Quest'ultimo rischio è quello, generalmente, associato alle concessioni in ambito sanitario: se il rischio è soltanto sul lato dell'offerta, il contratto deve prevedere che il corrispettivo sia erogato solo a fronte della disponibilità dell'investimento realizzato e dei servizi previsti, e sia, di converso, proporzionalmente ridotto o annullato ove tale disponibilità sia ridotta, o manchi, e ove i servizi non raggiungano i livelli prefissati contrattualmente. È, dunque, necessario fissare indicatori chiave di perfor-

² Nella versione precedente al D.Lgs. n. 209/2024, tale parere era previsto da parte del DIPE.

mance (**KPI**) di natura quantitativa e qualitativa.

Il trasferimento del rischio operativo avviene quando, in condizioni operative normali, non è garantito il recupero degli investimenti (*capex*) o dei costi sostenuti per la gestione (*opex*) dei lavori o servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'OE deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato, in modo che le potenziali perdite stimate siano significative e non puramente nominali o trascurabili. La valutazione del rischio operativo, rappresentato dall'esposizione dell'OE e, dunque, principalmente, dai costi di investimento – in termini di *capex* (spesa di capitale) –, deve considerare il Valore Attuale Netto (**VAN**) dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario. Il rischio operativo deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti del contratto. Pertanto, coerentemente con le prescrizioni della Direttiva Concessioni e la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, il concetto corretto è che il rischio operativo *non* è rappresentato dai normali rischi imprenditoriali, connessi a cattiva gestione, inadempimenti contrattuali dell'OE o eventi di forza maggiore. Per garantire l'equilibrio economico-finanziario, i ricavi attesi dal progetto devono essere sufficienti a coprire sia i costi operativi (*opex*), sia i costi di investimento (*capex*), iniziali e in fase di esecuzione del contratto. Inoltre, i ricavi devono essere in grado di remunerare e rimborsare il capitale di debito utilizzato per finanziare il progetto e fornire un adeguato rendimento al capitale di rischio degli

investitori. Ove ciò non sia possibile, l'EC può erogare un contributo (*funding gap*), la cui entità massima non è più, come nel Codice 50, stabilita espressamente. Tuttavia, la precisa quantificazione del contributo pubblico deve tenere conto delle indicazioni Eurostat ai fini della classificazione degli *asset* dentro, o fuori, bilancio.

2. Finanza di progetto (PF)

Gli **artt. 193, 194 e 195** sono dedicati alla PF. La maggiore novità da segnalare è che il DLgs. n. 209/2024 (**Correttivo**) ha riesumato la proposta a iniziativa pubblica, oltre quella privata, consentendo agli EC di pubblicare avvisi per sollecitare proposte da parte degli OE (comma 16). È mantenuta la possibilità per gli OE di proporre progetti di concessioni di lavori e servizi, anche ove gli interventi siano già presenti in programmazione.

A norma dell'**art. 193**, la proposta (**Proposta**) deve includere i seguenti contenuti:

- *Progetto di Fattibilità Tecnico-Economico (PFTE)*, che, in caso di lavori, deve avere i contenuti dell'art. 41 e dell'art. 6bis dell'All.I.7 al Codice, ossia un po' semplificati rispetto al PFTE completo di cui all'art. 6 del medesimo Allegato. Deve, comunque, contenere le caratteristiche tecniche, comprese le tempistiche di esecuzione, dell'oggetto degli investimenti (*asset*);
- *specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione*, che descrive in dettaglio le caratteristiche del servizio che l'OE deve prestare, compresa la gestione degli *asset* e le caratteristiche che ne garantiscono la disponibilità, nonché i livelli di

servizio attesi, e le modalità del monitoraggio, tramite KPI, sul raggiungimento dei suddetti livelli;

- *Bozza di Convenzione (BdC)*, che deve stabilire i termini e le condizioni della concessione, i diritti e gli obblighi delle parti, i meccanismi di pagamento, i criteri di monitoraggio e valutazione, le condizioni di restituzione degli *asset*, così da evidenziare il trasferimento del rischio operativo;
- *PEF asseverato*, che esplicita i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio degli investimenti e della connessa gestione per l'intero arco del periodo concesionario, in maniera tale da permettere la valutazione di convenienza economica e dimostrare la capacità del progetto di rimborsare il debito e remunerare il capitale di rischio, consentendo di stimare la redditività dell'operazione, giustificando l'entità di tariffe o di canoni proposti, nonché l'eventuale necessità di contributi pubblici;
- *requisiti del promotore/concessionario*, che sono richiesti, ma non sono espressamente indicati, eccezion fatta per l'art. 33 dell'All.I.12 al Codice, che afferisce ai soli requisiti per il concessionario di lavori.

Alcuni elementi – precedentemente previsti nel Codice 50 – non sono più richiesti, segnatamente:

- *cauzione*: non è più richiesta alcuna cauzione per la Proposta, il che costituisce un'importante semplificazione per gli OE, considerate le difficoltà generalmente riscontrate dagli stessi nel mercato assicurativo;
- *impegno a presentare cauzione per il rimborso delle spese della Proposta*:

non essendo più prevista alcuna cauzione – in fase di gara – a garanzia del rimborso delle spese della Proposta, è stato eliminato anche l'impegno a presentarla in fase di Proposta;

- *matrice dei rischi*: come nel Codice 50, non è menzionata la predisposizione della matrice dei rischi, che è uno strumento per sintetizzare, valutare e gestire i rischi associati al progetto. Precedentemente, tale documento era considerato obbligatorio in virtù delle Linee guida n. 9 dell'ANAC, che hanno perso cogenza giuridica dal 1° luglio u.s. (cfr. art. 225, comma 16 del Nuovo Codice), e, dunque, non sussiste più alcun obbligo in merito.

Il Correttivo ha significativamente modificato la scansione procedimentale atta a consentire la presentazione di Proposte. Tali modifiche sono state introdotte in risposta alle osservazioni della Commissione UE e sono così riassumibili:

- prima di presentare una Proposta, l'OE può inviare all'EC una manifestazione d'interesse, corredata dalla richiesta dei dati necessari per la sua redazione;
- l'EC comunica il proprio preliminare interesse a ricevere una Proposta con l'oggetto indicato dall'OE, e pubblica i dati divulgati sul proprio sito, sezione "Amministrazione trasparente";
- ove gli OE non abbiano bisogno di dati, possono presentare direttamente le Proposte all'EC;
- ricevute la/le Proposte, l'EC valuta l'interesse pubblico alla stessa e la coerenza con la programmazione ex art. 175, comma 1, ossia la program-

mazione delle esigenze atte a essere soddisfatte mediante contratti di PPP. Ove tale interesse sussista, l'EC dà notizia di aver ricevuto la/le Proposte e concede un termine non inferiore a 60 giorni per consentire ad altri OE di presentare altre Proposte, relative al medesimo oggetto;

- entro ulteriori 45 giorni, l'EC procederà alla valutazione – in forma comparata – delle Proposte pervenute, selezionando quella o quelle da sottoporre all'ulteriore fase di valutazione approfondita e affinamento attraverso una fase negoziata e dando notizia dell'esito di tale prima fase di selezione sul proprio sito;
- la fase di valutazione approfondita, che può essere svolta anch'essa comparativamente, ove siano state ammesse più Proposte, deve concludersi con un provvedimento motivato entro 60 giorni, prorogabili fino a 90 per comprovate esigenze istruttorie. Qui, l'EC può invitare l/gli OE

ad apportare al PFTE le integrazioni necessarie per la sua approvazione. Una volta approvato, il progetto di fattibilità – che, in caso di lavori, deve essere redatto come PFTE e integrato con tutti gli elaborati di cui all'art. 6 dell'All. I.7, eventualmente non prodotti in prima battuta – è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'EC e posto a base di gara, unitamente agli altri documenti della Proposta, compresa una sintesi del piano economico finanziario, per l'affidamento della concessione, *nei tempi previsti dalla programmazione*, dunque, entro l'annualità a cui la stessa si riferisce.

3. Conclusioni

Da una disamina complessiva della disciplina prevista nel Nuovo Codice, si può apprezzare il fatto che il Legislatore abbia riunificato le norme relative ai contratti di PPP sotto le disposizioni della Direttiva Concessioni, dando così maggiore coerenza alle stesse.