



■ OSSERVATORIO INFRASTRUTTURE
PIANO CARCERI
E PARTERNARIATO
PUBBLICO-PRIVATO

seminari | 2013 / OI - I

AREL

CLAUDIO GUCCIONE

Ho scelto, in luogo di affrontare l'intera convenzione, o meglio, le linee guida della convenzione che saranno disponibili per i partecipanti alla gara, di focalizzarmi su alcuni punti. Ho lunga esperienza sui contratti pubblici, sin dal 1990 anno in cui entrai nell'ufficio legale dell'Aiscat; sono un avvocato amministrativista, seguo quindi gli aspetti relativi alla gara, ai contratti ed al contenzioso, più che la parte del finanziamento in senso stretto. Mi sono occupato, tra l'altro, dei quattro ospedali toscani, operazione che nel 2012 è stata proclamata la più importante dell'anno nel *project financing* in Europa, dato che è stato il più importante finanziamento *multi-asset* mai realizzato nel settore delle infrastrutture ospedaliere. Come è noto, vi era un solo bando ed un unico piano economico-finanziario, ma quattro erano le convenzioni.

Per quel che riguarda la predisposizione degli atti di gara del project del carcere di Bolzano, lo studio preventivo sulle attività delegabili al concessionario e su quelle che, invece, non possono essere delegate, ha dato gli esiti riferiti dal collega Togni, con una serie di servizi che possono essere affidati al concessionario, oltre alla progettazione definitiva ed esecutiva (quindi il progetto preliminare è oggetto di offerta), l'esecuzione, la fornitura degli arredi e delle attrezzature, la manutenzione ordinaria e straordinaria dell'immobile, la gestione delle utenze, del servizio mensa detenuti e spaccio, della mensa e bar interno del personale, della lavanderia, pulizia, attività sportive e di formazione e ricreazione.

Per quel che riguarda la valutazione in senso stretto dei lavori, proprio nel solco di quanto detto dal collega Ricchi, di fatto non abbiamo utilizzato i poteri derogatori propri della figura commissariale, difatti, per l'ampliamento della concorrenza, abbiamo previsto il subappalto al 50% (e non al 30%), non in base ai poteri derogatori ma utilizzando la possibilità espressamente prevista per le carceri dal dl 195/2009 (art 17-ter, comma 7), convertito in legge 26/2010. Sempre per quel che riguarda l'ampliamento della concorrenza, abbiamo scelto, tra le due opzioni in materia di *project financing*, di delegare in toto alla discrezionalità dell'aggiudicatario concessionario il regime dei lavori; quindi, non c'è nessun obbligo di affidare a terzi la percentuale

minima, ma, come previsto anche dalla normativa vigente, si è preferito dare il diritto all'aggiudicatario di fare anche il 100% dei lavori con le imprese che fanno parte del suo raggruppamento.

Riguardo ai servizi c'è un vincolo normativo: l'obbligo di coinvolgere i detenuti nello svolgimento di almeno una parte dei servizi; questo, però, potrebbe creare dubbi o preoccupazioni dal punto di vista dell'efficienza imprenditoriale ed è per tale ragione che è previsto un compenso mediante benefici fiscali.

Altre scelte connotanti gli atti di gara e le linee guida della Convenzione per l'aspirante aggiudicatario, che risponderà con uno schema di Convenzione, un progetto preliminare, e con un piano economico-finanziario asseverato ad una banca, è aver sollecitato il potere innovativo del mercato degli operatori decidendo di attribuire 70 punti agli elementi, *lato sensu*, progettuali e qualitativi del *project*, attribuendo solo 30 punti alla parte strettamente economica. Questi ispirati e confortati non solo dall'idea del modello da realizzare, ma anche dall'esistenza di una norma del Regolamento attuativo del Codice dei contratti, articolo 120 del Dpr 207/2010, che stabilisce che per l'appalto integrato vi deve essere un'attribuzione di punteggio minimo alla parte qualitativa/progettuale di 65 punti. Ora, qui abbiamo non solo una parte progettuale, come in tutte le gestioni in *project*, ma anche una gestionale, e quindi a maggior ragione abbiamo sollecitato il mercato indicando quale fosse la parte decisiva dell'offerta.

Per le altre scelte, ricordo quella sull'ampia possibilità di negoziazione una volta che l'amministrazione abbia ricevuto le proposte. Infatti, mentre l'articolo 153 comma 10 del Codice dei contratti, per quel che riguarda il *project financing* riferisce espressamente al progetto preliminare presentato in sede di offerta la possibilità che la stazione appaltante richieda le modifiche, noi abbiamo ritenuto limitativo dare una interpretazione letterale alla norma. Se, infatti, il piano finanziario non regge, o se la Convenzione contiene clausole non divisibili o, comunque, contrarie al perseguimento dell'ottimale interesse pubblico, come si può chiedere solo la modifica del progetto? Vi è, quindi, una negoziazione da parte della stazione appaltante di tutti gli elementi della proposta: progetto preliminare, piano finanziario, schema di convenzione.

Ulteriore novità, che d'altra parte segue i cambiamenti normativi, in particolare l'articolo 143 modificato dai vari interventi del governo Monti, è quella di aver costruito, grazie a queste nuove norme, atti di gara che complessivamente garantiscono la

bancabilità dell'operazione, vincolo non solo comunitario (pronunce Eurostat), ma anche introdotto dall'articolo 144 comma 3 bis del Codice dei contratti che vuole, in questo caso, con gli atti di gara e con la Convenzione, che sia garantita la bancabilità dell'operazione.

Nell'offerta dovrà essere presentata una matrice di rischi ed anche una lettera di un preventivo coinvolgimento da parte di una banca, che è anche questa la traduzione della novità introdotta dall'articolo 143 comma 7 del Codice dei contratti, che richiede, appunto, il preliminare coinvolgimento di una banca. Non nascondo che questa formulazione normativa appare vaga, perché non è chiaro cosa si intenda per "preliminare coinvolgimento". Noi abbiamo pensato di tradurla in una "dichiarazione di almeno un istituto bancario di aver ricevuto il progetto, di aver esaminato il dossier e di ritenere che costi finanziari (spread, tasso di base di finanziamento, indice di bancabilità, ed altri strumenti/riserve di cassa a servizio del debito) siano in linea con le attuali condizioni di mercato. Quindi, la cosa interessante da questo punto di vista sta nel passo avanti del legislatore, come da noi recepito, che non si è tradotto in una mera sovrapposizione – e guai se così fosse – alla mera asseverazione del piano economico-finanziario prevista per obbligo di legge, e che, come è noto, è sempre stata poco convincente, perché la congruità complessiva dei parametri del Pef vanno bene ma non è chiaro se snelliscano davvero il procedimento di gara, se diano garanzie necessarie, ecc. Per questo, pur bonariamente, critico l'istituto dell'asseverazione del Pef, che non vale ad attribuire nemmeno uno sgravio da parte della stazione appaltante e della commissione di gara dell'entrare comunque nel merito del piano economico-finanziario, come più volte evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa.