



## IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI: NOVITÀ PER IMPRESE E P.A.

*Roberto De Luca*

## ABSTRACT

*Lo scorso 19 aprile è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. 50/2016, che disciplina l'aggiudicazione dei contratti di concessione e di appalto. Tale norma, recependo le Direttive Europee 2014/23, 2014/24 e 2014/25, ha sostituito il Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. 163/2006) ridisegnando, di fatto, l'intero impianto normativo relativo agli appalti e intervenendo forse in maniera ancor più incisiva sull'impostazione dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP).*

*Lo scopo del presente documento è fare luce sulle principali novità intervenute in tema di qualificazione delle imprese, profili procedurali e, soprattutto nell'ambito del PPP, in relazione alla gestione dei rischi e al loro trattamento all'interno dei piani economico-finanziari e dei contratti di concessione.*

## ABSTRACT

*On April 19th of this year, D.Lgs. 50/2016, which regulates tenders and concessions, was published in the Gazzetta Ufficiale. This piece of legislation, taking into account European Directives 2014/23, 2014/24 and 2014/25, substitutes the Code of Public Contracts (D.Lgs. 163/2006) and redesigns the entire normative structure around tenders and intervenes in an even more incisive manner on the structure of Public-Private partnerships (PPP).*

*The aim of the present document is to shed light on the primary developments in terms of qualifications on the part of businesses, procedural profiles, and in particular in terms of PPP, with reference to risk management and their treatment within financial plans and concessions contracts.*

**Sommario:** 1. Premessa: origini e *ratio* del nuovo impianto normativo. – 2. Principali modifiche procedurali e conseguenze per imprese e P.A. – 2.1. Livelli progettuali, supporto alle PMI, criteri di valutazione dell'offerta e albo nazionale dei commissari. – 2.2. Aggregazione e meccanismi di qualificazione: in arrivo la “pagella” per le Pubbliche Amministrazioni. – 3. Nuovi requisiti per gli operatori economici: il “rating d'impresa”. – 4. Principali novità per concessioni e PPP. – 4.1. La nuova vita del partenariato pubblico privato. – 4.2. Durata, valore e livelli progettuali delle concessioni. – 4.3. Finanza di progetto: le nuove tipologie e il regime delle garanzie. – 4.4. La gestione e l'allocatione dei rischi: novità dal legislatore comunitario e nazionale. – 4.5. L'attenzione alla “bancabilità” degli investimenti. – 5. Le novità sull'equilibrio economico-finanziario: il limite al contributo pubblico. – 6. Il monitoraggio delle concessioni: modifiche contrattuali e riequilibrio del piano economico-finanziario. – 6.1. Ipotesi di modifica della concessione senza nuova aggiudicazione. – 6.2. La revisione del piano economico-finanziario. – 7. Conclusioni: linee guida ANAC e possibili sviluppi futuri.

## **1. Premessa: origini e *ratio* del nuovo impianto normativo**

Il nuovo Codice degli Appalti e delle Concessioni (di seguito anche “Codice”), definito dal D.Lgs. 50/2016 nasce dalla necessità di recepire all’interno del nostro ordinamento tre Direttive comunitarie che hanno inteso innovare la materia in oggetto<sup>1</sup>. In particolare, la Direttiva 2014/23 disciplina organicamente un settore in precedenza solo parzialmente regolato a livello UE (soggetta alle norme di base della Direttiva 2004/18), vale a dire l’aggiudicazione dei contratti di concessione.

Tale parziale “vuoto giuridico” è stato nel tempo abitualmente colmato attraverso il ricorso ai principi generali contenuti nei Trattati (parità di trattamento, libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità, trasparenza).

La *ratio* della Direttiva 2014/23 è proprio quella di introdurre una normativa organica, che disciplini in maniera equilibrata e flessibile l’aggiudicazione dei contratti di concessione, al fine di garantire un accesso effettivo e non discriminatorio al mercato a tutti gli operatori economici dell’Unione, assicurando, al tempo stesso, la certezza giuridica su tempi e procedure, nonché favorendo gli investimenti pubblici in infrastrutture e servizi strategici per i cittadini.

In altri termini, il Legislatore Comunitario ha voluto fornire delle indicazioni chiare e univoche agli Stati membri, che riuscissero a superare la frammentarietà interna della disciplina in materia la quale, in tal modo, riceve una regolamentazione unitaria.

L’iter di recepimento nell’ordinamento nazionale è partito con l’approvazione della Legge n. 11 del 28/01/2016, che ha conferito al Governo la delega per l’approvazione di un unico testo normativo in sostituzione del D.Lgs. 163/2006<sup>2</sup>.

Nelle intenzioni del Legislatore nazionale, il recepimento della nuova normativa europea ha rappresentato un’importante occasione per modificare e razionalizzare la materia nel suo complesso, al fine di creare un impianto legislativo più snello, trasparente ed efficace, necessario per garantire tempi e procedure certe, e assicurare effettiva concorrenza e condizioni di parità ed equa competizione tra gli operatori economici.

Oltre alla creazione di procedimenti più agevoli dal punto di vista procedurale e più solidi dal punto di vista della trasparenza, la legge delega ha sottolineato la necessità di rispettare anche altri principi e perseguire ulteriori obiettivi, tra i quali, ad esempio:

- riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle Amministrazioni;
- razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo e introduzione di un apposito sistema, gestito dall’ANAC,

---

<sup>1</sup> Si tratta, in particolare, della Dir. 2014/23 sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, della Dir. 2014/24 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18 e della Dir. 2014/25 sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, che abroga la direttiva 2004/17/CE.

<sup>2</sup> L’abrogato “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”, sostituito dal D.Lgs. 50/2016.

- di qualificazione e valutazione di tali soggetti, che verifichi l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri oggettivi (*infra*);
- introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera;
  - riduzione dei casi di contenzioso amministrativo;
  - valorizzazione delle esigenze sociali e di sostenibilità ambientale, mediante l'introduzione di particolari criteri e modalità premiali di valutazione delle offerte;
  - razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti innovativi di carattere finanziario;
  - revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici, anche introducendo elementi di premialità connessi a parametri «reputazionali» basati su criteri oggettivi e misurabili (*infra*);
  - miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e delle concessioni per piccole e medie imprese e per soggetti di nuova costituzione o in fase di start-up, attraverso un'opportuna definizione dei requisiti da possedere per partecipare alle procedure di gara, in termini di capacità economico-finanziaria, tecnico-organizzativa e professionale, perseguendo l'interesse pubblico di avere il più ampio numero di potenziali partecipanti.

## 2. Principali modifiche procedurali e conseguenze per imprese e P.A.

Gli obiettivi e i principi generali sopra analizzati hanno portato all'elaborazione di un Codice che per alcuni profili ha registrato modifiche molto incisive rispetto alla disciplina precedente, afferenti a diversi ambiti, come meglio specificato nel prosieguo.

### 2.1. Livelli progettuali, supporto alle PMI, criteri di valutazione dell'offerta e albo nazionale dei commissari

Di seguito sono sintetizzate alcune tra le più significative variazioni intercorse in seguito all'emanazione del D.Lgs. 50/2016:

- uno dei cambiamenti più rilevanti riguarda il divieto di appalto integrato (progettazione + realizzazione) nell'ambito dei lavori pubblici, tranne in casi eccezionali quali i contratti di partenariato pubblico-privato o l'affidamento a contraente generale. Vale la pena rilevare come il D.Lgs. 163/2006 consentiva alle stazioni appaltanti di ricorrere liberamente a tale strumento, anche se ha spesso generato contenziosi nella fase di progettazione post-gara. Proprio per evitare simili situazioni, i criteri della legge delega richiedevano di limitare tale procedura ai soli casi di rilevante contenuto tecnologico dell'opera. Il loro recepimento all'interno del testo definitivo del nuovo Codice è avvenuto in maniera ancora più rigida, eliminando completamente la possibilità di fare ricorso all'appalto integrato: di conseguenza, le gare di lavori saranno generalmente bandite facendo riferimento al progetto esecutivo. Tale previsione potrebbe, tuttavia,

creare notevoli disagi alle stazioni appaltanti, con particolare riguardo a quelle di dimensioni ridotte, che nella maggior parte dei casi non dispongono al proprio interno delle professionalità necessarie e dovrebbero affidare all'esterno la progettazione, con un evidente (e quasi sempre insostenibile) aggravio di costi<sup>3</sup>.

- Per quanto riguarda i livelli progettuali, giova sottolineare come il progetto preliminare sia stato sostituito dal “progetto di fattibilità tecnica ed economica”, le cui caratteristiche sono delineate all'art. 23 del D.Lgs. 50/2016: nelle intenzioni del Legislatore, la nuova configurazione dovrebbe rafforzare la qualità tecnica ed economica del progetto, offrendo maggiori garanzie nel perseguire il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività, la qualità architettonica e tecnico-funzionale dell'opera, un limitato consumo del suolo, il rispetto dei vincoli idrogeologici, l'efficientamento energetico, e così via. Il nuovo progetto di fattibilità sarà redatto sulla base di indagini geologiche e geognostiche, oltre che di verifiche preventive dell'assetto archeologico. A ben vedere, la norma attribuisce a tale forma progettuale parte delle caratteristiche proprie dello studio di fattibilità, così come definito nel sistema previgente all'art. 14 del D.P.R. 207/2010, laddove il comma 5 dell'art. 23 dispone la necessità di individuare, tra le diverse soluzioni tecniche e gestionali percorribili, quella che presenta “il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare”.

In base ai requisiti attribuiti dalla nuova normativa, dunque, il progetto di fattibilità introdotto dal nuovo Codice non appare solo come un elaborato tecnico-ingegneristico, ma si arricchisce di nuovi contenuti rispetto al progetto preliminare, presentando caratteristiche che renderanno la sua elaborazione probabilmente maggiormente onerosa in termini di ampiezza e profondità di analisi.

- Altro elemento di forte impatto apportato dalla nuova normativa riguarda senza dubbio la scelta del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) come metodo preferenziale nella selezione del contraente. Il Legislatore ritiene opportuno prediligere l'utilizzo di tale metodo, oltre che nei contratti di concessione, anche nel campo degli appalti: l'art. 95 comma 2, infatti, prevede che, nel rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e di parità di trattamento, le amministrazioni aggiudicano gli appalti sulla base del criterio dell'OEPV "individuato in relazione al miglior rapporto qualità/prezzo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia, quale il costo del ciclo di vita. Il criterio del massimo ribasso, dunque, lascia il posto a una metodologia di valutazione e selezione più complessa anche per le ordinarie gare di appalto. Il metodo dell'OEPV è stato reso financo obbligatorio in alcuni campi, come quelli ad alta intensità di manodopera, in cui tale componente è fondamentale ai fini dell'erogazione del servizio (es.: pulizia, servizi sociali ed assistenziali, ristorazione ospedaliera, servizi scolastici e così via). In base all'art. 95, comma 5, le stazioni appaltanti che intendano in

---

<sup>3</sup> A conferma di ciò, giova sottolineare come negli ultimi giorni precedenti l'entrata in vigore del nuovo Codice appalti, si sia assistito a un proliferare di appalti integrati, al punto che in soli quattro giorni (tra il 15 e il 19 aprile 2016) sono stati pubblicati 15 bandi sopra-soglia relativi a tali procedure, per un importo di 235 milioni di euro.

ogni caso procedere all'aggiudicazione utilizzando il criterio del minor prezzo, dovranno darne adeguata motivazione ed esplicitare nel bando il parametro utilizzato.

Al fine di rispettare i principi generali relativi a trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, i criteri di aggiudicazione dovranno essere proporzionati e connessi all'oggetto dell'appalto e il punteggio attribuito a ciascuno di essi non deve essere tale da alterare l'affidamento<sup>4</sup>. Giova ricordare come il nuovo Codice, nel recepire le indicazioni contenute nella Direttiva 2014/24 prevede che, nell'ambito dell'OEPV, il parametro relativo al costo possa essere valutato ricorrendo a un metodo che tenga conto di tutti gli oneri che emergono durante il ciclo di vita dei lavori, delle forniture o dei servizi<sup>5</sup>.

- Le indicazioni contenute nell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016 chiariscono definitivamente la distinzione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che aveva caratterizzato a lungo la materia della contrattualistica pubblica. Requisiti di natura soggettiva nella valutazione delle offerte possono essere introdotti, ad ogni modo, quando consentono di valutare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o per premiare l'operatore in possesso di determinate caratteristiche ritenute particolarmente meritevoli (*infra*).
- Altro importante mutamento riguarda la composizione delle commissioni giudicatrici: a tale proposito, già la legge delega, alla lettera *hh*), aveva previsto la creazione di un albo nazionale obbligatorio dei commissari, gestito dall'ANAC, con l'obiettivo di evitare la nomina da parte delle stazioni appaltanti stesse. L'art. 77 del nuovo Codice, al comma 3, tuttavia, pone dei limiti a tale impostazione, stabilendo che in caso di affidamento di contratti di importo inferiore alle soglie indicate dall'art. 35 (€ 5.225.000 per appalti di lavori e concessioni) o per quelli che non presentano particolare complessità, il ricorso all'albo non è obbligatorio e le Amministrazioni possono definire la commissione anche nominando componenti interni, pur nel rispetto del principio di rotazione. Di conseguenza, verosimilmente, nella maggior parte delle gare proseguirà la nomina dei commissari da parte delle stazioni appaltanti e l'Albo ANAC sarà utilizzato per la nomina dei commissari soltanto nelle procedure di maggiore complessità e di importi significativi.
- Per ciò che concerne la volontà del Legislatore di favorire la partecipazione delle PMI, essa trova compiuta declinazione all'art. 51 del nuovo Codice: la norma, richiamando le indicazioni contenute nell'art. 46 della Direttiva 2014/24, nonché i criteri definiti nelle lettere *dd*) e *ccc*) della legge delega stabilisce l'obbligo, a carico delle stazioni appaltanti, di suddividere gli appalti in lotti funzionali: nel caso di mancata

<sup>4</sup> Ai sensi del comma 11 dell'art. 95, sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto i criteri di aggiudicazione relativi a lavori, servizi e forniture da fornire nell'ambito dell'appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita.

<sup>5</sup> In base al Considerando 96 della Direttiva, "il concetto abbraccia i costi interni, come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'uso e la manutenzione e i costi di smaltimento finale ma può anche abbracciare costi imputabili a esternalità ambientali quali l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime utilizzate nel prodotto ovvero causato dal prodotto stesso o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati".

suddivisione, dovrà essere fornita adeguata motivazione nel bando di gara o nella lettera di invito. Il valore dei lotti deve risultare adeguato e congruo, in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle piccole e medie imprese. L'ultimo periodo del comma 1, inoltre, al fine di supportare la concreta attuazione di quanto stabilito ed evitare l'elusione della norma, vieta espressamente alle stazioni appaltanti di aggiudicare "tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti".

- In ultimo, giova ricordare come il D.Lgs. 50/2016, all'art. 217, proceda all'abrogazione parziale e differita del D.P.R. 207/2010, contenente le modalità attuative del vecchio Codice (D.Lgs. 163/2006), agendo in ossequio alle osservazioni del Consiglio di Stato, che aveva chiesto un approccio graduale, che portasse all'annullamento della norma previgente parallelamente all'approvazione della nuova<sup>6</sup>. Il D.Lgs. 50/2016, per raggiungere la piena operatività, punta sull'utilizzo del *soft law*, non prevedendo l'emanazione di un vero e proprio Regolamento attuativo, che verrà sostituito da una molteplicità di atti e linee-guida di carattere generale che potranno essere facilmente aggiornate, proposte dall'ANAC ed adottate con decreti ministeriali o del Presidente del Consiglio, previo parere delle competenti commissioni parlamentari.

## *2.2. Aggregazione e meccanismi di qualificazione: in arrivo la "pagella" per le Pubbliche Amministrazioni*

Tra le novità di maggiore rilievo introdotte dal D.Lgs. 50/2016 spicca certamente il nuovo sistema di centralizzazione e qualificazione, stabilito agli artt. 37 e 38, che recepiscono i criteri di delega esplicitati all'art. 1, lettere *bb*) e *dd*), in merito alla necessità di ridurre il numero delle stazioni appaltanti e di qualificare le stesse.

In particolare, l'art. 37 prevede una generale riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti disponendo, coerentemente con gli indirizzi della Legge Delega, anche l'obbligo per i comuni non capoluogo di provincia, di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, attraverso lo strumento dell'unione dei comuni, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore (comma 4). In relazione a questo aspetto, l'intervento del Legislatore prende le mosse dalla specificità del contesto italiano, caratterizzato dall'esistenza di oltre 30.000 stazioni appaltanti: a tale proposito, l'ambito entro cui ciascun ente può svolgere autonomamente funzioni di stazione appaltante viene limitato sul piano soggettivo, imponendo alle Amministrazioni l'onere di conseguire una apposita qualificazione (*infra*) e circoscrivendo solo ad importi modesti gli affidamenti che possono essere effettuati in via diretta da stazioni appaltanti "non qualificate".

Una volta entrato a regime il nuovo sistema e istituito l'elenco dei soggetti abilitati, infatti, la qualificazione sarà necessaria per poter avviare autonomamente procedure per importi pari o superiori a € 40.000 per servizi e forniture e € 150.000 per lavori.

Nelle intenzioni del Legislatore, tali modifiche sono intervenute al fine di conferire maggiore certezza e rendere più rapide le procedure di gara (soprattutto quelle di PPP): sulla base del

---

<sup>6</sup> Parere Numero 00855/2016 del 01/04/2016.

nuovo sistema premiante, all'aumento del livello di qualificazione dell'Amministrazione, essa avrà maggiore possibilità di appaltare opere, lavori e servizi di importo e complessità significativi. Come già accennato, infatti, la Legge Delega (al punto *bb*) menziona espressamente la necessità di ottenere una razionalizzazione delle procedure di spesa "attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti", prevedendo altresì una riorganizzazione delle loro funzioni, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo. Anche in questo caso, il legislatore ha previsto un ruolo di rilievo per l'ANAC, cui spetterà il compito di gestire tale complesso sistema di qualificazione dei soggetti pubblici, valutandone l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri quanto più oggettivi possibile.

Gli indirizzi definiti dalla L. 11/2016 sono stati recepiti all'interno del nuovo Codice anche all'art.38, in cui sono individuati i criteri in base ai quali sarà costruito tale sistema di "certificazione". Il comma 3 definisce gli ambiti di valutazione dell'Amministrazione, che sarà qualificata in relazione alla propria capacità di:

- a) programmazione e progettazione;
- b) affidamento;
- c) verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera.

L'analisi sarà effettuata sulla base di cinque ulteriori elementi, definiti al comma 4 (requisiti di base):

- presenza di strutture organizzative stabili dedicati alla gestione di gare e affidamenti;
- competenze dei dipendenti;
- sistemi di formazione e aggiornamento;
- numero di gare svolte nel triennio<sup>7</sup>;
- rispetto dei tempi di pagamento di imprese e fornitori.

Oltre ai requisiti di base, la nuova norma individua altresì alcuni requisiti premianti:

- attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione, che abbiano ottenuto valutazione positiva da parte dell'ANAC;
- presenza di sistemi di gestione della qualità degli uffici e dei procedimenti di gara conformi alla norma UNI EN ISO 9001;
- utilizzo di tecnologie telematiche nella gestione delle gare;
- applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale;
- livello di soccombenza in contenziosi.

---

<sup>7</sup> Tale dato dovrà essere integrato con il numero di variante approvate, indicandone tipologia, importo e complessità, con la verifica sullo scostamento tra gli importi posti a base di gara e consuntivo delle spese sostenute e con la valutazione del rispetto dei tempi di esecuzione delle procedure di affidamento, di aggiudicazione e di collaudo.

La qualificazione conseguita rimane valida per la durata di cinque anni e può essere rivista a seguito di verifica, anche a campione, da parte dell'ANAC o su richiesta della stessa stazione appaltante.

Non si può sottacere come tale impostazione abbia suscitato più di qualche perplessità e posizioni contrastanti, sia dal punto di vista concettuale che da quello più strettamente operativo. Da un lato, alcuni soggetti vedono nella nuova disciplina una limitazione del potere politico, di programmazione e operativo degli enti pubblici, che in virtù del mandato elettivo dovrebbero vedersi riconoscere un'adeguata autonomia; d'altro canto, molti operatori (tra cui la stessa Autorità Anticorruzione) hanno accolto positivamente le modifiche, facendo leva principalmente sulla necessità di garantire adeguata professionalità alle stazioni appaltanti, soprattutto per i procedimenti di maggiore impatto e complessità.

### **3. Nuovi requisiti per gli operatori economici: il “rating d'impresa”**

Come in precedenza sottolineato, una delle principali modifiche a livello di impostazione generale del Codice riguarda la collocazione in un ruolo residuale del meccanismo del massimo ribasso in favore dell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Sulla base di un simile approccio, anche per l'attribuzione dei punteggi e la qualificazione degli operatori, a parametri meramente quantitativi vengono affiancati elementi di tipo “qualitativo”.

In particolare, l'art. 83, comma 10, del D.Lgs. 50/2016 prevede l'introduzione del sistema del “Rating di impresa” e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai fini della qualificazione degli operatori economici. Per il funzionamento di tale meccanismo, la norma ne attribuisce la gestione all'ANAC, che ha il compito di definire “i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione”, mediante apposite linee guida.

La possibilità di utilizzare criteri diversi da quelli tenuti in considerazione finora ai fini della qualificazione/selezione degli offerenti è un tema oggetto di dibattito da diversi anni: esso nasce dalla generale percezione di una sostanziale inadeguatezza del precedente sistema di qualificazione (basato, a parte i requisiti di “onorabilità”, su parametri prevalentemente quantitativi) a garantire l'affidabilità degli operatori economici e assicurare la qualità della prestazione e il corretto adempimento di quanto pattuito.

La qualificazione delle imprese, ad ogni modo, deve essere intesa in senso ampio, come verifica della capacità degli operatori di poter accedere alla gara e rispettare gli accordi sottoscritti in caso di aggiudicazione. Ai sensi dell'art. 84 del Codice, la qualificazione per i lavori di importo superiore a € 150.000 è tuttora affidata alla valutazione effettuata dalle SOA<sup>8</sup>, mentre per i lavori di importo inferiore a tale soglia (oltre che per i servizi e le forniture) è affidata alle stazioni appaltanti. Il Rating di impresa dovrà trovare applicazione in

---

<sup>8</sup> Organismi di attestazione: soggetti di diritto privato che accertano ed attestano l'esistenza nei soggetti esecutori di lavori pubblici degli elementi di qualificazione, la cui disciplina, attività e requisiti erano regolati dal D.P.R. 207/2010, agli artt. 64 e seguenti.

entrambi i casi<sup>9</sup>, prevedendo un diverso impatto in base all'oggetto del contratto (lavori, servizi e forniture), al fine di non violare il principio di parità di trattamento.

L'applicazione operativa del sistema in questione impone, in ogni caso, la risoluzione di alcune criticità operative che riguardano principalmente due aspetti:

- l'individuazione degli indicatori da utilizzare per il calcolo del Rating, cercando di evitare la sovrapposizione con altri parametri che sono già tenuti in considerazione e incidono sulla qualificazione delle imprese ovvero rilevano ai sensi dell'art. 80 del Codice, quali cause di esclusione o che impediscono un'adeguata qualificazione da parte dell'operatore economico;
- il meccanismo di calcolo del Rating e l'attribuzione di penalità e premialità alle imprese. Le linee guida ANAC, la cui consultazione si è recentemente conclusa, individuano a tale proposito due potenziali procedure operative:
  - calcolo della somma ponderata dei vari parametri presi in considerazione quali requisiti reputazionali;
  - introduzione di un meccanismo ispirato a quello della "patente a punti", per cui da un punteggio massimo si sottraggono i punti legati ai singoli elementi oggetto di valutazione negativa, con la possibilità di riattribuzione degli stessi o con il passare del tempo, nel caso in cui l'impresa non subisca ulteriori penalità, o grazie a comportamenti virtuosi definiti nel sistema delle premialità.

Nelle linee guida di prossima emanazione, verosimilmente potrebbe essere preferito il primo metodo, soprattutto per non penalizzare nuovi operatori economici e non precludere o ostacolare la partecipazione di imprese estere, nel rispetto dei principi comunitari.

Per ciò che concerne la scelta dei parametri da valutare, l'art. 83, comma 10, del D.Lgs. 50/2016 prevede che il sistema di premialità e penalità relativo al Rating di impresa debba basarsi su "requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa". La *ratio* della norma è quella di evitare che il sistema in questione possa essere influenzato da valutazioni eccessivamente discrezionali, rischiando di generare contenzioso e favorire fenomeni patologici di collusione tra operatori economici e amministrazioni aggiudicatrici. Nel documento di consultazione in precedenza menzionato, l'ANAC individua, a titolo esemplificativo, alcuni dei parametri da poter prendere in considerazione, che rappresentano sia elementi positivi che negativi:

1. indici espressivi della capacità strutturale dell'impresa: già il D.P.R. 207/2010, a tale proposito, all'art 78, tra i requisiti di ordine speciale valutati al fine di dimostrare l'"adeguata capacità economica e finanziaria" dell'operatore economico, richiedeva referenze bancarie, patrimonio netto positivo e un fatturato almeno pari agli importi delle qualificazioni richieste nelle varie categorie di lavori. Anche in relazione a concessioni e altre operazioni di PPP, all'art. 95 si stabiliva in maniera puntuale il rispetto di alcuni parametri quantitativi: a) fatturato medio relativo alle attività svolte

---

<sup>9</sup> Cfr. anche il documento ANAC, *Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti - Documento di consultazione "Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese"*.

negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al 10% dell'investimento previsto; *b*) capitale sociale non inferiore al 5% dell'investimento; *c*) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al 5% dell'investimento previsto; *d*) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il 2% dell'investimento previsto.

Il nuovo impianto normativo, discendendo dai principi della Legge Delega in precedenza richiamati, anche nella fase di emanazione di provvedimenti attuativi di *soft law*, porrà comunque attenzione all'obiettivo di fondo di garantire la possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese agli appalti e alle concessioni. Ecco perché, in molti casi, potrebbe essere opportuno affiancare a parametri calcolati in valore assoluto (es.: capitale sociale, patrimonio netto, fatturato), anche indicatori espressi in termini percentuali (es.: redditività, solidità patrimoniale, indebitamento, ecc.).

2. Il rispetto dei tempi e dei costi previsti per l'esecuzione delle opere: in relazione a tale criterio, l'ANAC prenderà in considerazione, nell'ambito delle penalità, i comportamenti dell'impresa, in fase di esecuzione, che determinano un ritardo imputabile all'esecutore ovvero un aumento dell'importo contrattuale dovuto a modifiche effettuate per compensare ribassi, offerti in fase di gara, non economicamente sostenibili. In relazione, invece, all'attribuzione di premialità, si potrà tenere in considerazione, ad esempio, l'eventuale consegna anticipata dei lavori.
3. L'incidenza del contenzioso, sia in sede di partecipazione alle gare che in fase di esecuzione: con riferimento a tale parametro, richiamata dall'art. 83, comma 10, si ritiene opportuna una lettura costituzionalmente orientata, che salvaguardi il diritto alla difesa in giudizio (art. 24 Cost.)<sup>10</sup>.
4. Il Rating di Legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato<sup>11</sup>, introdotto dal D.L. 1/2012, che all'art. 5-ter richiama la

---

<sup>10</sup> Secondo l'ANAC, si prenderà in considerazione il contenzioso ordinario, amministrativo o di natura arbitrale con esito negativo, nei casi di declaratoria giurisdizionale di manifesta inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione ad agire o carenza di interesse, oppure nel caso di accertato abuso del processo, con condanna alle spese per lite temeraria, prevedendo al riguardo una graduazione della penalizzazione in relazione all'inammissibilità del ricorso o alla condanna per lite temeraria ex art. 26, comma 1, c.p.a. Non saranno presi in considerazione ai fini dell'attribuzione di penalità, i comportamenti delle imprese, di fatto soccombenti nella decisione, che si conformano a pareri di precontenzioso vincolanti

<sup>11</sup> La norma attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il compito di elaborare un rating di legalità per le imprese dietro loro richiesta. L'attuazione della norma ha trovato una prima declinazione operativa nell'ambito della Delibera AGCM del 14 novembre 2012, n.24075 ("Regolamento attuativo in materia di rating di legalità"), che ha disciplinato i requisiti di accesso, le modalità di valutazione e il procedimento per l'attribuzione del rating. Il punteggio assegnato può variare in un *range* oscillante tra un minimo di una 'stelletta' a un massimo di tre 'stellette', attribuito dall'Autorità sulla base di diversi parametri: per ottenere il risultato minimo, l'azienda dovrà dichiarare che l'imprenditore e gli altri soggetti rilevanti (direttore tecnico, direttore generale, rappresentante legale, amministratori, soci, ecc.) non sono destinatari di misure di prevenzione e/o cautelari, sentenze/decreti penali di condanna, sentenze di patteggiamento per reati tributari ex D.Lgs. 74/2000, per reati ex D.Lgs. 231/2001. L'impresa stessa, inoltre, non deve essere destinataria di sentenze di condanna né di misure cautelari per gli illeciti amministrativi dipendenti dai reati di cui al citato D.Lgs. 231/2001.

volontà “di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali”. In relazione ai parametri da tenere in considerazione e alle ponderazioni da attribuire, giova sottolineare come il Rating di legalità possa essere acquisito solo da aziende che abbiano raggiunto un livello di fatturato pari a 2 milioni nell'anno precedente la richiesta. Una simile soglia, ancorché non elevatissima, potrebbe rappresentare comunque un ostacolo a quello spirito di inclusione e supporto al mondo delle micro e piccole imprese su cui si basano sia la legge delega che il nuovo Codice. All'interno dell'algoritmo dell'ANAC potrebbero essere invece incluse, in via autonoma, alcune delle variabili che consentono di ottenere il Rating. Tra i parametri di valutazione, andrebbe certamente tenuta in considerazione l'adozione del modello di organizzazione, gestione e controllo ex D.Lgs. 231/2001, così come la presenza (anche su base volontaria laddove non obbligatorio in relazione alle dimensioni dell'impresa) dell'organo di controllo (revisore o collegio sindacale).

Giova sottolineare come il possesso del Rating di legalità o l'adozione di un modello organizzativo ex D.Lgs. 231/2001 portino con sé un altro importante vantaggio per le imprese: in base a tali requisiti, infatti, il Legislatore ha previsto una riduzione del 30% della garanzia da prestare per la partecipazione a gare pubbliche, sia in sede provvisoria (art. 93, comma 7) che nella fase definitiva (art. 103, comma 1).

5. La regolarità contributiva, compresi i versamenti alle casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti per gli operatori che presentano anzianità sufficiente: giova sottolineare come il corretto assolvimento degli obblighi contributivi nel periodo considerato incida in termini premiali anche ai fini dell'attribuzione del succitato Rating di impresa.
6. La presenza di misure sanzionatorie amministrative per i casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari

---

La società, inoltre, nel biennio precedente la richiesta di rating, non dovrà essere stata condannata per illeciti antitrust gravi o per violazioni del codice del consumo, per mancato rispetto delle norme a tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, per violazioni degli obblighi retributivi, contributivi, assicurativi e fiscali nei confronti dei propri dipendenti e collaboratori.

Il regolamento prevede ulteriori requisiti che, se rispettati, potranno consentire di raggiungere il punteggio massimo di 3 stelletto. Se ne verranno rispettati almeno 6 si otterranno due stelletto. In particolare le aziende dovranno: - rispettare i contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'Interno e da Confindustria, delle linee guida che ne costituiscono attuazione, del Protocollo sottoscritto dal Ministero dell'Interno e dalla Lega delle Cooperative e, a livello locale, dalle Prefetture e dalle associazioni di categoria; - utilizzare sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge; - adottare una struttura organizzativa che effettui il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa o un modello organizzativo ai sensi del D.Lgs. 231/2001; - adottare processi per garantire forme di *Corporate Social Responsibility*; - essere iscritte in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa; - avere aderito a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria; - di aver adottato modelli organizzativi di prevenzione e di contrasto della corruzione.

La validità del rating è di due anni dal rilascio ed è rinnovabile su richiesta. In caso di perdita di uno dei requisiti base, necessari per ottenere una ‘stelletta’, l'Autorità ne dispone la revoca. Se vengono meno i requisiti grazie ai quali l'azienda ha ottenuto un rating più alto, l'Antitrust riduce il numero di stelletto.

Giova sottolineare un elemento di forte interesse della norma in questione, in base al quale “del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario”.

di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi<sup>12</sup>.

#### 4. Principali novità per concessioni e PPP

Come già esplicitato in precedenza, una delle Direttive oggetto di recepimento nell'ambito del nuovo Codice riguarda specificamente le concessioni, che trovano definizione all'art. 3, comma 1, lett. *uu*) per i lavori e *vv*) in relazione ai servizi e che hanno subito diverse modifiche significative.

##### 4.1. La nuova vita del partenariato pubblico privato

Una delle novità di maggior rilievo della nuova normativa risiede nell'espresso riferimento al partenariato pubblico privato, che trova autonoma definizione alla lettera *eee*) dell'art. 3, comma 1: in base al dettato del nuovo Codice, attraverso un contratto di PPP le stazioni appaltanti “conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore”.

Oltre alla sua definizione, al partenariato pubblico privato sono dedicate anche altre norme specifiche del D.Lgs. 50/2016 (artt. 180 – 181 – 182), che ne definiscono gli aspetti principali, le procedure di affidamento e le caratteristiche del finanziamento.

Per ciò che concerne la “tradizionale” concessione di lavori, il Legislatore adotta una definizione simile a quella riservata al partenariato pubblico privato, ma che registra in ogni caso alcuni profili distinti: con tale procedura, a fronte dell'esecuzione di lavori, all'operatore economico è riconosciuto “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”.

Ha destato qualche perplessità, tra gli addetti ai lavori, la separazione tra la figura della concessione e quella del PPP, la cui posizione all'interno del Codice è successiva rispetto alla prima. Per un approfondimento e una più accurata distinzione, è opportuno analizzare, in primis, l'art. 165 del Decreto, in base al quale, nelle operazioni di concessione, “la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato”. In base all'art. 180, invece, nei contratti di partenariato pubblico privato, “i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica [...], anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna”.

---

<sup>12</sup> A tale proposito, è doveroso considerare come l'omessa denuncia costituisca anche una causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. 1) se verificatasi e annotata dall'Autorità nel proprio Casellario, nell'anno antecedente.

Dalla prima parte di una simile formulazione, si può evincere come il legislatore abbia voluto orientare la formula del PPP prevalentemente verso la realizzazione/gestione opere “fredde”, che trovano la propria redditività nella tariffazione nei confronti del soggetto pubblico; in ogni caso, la menzione di altre forme di corrispettivo, oltre alla possibilità di gestione diretta di servizi a tariffazione esterna, rendono comunque il partenariato uno strumento molto flessibile, che il Legislatore non ha voluto ingessare eccessivamente, al fine di creare un *framework* potenzialmente utilizzabile in svariate situazioni, che può supportare la realizzazione di progetti molto diversi tra loro.

A tal proposito, l’art. 180, comma 8, fornisce un elenco esemplificativo di contratti di PPP, includendo in tale categoria “la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti”.

Tale definizione, che collocherebbe le concessioni in un rapporto di *species a genus* nell’ambito del più ampio quadro del partenariato pubblico-privato, conferma le perplessità per la peculiare scelta del Legislatore, il quale disciplina le concessioni in una sezione del Codice precedente rispetto a quella dedicata al PPP.

#### 4.2. Durata, valore e livelli progettuali delle concessioni

Seguendo il dettato della Direttiva europea in materia, il nuovo Codice ha modificato anche la disciplina relativa alla durata dei contratti di concessione, che il D.Lgs. 163/2006 stabiliva, “di regola” in 30 anni (art. 143, comma 8), consentendo tuttavia la possibilità di un’estensione maggiore “tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo [...] rispetto all’importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato”. Nel caso di nuove concessioni di importo superiore a un miliardo di euro, la durata poteva essere estesa fino a 50 anni.

A tale proposito, la normativa comunitaria, al Considerando 52, stabilisce l’obiettivo di “evitare la preclusione dell’accesso al mercato e restrizioni della concorrenza”, affermando che “la durata di una concessione dovrebbe essere limitata”: concessioni di durata eccessiva, infatti, possono ostacolare “la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento. Tuttavia, tale durata può essere giustificata se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito”.

La Direttiva, all’art. 18, stabilisce addirittura una soglia pari a cinque anni: una durata più estesa dovrebbe trovare adeguata giustificazione negli aspetti operativi ed economico-finanziari del progetto e, in ogni caso, dovrebbe essere limitata al periodo in cui si può ragionevolmente prevedere il *payback* dell’investimento, oltre all’ottenimento di un congruo rendimento del capitale impiegato “tenuto conto degli specifici obiettivi contrattuali assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti”. La normativa comunitaria, dunque, più che un valore utilizzabile in maniera indiscriminata in relazione a tutti i contratti di concessione, suggerisce l’adozione di un approccio tipologico, che valuti le caratteristiche dell’investimento, le sue dinamiche

gestionali e finanziarie, al fine di trovare un punto di equilibrio tra necessità di accesso al mercato degli operatori economici e redditività del concessionario.

Il nuovo Codice recepisce l'impostazione generale della Direttiva, pur senza menzionare esplicitamente la soglia dei cinque anni: l'art. 168, infatti, al comma 1 stabilisce in maniera generica che “la durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara [...] in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa é commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa”. Il comma 2 richiama in maniera quasi pedissequa il dettato comunitario, facendo riferimento “al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario [...], insieme ad una remunerazione del capitale investito”: a tale proposito, gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo devono essere rappresentati sia da quelli iniziali che da quelli sostenuti nel corso della concessione.

Da quanto finora considerato, appare chiaro come le proiezioni economico-finanziarie diventino uno strumento decisivo di valutazione, in fase preventiva, anche al fine di stabilire una durata dell'affidamento che possa essere congrua ed equilibrata.

Anche la quantificazione del valore dei contratti di partenariato pubblico-privato e concessione ha subito una drastica modifica, sulla scorta di quanto stabilito dalla Direttiva, il cui Considerando 23 stabilisce che il calcolo in questione non deve far riferimento solo all'importo dei lavori, bensì “al fatturato totale del concessionario quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione”, IVA esclusa, per l'intera durata del contratto. Una simile impostazione è conseguenza della volontà di equiparare le concessioni di lavori e di servizi, dato che in molti casi i profili di distinzione tra le due fattispecie sono tra loro poco nitidi, in quanto entrambi i contratti hanno spesso ad oggetto elementi legati sia a lavori che a servizi.

L'art. 8 della Direttiva precisa, inoltre, che la valutazione deve essere effettuata in base a un metodo oggettivo, da esplicitare nei documenti di gara, e deve tenere conto dei seguenti elementi:

- a) valore di eventuali forme di opzione ed eventuali proroghe della durata della concessione;
- b) introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'Amministrazione;
- c) pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario dalla P.A.;
- d) valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario, anche se conferito da terzi, ai fini dell'esecuzione della concessione;
- e) entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione;
- f) valore delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dalla P.A., purché siano necessari all'esecuzione dei lavori o alla prestazione dei servizi.

La determinazione del valore delle concessioni è dirimente anche per la validità stessa della Direttiva, che trova applicazione per i contratti di importo superiore a € 5.186.000 (art. 8),

oltre che per una serie di fattispecie che anche la normativa nazionale tratta in maniera diversa in base al valore del contratto da gestire: basti pensare, come in precedenza sottolineato, alla composizione delle commissioni di gara, che in base all'art. 77 del Codice dovrà essere effettuata attingendo all'apposito albo tenuto dall'ANAC nel caso in cui la concessione registri un importo superiore alle soglie indicate all'art. 35, richiamate in precedenza.

Altra novità di rilievo per le procedure di concessione riguarda gli aspetti progettuali: mentre la precedente normativa prevedeva, in via generale, la messa a base di gara del progetto preliminare, il nuovo Codice, all'art. 181, per i contratti di PPP, dispone che le amministrazioni aggiudicatrici pongano a base di gara il progetto definitivo, a meno che l'affidamento non abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione di fattibilità tecnica ed economica, come previsto dall'articolo 180, comma 1.

#### *4.3. Finanza di progetto: le nuove tipologie e il regime delle garanzie*

Anche il sistema del *project financing* è stato interessato da modifiche molto significative: in primo luogo, si riducono a due le procedure di finanza di progetto attivabili (a impulso pubblico o a iniziativa privata), venendo meno le tipologie previste dalla precedente normativa ai commi 15 e 16/18 dell'art. 153 del D.Lgs. 163/2006.

Per ciò che concerne i procedimenti avviati dalla Pubblica Amministrazione, in base all'art. 183, commi 2 e 9, è posto a base di gara il progetto di fattibilità tecnico-economica e i partecipanti, oltre alla bozza di convenzione, al piano economico-finanziario e a un allegato relativo alle caratteristiche della gestione, non dovranno più presentare un progetto preliminare, bensì uno definitivo. L'onerosità e i costi di un simile elaborato, tuttavia, rispetto alle prescrizioni del vecchio Codice (che prevedevano la consegna del progetto preliminare), rischiano di restringere la platea dei potenziali offerenti, danneggiando in particolar modo le imprese di minori dimensioni, in contrasto con i principi comunitari e con gli obiettivi della Legge Delega.

Altro punto di criticità va riscontrato in relazione alla procedura a iniziativa privata la quale, diversamente da quella precedente, prevede la presentazione all'Amministrazione di un progetto di fattibilità (art. 183, comma 15). Tuttavia, già in sede di consegna della proposta, la norma richiede, oltre a tutti gli altri elaborati necessari, anche la cauzione di cui all'art. 103, vale a dire la garanzia definitiva (pari al 10% dell'importo contrattuale) in luogo di quella provvisoria (pari al 2%) prevista dalla precedente normativa.

Tale previsione appare eccessivamente penalizzante per gli operatori e rappresenta l'unico profilo in base al quale il nuovo Codice si discosta dalla precedente norma (art. 153 comma 19), che a parte questo elemento risulta essere quasi integralmente riproposta.

Potrebbe sembrare un mero errore materiale (il riferimento dovrebbe essere all'art. 93), che nella formulazione attuale, tra l'altro, non sembra poter trovare neanche un solido fondamento giuridico: i diritti di garanzia, infatti, dovrebbero seguire quello principale, che nel caso di specie, tuttavia, non sarebbe ancora maturato con la mera presentazione di una proposta da parte di un soggetto privato.

#### 4.4. *La gestione e l'allocazione dei rischi: novità dal legislatore comunitario e nazionale*

Il nuovo impianto normativo, recependo la Direttiva 2014/23, ha avuto il grande merito di chiarire in maniera più precisa, rispetto al passato, gli aspetti peculiari della concessione, stabilendo che l'elemento fondamentale che la distingue da un appalto tradizionale risiede nella gestione e allocazione dei rischi, aspetto che il D.Lgs. 163/2006 menzionava in maniera esplicita solo in relazione al contratto di disponibilità<sup>13</sup> e in termini meno puntuali in relazione alle concessioni stesse (*infra*).

La normativa comunitaria, invece, afferma tale principio in maniera decisa e a più riprese: in particolare, l'art. 5, comma 1, dispone che *“l'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi”*.

Affinché tale rischio si consideri effettivamente assunto dal concessionario, è necessario che *“in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”*.

In altri termini, il Legislatore comunitario ha voluto stabilire che, anche se una parte del rischio dovesse restare a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, quest'ultima non può tutelare l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi da sostenere in relazione all'esecuzione del contratto (Considerando 18). Tale impostazione va comunque interpretata in maniera flessibile, essendo possibile strutturare un contratto di concessione anche nel caso in cui il rischio sia limitato già dalla fase iniziale: il Considerando 19 esplicita una simile possibilità di deroga, ad esempio, per ciò che concerne i settori con tariffe regolamentate.

Il rischio operativo dovrebbe essere inteso come l'esposizione a variazioni e mutamenti del mercato, che possono riguardare la domanda, l'offerta ovvero entrambe. In relazione al primo aspetto, il legislatore comunitario fa riferimento all'alea associata alla domanda effettiva di lavori o servizi oggetto del contratto, che può subire un calo, ad esempio, per l'insorgere nel mercato di un'offerta competitiva di altri operatori, per mancato *appeal* commerciale del concessionario, e così via; il secondo profilo, invece, è relativo al rischio connesso all'offerta dei lavori o servizi da realizzare, in particolare il pericolo che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda per quantità e livelli qualitativi.

In tal modo, il legislatore comunitario ha fornito precise indicazioni volte ad evitare pratiche elusive dell'obbligo di trattenere il rischio operativo a carico del privato concessionario, come nel caso di:

---

<sup>13</sup> L'art. 3, comma 15-bis definisce infatti il contratto di disponibilità come *“il contratto mediante il quale 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”*.

- contratti di PPP in cui il canone di disponibilità o qualsiasi tipo di pagamento corrisposto dall'ente all'operatore economico non sia commisurato all'effettiva valutazione di specifici parametri (*key performance indicators – KPI*) relativi all'efficienza delle prestazioni erogate dal concessionario (es.: stato manutentivo delle opere, standard dei servizi offerti per quantità e qualità, ecc.);
- contratti di partenariato pubblico-privato, laddove i canoni da corrispondere dalla P.A. al privato non possono essere decurtati al di sotto dei cd. “minimi garantiti”;
- clausole contrattuali che pongono un limite irragionevole alle penali a carico del concessionario, consentendo ad esempio di decurtare solo l'utile e non consentendo in tal modo un reale trasferimento del rischio;
- richieste alla P.A. di garanzie a copertura del debito contratto dal concessionario;
- pagamenti della P.A. all'operatore economico non connessi a una prestazione o a fronte dei quali il concessionario renda servizi non esposti ad alcun tipo di rischio.

In tale contesto, merita comunque attenzione l'inciso che fa riferimento alle “condizioni operative normali”, con cui il Legislatore comunitario ha inteso introdurre un principio generale di buon senso, che rappresenta una clausola di flessibilità in relazione all'assunzione del rischio operativo da parte dell'operatore economico: in altri termini, dal concetto di rischio operativo sembrano esulare eventualità di pericoli connessi, ad esempio, a crisi finanziarie sistemiche, crolli imprevedibili di singoli settori di mercato, e così via, eventi rispetto ai quali il concessionario non può essere ritenuto responsabile.

La Direttiva, inoltre, stabilendo che la valutazione del rischio operativo debba essere effettuata “in maniera coerente ed uniforme”, introduce un parametro oggettivo di verifica, disponendo la necessità di fare riferimento al “valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario”. Come meglio specificato nel prosieguo, una simile impostazione fornisce fondamentali elementi di supporto alle attività di monitoraggio delle concessioni e alla possibilità di distinguere al meglio gli eventi che possono dare luogo a ipotesi di riequilibrio o modifica del piano economico-finanziario (*infra*).

Per ciò che concerne la normativa nazionale, come in precedenza evidenziato, ai sensi del D.Lgs. 163/2006 il trasferimento dei rischi in capo al privato era già menzionato nella definizione di concessione, laddove l'art. 3, comma 15-ter menzionava genericamente un'“allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti”, senza tuttavia offrire ulteriori spunti di approfondimento.

Inoltre, per lo specifico caso di concessioni di opere in cui la P.A. rappresenta il *main payer*, l'art. 143, comma 9 del D.Lgs. 163/2006 prevedeva la possibilità di ricorrere a simili contratti a condizione che restasse “a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera”: in altri termini, anche nel caso di concessioni c.d. “fredde”, era prevista la necessità di mantenere a carico dell'operatore economico eventuali conseguenze negative derivanti da eventi non previsti.

Il nuovo Codice, recependo la Direttiva, rafforza tale impostazione e, nella medesima sezione dedicata alla definizione delle fattispecie contrattuali, sia per le concessioni di lavori che per quelle di servizi (art. 3, comma 1, lett. *uu* e *vv*) fa riferimento in maniera esplicita all'“assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione” delle opere o dei servizi affidati. Lo stesso art. 3, comma 1, alla lett. *zz*) offre una esplicita definizione di rischio operativo, che ricalca in maniera quasi letterale quella fornita a livello comunitario in precedenza richiamata. In base all'art. 165, comma 1, affinché tale trasferimento possa dirsi realmente effettuato, è necessario che le fluttuazioni di mercato e le variazioni relative ai costi e ai ricavi in precedenza richiamate siano in grado di incidere significativamente sulla redditività dell'investimento.

La nuova norma mostra la rinnovata attenzione del Legislatore alla tematica in questione laddove, all'art. 3, comma 1, lett. *aaa*), *bbb*), *ccc*), esplicita in maniera chiara e puntuale anche le differenti tipologie di rischio che emergono in un contratto di concessione e di PPP in generale, che convergono nella più generale nozione di rischio operativo:

- “rischio di costruzione”, legato al ritardo nei tempi di consegna, al mancato rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi rispetto agli importi previsti in fase progettuale, a inconvenienti di tipo tecnico e al mancato completamento dell'opera;
- “rischio di disponibilità”, connesso alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volumi che per standard qualitativi;
- “rischio di domanda”, relativo ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.

Tale distinzione è richiamata in maniera puntuale nella sezione dedicata specificamente al partenariato pubblico-privato, laddove l'art. 180, comma 3, stabilisce esplicitamente che il trasferimento del rischio a carico dell'operatore economico comporta l'allocazione in capo a quest'ultimo, “oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera”.

Nel caso in cui, a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, la P.A. decida di versare un canone all'operatore economico, il suo importo dovrà essere proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera/erogazione dei servizi. Anche in questo caso, il Codice riprende la normativa comunitaria, stabilendo che, ai fini del trasferimento dei rischi, le variazioni in questione devono poter “incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico” (art. 180, comma 4).

Tali indicazioni dovranno essere recepite anche nello schema di contratto di PPP, il cui contenuto, ai sensi dell'art. 180, comma 3, dovrà essere esplicitamente “definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati”.

Anche l'ANAC, che avrà il compito di definire le modalità attuative del nuovo Codice al fine di sostituire definitivamente il D.P.R. 207/2010, dedica particolare attenzione al tema della gestione e allocazione dei rischi. In un recente documento di consultazione<sup>14</sup> propedeutico all'emanazione delle linee guida, l'Autorità Anticorruzione fa riferimento non solo al concetto di rischio operativo, ma lo declina altresì nelle tre componenti in precedenza esplicitate, affermando che il fattore comune alle diverse tipologie di PPP sia rappresentato proprio dal trasferimento in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o (nei casi di attività commerciale verso utenti esterni), del rischio di domanda relativo ai servizi resi.

Giova rilevare come l'allocazione dei rischi sia dirimente anche ai fini di una corretta contabilizzazione nei bilanci dell'ente pubblico delle operazioni di PPP e del conseguente impatto su deficit e debito<sup>15</sup>.

Allo scopo di effettuare al meglio l'attività di ripartizione dei rischi e di approfondimento delle specifiche componenti delle tre categorie già sopra richiamate, l'ANAC propone altresì l'utilizzo di alcuni strumenti operativi: in particolare, viene suggerita l'elaborazione di una "matrice dei rischi", che permetta di definire se l'ottimale allocazione del rischio specifico ne preveda l'attribuzione in capo al soggetto pubblico o privato o se non sia piuttosto opportuno considerare altre forme di gestione condivisa, partendo dalla necessità di addossare determinati fattori di rischio al soggetto che è meglio in grado di gestirli e mitigarli.

Al fine della costruzione della matrice dei rischi, la cui esemplificazione è proposta di seguito, è opportuno tenere in considerazione diverse fasi operative, relative ai seguenti aspetti ed elementi di valutazione:

- a) identificazione dei fattori che potrebbero dare luogo a rischi nella fase di progettazione/costruzione dell'opera o di gestione del servizio (colonna 1);
- b) *risk assessment*, ovvero la valutazione della probabilità che un evento associato ad un rischio possa effettivamente verificarsi<sup>16</sup> e delle conseguenze che ne possono derivare in termini, ad esempio, di maggiori oneri nella fase di costruzione e/o gestione (colonne 2 e 3);
- c) *risk management*, vale a dire l'individuazione dei meccanismi che permettono di minimizzare gli effetti derivanti da un evento (colonne 4 e 5);
- d) allocazione del rischio al soggetto pubblico e/o privato (colonne 6 e 7);

---

<sup>14</sup> ANAC, *Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti - Documento di consultazione "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato"*.

<sup>15</sup> Secondo le indicazioni fornite da Eurostat, (*Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010* di Eurostat (2016), paragrafo VI.4) infatti, la classificazione delle operazioni di PPP a carico della contabilità nazionale o del settore privato dipende dalle modalità di allocazione dei rischi contrattuali tra le parti. Per poter contabilizzare *off balance* gli *asset* oggetto dell'operazione di PPP è necessaria una chiara dimostrazione dell'allocazione al privato del rischio di costruzione e almeno uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità o rischio di domanda).

<sup>16</sup> Se non si riesce a indicare un valore preciso si possono utilizzare indicazioni quali alta, minima, bassa, ecc.

- e) corrispondenza tra rischio e trattamento dello stesso all'interno del contratto di PPP, effettuata mediante l'individuazione dell'articolo che disciplina lo stesso (colonna 8).

La costruzione di una matrice dei rischi è indispensabile anche in considerazione di quanto disposto dall'art. 181, comma 2, del Codice, in base al quale, tranne nel caso in cui "l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocatione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico". Ovviamente, i rischi specifici che saranno inseriti nella matrice variano in funzione dell'oggetto dell'affidamento e della natura del contratto di PPP sottoscritto. L'utilizzo dello strumento in questione può essere, per quanto fin qui considerato, di utile supporto nel valutare se l'allocatione dei rischi sia coerente con le prescrizioni del Codice ai fini della qualificazione del contratto come strumento PPP/concessione, nonché con i criteri dettati dall'Eurostat per la valutazione *off balance* dell'intervento.

A tale scopo, assumono rilevanza sostanziale anche i fattori relativi al finanziamento pubblico dei costi di investimento, alla presenza di garanzie pubbliche, alle clausole di fine contratto ed al valore di riscatto dell'*asset* al termine del rapporto concessorio.

**Tabella 1 – Esempio di matrice dei rischi in procedure di concessione o PPP<sup>17</sup>**

Tipo di rischio	Probabilità del verificarsi del rischio	Maggiori costi / ritardi connessi al verificarsi del rischio	Possibilità di mitigazione del rischio se trasferito al privato	Strumenti per mitigazione del rischio	Rischio a carico del pubblico	Rischio a carico del privato	Art. contratto che identifica il rischio
<b>Rischio di costruzione</b>							
Commissionamento							
Amministrativo							
Espropri							
Ambientale/o archeologico							
Progettazione							
Esecuzione non conforme							
Aumento dei prezzi o indisponibilità dei fattori produttivi							
Errata valutazione di tempi e costi							
Inadempimenti di fornitori e subappaltatori							

<sup>17</sup> Cfr. ANAC, *Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti - Documento di consultazione "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato"*.

Rischio di domanda							
Contrazione della domanda di mercato							
Contrazione della domanda specifica							
Ingresso competitor							
Rischio di disponibilità							
Manutenzione straordinaria							
Performance							
Obsolescenza tecnica							
Altri rischi							
Normativo- politico- regolamentare							
Finanziario sistemico							
Relazioni industriali							
Valore residuo							

Come si può evincere dall'ultima colonna, e secondo quanto suggerito dall'ANAC, le valutazioni effettuate nell'ambito della matrice dei rischi devono trovare riscontro all'interno del contratto, che dovrà stabilire in maniera puntuale gli obblighi e la ripartizione dei diversi oneri in capo al soggetto pubblico e all'operatore privato.

#### 4.5. L'attenzione alla "bancabilità" degli investimenti

Ancor più che in passato, in relazione alla capacità degli interventi in PPP di trovare il supporto del mondo finanziario, è evidente l'intento del nuovo Codice di correggere alcuni "fallimenti di mercato" manifestatisi in passato. In tal senso va interpretata, ad esempio, la previsione dell'art. 165, comma 3, di una risoluzione di diritto laddove "il contratto di finanziamento non sia perfezionato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto di concessione", definendo un termine più breve rispetto a quello precedente, stabilito nella misura massima di 24 mesi. La stessa norma, inoltre, riprende la formulazione del vecchio art. 144, comma 3-bis, disponendo che "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".

Sulla stessa lunghezza d'onda, rifacendosi ai commi 3-ter e 3-quater, il nuovo Codice prevede che la sottoscrizione del contratto di concessione possa avere luogo in seguito alla "presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera". In base all'art. 165, comma 4, già in fase di gara il bando può prevedere che l'offerta sia corredata da una dichiarazione da parte di uno o più istituti finanziari di manifestazione di interesse a finanziare l'intervento: una simile previsione, ancorché certamente meritoria nell'obiettivo perseguito, rischia tuttavia di scontrarsi con una prassi bancaria che, nella maggior parte dei casi, prevede il rilascio di dichiarazioni molto "blande" e comunque non vincolanti, anche

atteso il carattere aleatorio di numerosi elementi in una fase ancora precedente non solo alla stipula del contratto ma alla stessa aggiudicazione della gara.

La considerazione dell'importanza del supporto del mondo finanziario è confermata anche nella sezione dedicata specificamente al PPP: l'art. 180, comma 7, infatti, dispone (forse effettuando addirittura una forzatura, per le considerazioni appena svolte) che “la documentata disponibilità di un finanziamento è condizione di valutazione di ammissione ad un contratto di partenariato pubblico privato”. Anche per tale fattispecie, la norma prevede che la stipula del contratto avvenga in seguito alla presentazione di idonea documentazione relativa al finanziamento dell'opera, stabilendo anche in questo caso la risoluzione di diritto nell'eventualità in cui il finanziamento non sia stato accordato entro dodici mesi dalla sottoscrizione del contratto.

Pur presentando ancora alcuni aspetti da affinare, il nuovo Codice, dunque, ha il merito di riconoscere il PPP finalmente come un'operazione anche e soprattutto finanziaria, distinta da un finanziamento *corporate*, la cui finanziabilità deve rappresentare un elemento da tenere in considerazione sin dalla fase di preparazione della documentazione di gara.

#### **5. Le novità sull'equilibrio economico-finanziario: il limite al contributo pubblico.**

Come fin qui evidenziato, anche il nuovo Codice, sia per le concessioni che per le procedure di PPP, prevede che l'operatore economico, oltre alla gestione delle opere e/o dei servizi, può trovare la propria redditività in un contributo (il “prezzo”) che la Pubblica Amministrazione può riconoscere ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario (artt. 165, comma 2 e 180, comma 6). La possibilità di supportare il concessionario sia attraverso l'erogazione di risorse finanziarie che tramite la cessione (in proprietà o in diritto di godimento) di beni immobili di proprietà dell'ente pubblico, si pone in continuità con la normativa precedente, rispetto alla quale, tuttavia, sono intervenute alcune rilevanti modifiche, prevalentemente in senso restrittivo. In primo luogo, va rilevato come, ai fini della concessione del prezzo, il D.Lgs. 163/2006, all'art. 143, comma 5, indicava il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario come parametro fondamentale da tenere in considerazione nella valutazione relativa all'opportunità di supportare l'operatore economico da parte della stazione appaltante, senza porre vincoli espliciti o generali.

Il nuovo Codice, invece, sia per le concessioni che per il partenariato pubblico-privato stabilisce che “l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari”. Una simile previsione, tuttavia, potrebbe rivelarsi eccessivamente rigida, riducendo la flessibilità che il Legislatore, in via generale, ha inteso attribuire agli strumenti di PPP, rischiando di pregiudicare la realizzazione di opere non particolarmente “calde” ma che potrebbero essere comunque di pubblico interesse e meritevoli di un contributo pubblico anche superiore alla soglia stabilita dalla norma ai fini

del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario<sup>18</sup>. Per ciò che concerne l'utilizzo come prezzo di immobili, mentre la normativa abrogata faceva riferimento a beni nella disponibilità delle amministrazioni aggiudicatrici "o allo scopo espropriati", il D.Lgs. 50/2016 limita tale possibilità solo alla prima fattispecie, non consentendo, stando al tenore letterale della norma, un eventuale procedimento ablativo. Inoltre, il nuovo Codice introduce un'ulteriore limitazione, disponendo che possano essere oggetto di concessione in contro prezzo solo immobili "la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione". Un'interpretazione restrittiva di tale formulazione rischia di rappresentare un vincolo rilevante alla versatilità intrinseca del PPP: senza un intervento esplicativo in sede di attuazione della norma, probabilmente non si consentirebbe agli operatori economici di programmare interventi anche non strettamente collegati all'investimento principale, ma che in alcuni casi risultano decisivi per poter rendere appetibili anche progetti non particolarmente remunerativi se limitati alla sola gestione delle opere e dei servizi *core*.

La limitazione in questione, seppur in via indiretta, sembra aver creato un incentivo a ricorrere al canone di disponibilità, per compensare la riduzione del contributo in conto prezzo: di conseguenza, tale prescrizione potrebbe non essere eccessivamente penalizzante per i contratti a canone di disponibilità, mentre rischia di essere dannoso per le concessioni o i contratti di PPP a tariffazione sull'utenza.

La nuova previsione del limite del 30% al contributo, infatti, crea una netta demarcazione tra gli investimenti che si prestano a essere realmente sfruttati da un punto di vista economico rispetto a quelli che potranno essere realizzati e gestiti solo con logiche "tradizionali".

Le principali modifiche intervenute in relazione alle forme e agli importi del sostegno pubblico concedibile possono essere sintetizzate come segue.

Codice abrogato (D.Lgs. 163/2006)		Nuovo Codice (D.Lgs. 50/2016)	
Art. 143, c. 4	Parametro di riferimento è il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare	Art. 165, c. 2 Art. 180, c. 6	Per concessione del prezzo + eventuali garanzie pubbliche o ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della P.A. limite del 30% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari
Art. 143, c. 5	Possibile concedere immobili nella disponibilità della P.A. o allo scopo espropriati	Art. 165, c. 2	Beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione
Art. 143, c. 5	Cessione in proprietà o diritto di godimento di immobili la cui utilizzazione o valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione	Art. 165, c. 2 Art. 180, c. 6	Possibile concedere beni immobili la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione

<sup>18</sup> Si pensi ad opere quali ospedali, carceri, scuole, impianti sportivi, che in alcuni casi necessitano di una forte componente di contribuzione pubblica per la realizzazione e la gestione di servizi, nel cui ambito in molti casi sono imposte tariffe limitate.

Come già in precedenza rimarcato, per l'attribuzione del prezzo, anche il nuovo Codice ritiene l'equilibrio economico-finanziario un elemento fondamentale, proponendone un'espressa definizione all'art. 3, comma 1, lett. *fff*): tale concetto è esplicitato come “la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento”.

I due concetti in questione erano già tenuti in considerazione nell'ultima versione del D.Lgs. 163/2006, laddove l'art. 143, comma 8-bis disponeva che, ai fini della corretta gestione della concessione, il contratto dovesse contenere una definizione di equilibrio economico finanziario basata sulla valutazione di “indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito”. Tale riferimento, nel nuovo impianto normativo, non si ritrova nel Codice, bensì nel succitato documento emanato dall'ANAC, il quale, nell'ambito del monitoraggio e delle ipotesi di revisione del PEF (*infra*), fa esplicito riferimento a parametri quali il DSCR (*Debt Service Cover Ratio*) e l'LLCR (*Loan Life Cover Ratio*) per la sostenibilità finanziaria, mentre menziona il TIR (Tasso Interno di Rendimento) e il VAN (Valore Attuale Netto) per ciò che concerne la valutazione della redditività: tali ultimi indicatori vanno analizzati sia in riferimento al progetto che in relazione alla redditività degli azionisti/sponsor dell'investimento.

## **6. Il monitoraggio delle concessioni: modifiche contrattuali e riequilibrio del piano economico-finanziario**

Come in precedenza accennato, l'efficiente allocazione dei rischi rileva non solo nella fase dell'aggiudicazione di un contratto di PPP, ma è di fondamentale importanza anche nella fase di gestione, al fine di garantire la corretta esecuzione delle prestazioni. Tenuto conto soprattutto della lunga durata che, di regola, caratterizza le procedure in questione, il mantenimento del rischio operativo in capo al concessionario è indispensabile per garantire il buon esito del procedimento.

Nel corso della gestione, ovviamente, potrebbero verificarsi eventi che incidono in maniera rilevante sulle condizioni operative e gestionali e che, in alcuni casi, potrebbero inficiare la possibilità, da parte dell'operatore economico, di proseguire nell'erogazione dei servizi stabiliti, a meno di non procedere a modifiche delle condizioni contrattuali stabilite inizialmente.

### *6.1. Ipotesi di modifica della concessione senza nuova aggiudicazione*

L'eventualità di circostanze destabilizzanti della concessione è prevista anche dalla Direttiva 2014/23, che all'art. 43 disciplina le ipotesi di modifica dei contratti durante il periodo di validità. In particolare, al paragrafo 1, la norma dispone che le variazioni possono intervenire senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione nei seguenti casi:

- a) le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali attraverso l'elaborazione di clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono individuare ipotesi di revisione dei prezzi, o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali è possibile attivarle. In ogni caso, le variazioni non possono alterare la natura generale della concessione.
- b) In seguito allo svolgimento di lavori o servizi supplementari che non erano inclusi nella concessione iniziale ma che si sono comunque resi necessari e, ove un cambiamento di concessionario:
- risulti impraticabile per motivi economici o tecnici;
  - comportamenti per l'Amministrazione notevoli disguidi o un aggravio di costi.
- c) Ove siano soddisfatte le seguenti condizioni:
- la necessità di modifica è determinata da circostanze imprevedibili per l'Amministrazione<sup>19</sup>;
  - la modifica non altera la natura generale della concessione;
  - nel caso di concessioni aggiudicate in un ambito diverso da quello dei cosiddetti "settori speciali", l'eventuale aumento di valore non sia superiore al 50% del valore della concessione iniziale, tenendo in considerazione tale soglie per ciascuna modifica successiva.
- d) Nel caso in cui le modifiche intervenute possano essere considerate non sostanziali, vale a dire nelle circostanze definite al paragrafo 4 dell'art. 43:
- la variazione non introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero potuto attirare ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;
  - la modifica non altera l'equilibrio economico-finanziario della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalle condizioni iniziali;
  - l'ambito di applicazione della concessione non è esteso in maniera significativa.

In ogni caso, la Direttiva stabilisce altresì una clausola generale in base alla quale non si ritiene necessario verificare la sussistenza delle condizioni sopra richiamate, consentendo quindi modifiche alla concessione, laddove non determinino variazioni di importo superiore

---

<sup>19</sup> Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a eventi che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi del settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile.

alla soglia di € 5.186.000 e al 10% del valore della concessione iniziale<sup>20</sup>. Nei casi in cui non siano verificate le circostanze che possono dare luogo a modifiche delle condizioni iniziali, sarà necessario invece procedere a una nuova procedura di aggiudicazione.

In tema di modifiche dei contratti durante il periodo di efficacia delle concessioni, la normativa nazionale, all'art. 175, ha recepito in maniera sostanzialmente fedele gli indirizzi comunitari sopra menzionati, pur con qualche elemento di differenza: il comma 1, lett. a), ad esempio, dispone che le clausole che disciplinano le modifiche “non possono prevedere la proroga della durata della concessione”, eliminando di fatto una delle fattispecie generalmente utilizzate in passato nella fase di riequilibrio del piano economico-finanziario. Inoltre, il riferimento alla soglia stabilita dalla Direttiva all'art. 8, viene sostituito dal valore definito all'art. 35, comma 1, lett. a) del Codice (€ 5.225.000).

### *6.2. La revisione del piano economico-finanziario*

Come appena sottolineato, ai fini delle modifiche delle condizioni iniziali, la Direttiva richiama in maniera esplicita le clausole contenute nel contratto, che consentano di riequilibrare il piano economico-finanziario, pur senza mai violare il principio di non alterazione della natura della concessione.

Un simile approccio era già previsto dal D.Lgs. 163/2006, laddove all'art. 143, commi 8 e 8-bis, si stabiliva la possibilità di revisione del PEF in seguito al verificarsi di determinati eventi, imponendo altresì la definizione, all'interno della convenzione, dei presupposti e delle condizioni di base del piano economico-finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinassero una modifica dell'equilibrio, potevano comportarne la revisione.

Il nuovo Codice non si discosta significativamente da tale impostazione: l'art. 165, comma 6 dispone che nel caso in cui l'equilibrio del piano economico-finanziario sia intaccato da “fatti non riconducibili al concessionario”, è possibile procedere alla sua revisione, attraverso la rimodulazione delle condizioni di equilibrio.

Il D.Lgs. 50/2016, anche in una simile eventualità, fornisce un più esplicito riferimento all'allocatione dei rischi rispetto alla normativa previgente, stabilendo che le modifiche che dovessero intervenire devono, ad ogni modo, “consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico”. Le disposizioni relative alla revisione del PEF nell'ambito delle concessioni sono riprese pressoché integralmente all'art. 182, comma 3 in relazione ai contratti di partenariato pubblico-privato.

Ai fini della procedura di riequilibrio, riveste fondamentale importanza la chiara individuazione delle circostanze non imputabili all'operatore economico che danno diritto a una revisione del piano economico e finanziario, tra cui possono essere indicate:

- eventi di forza maggiore, ossia ogni atto o fatto imprevisto e imprevedibile che la parte non avrebbe potuto prevedere, né prevenire con l'esercizio dell'ordinaria diligenza, tale

---

<sup>20</sup> Entrambe le condizioni devono essere rispettate contemporaneamente.

da rendere oggettivamente impossibile in tutto o in parte l'adempimento delle obbligazioni contrattuali<sup>21</sup>.

- l'entrata in vigore di norme legislative e regolamentari che incidano sui termini e sulle condizioni di realizzazione e gestione dell'opera e/o dei servizi o stabiliscano nuovi meccanismi tariffari (c.d. *change in law* o *ius superveniens*);
- le varianti progettuali richieste dall'Amministrazione o concordate tra le Parti che comportino un'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario.

Ai fini della valutazione relativa all'effettiva modifica dell'equilibrio, mentre il D.Lgs. 163/2006, come accennato, faceva esplicito riferimento a indicatori di redditività e "bancabilità", il nuovo Codice non fornisce una simile precisazione. Tale lacuna è stata finora colmata dall'ANAC che già nel documento di consultazione sul monitoraggio delle concessioni menziona espressamente i parametri in questione, individuandoli anche in maniera puntuale, come sopra già evidenziato.

Vista l'importanza di tali indicatori, è opportuno che il contratto di concessione riporti le cause e le modalità di revisione del PEF, ipotizzando, se del caso, dei valori soglia che identifichino le condizioni di equilibrio (in relazione sia alla redditività che alla "bancabilità"), al di sotto dei quali l'operatore economico potrà chiedere una rimodulazione del piano economico-finanziario.

Per ciò che concerne le procedure di riequilibrio, vale la pena sottolineare, una rilevante modifica intervenuta nella nuova norma: mentre l'art. 143, comma 8, disciplinava esplicitamente anche l'ipotesi in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte rispetto a quelle iniziali dovessero risultare più favorevoli per il concessionario, disponendo la revisione del piano a favore del concedente, il D.Lgs. 50/2016 nulla rileva in merito. Gli artt. 165 e 182, infatti, si limitano a prendere in considerazione la sola eventualità di eventi "non riconducibili all'operatore economico", che sembrerebbero dar luogo solo a un riequilibrio in suo favore, senza disciplinare fattispecie che possano determinare condizioni più favorevoli per l'operatore privato, a seguito delle quali dovrebbe essere prevista una revisione del PEF a vantaggio della Pubblica Amministrazione<sup>22</sup>.

Pur nel silenzio della norma, tuttavia, al fine di interpretare al meglio il principio di corretta gestione ed effettiva ripartizione dei rischi, appare opportuno prevedere, all'interno dei contratti di concessione, clausole di riequilibrio che agiscano in maniera biunivoca (definendo, di conseguenza, sia meccanismi di *risk sharing* che di *benefit sharing*), in mancanza delle quali si rischierebbe di non poter fare ricorso a strumenti di partenariato pubblico privato a causa un'errata allocazione dei rischi.

---

<sup>21</sup> A titolo esemplificativo, possono considerarsi eventi di forza maggiore: - scioperi, fatta eccezione per quelli che riguardano l'Amministrazione o l'operatore economico; - guerre, azioni terroristiche, sabotaggi, atti vandalici, ecc.; - fenomeni naturali avversi, comprese esondazioni, terremoti, ecc.; - indisponibilità di alimentazione elettrica, gas o acqua per cause non imputabili all'Amministrazione o al concessionario; - impossibilità, per fatto del terzo, di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento.

<sup>22</sup> In sede di redazione di linee guida ANAC, potrebbe essere meglio esplicitata la fattispecie in questione.

## **7. Conclusioni: linee guida ANAC e possibili sviluppi futuri**

In base alle brevi considerazioni fin qui espresse, è possibile affermare che il nuovo impianto normativo ha apportato numerose novità in tema di appalti e concessioni: dai livelli progettuali agli aspetti procedurali, dalla qualificazione delle stazioni appaltanti ai criteri di valutazione degli operatori economici, sono intervenute svariate modifiche, allo scopo di rendere le procedure di aggiudica più snelle, più trasparenti e meno incerte.

Sono certamente di grande impatto gli elementi di novità relativi ai contratti di partenariato pubblico-privato, che per la prima volta trovano dignità propria e un'autonoma collocazione all'interno del Codice.

Ad ogni modo, affinché i progressi in termini di trasparenza e rapidità negli *iter* amministrativi estrinsechino appieno i propri effetti, sarà necessario che l'impianto di *soft law* cui è affidato il compito di attuare il Decreto (linee guida ANAC) riesca a interpretare al meglio lo spirito della Direttiva Europea e i principi della Legge Delega, procedendo nella direzione della semplificazione e della certezza delle procedure.