

Il Sole
24 ORE

Edilizia e Territorio

www.ediliziaterritorio.ilssole24ore.com

DOSSIER ON LINE

NUMERO 5

MAGGIO 2014

CREDITO, FISCO, BANDI, ESTERO: LE RISPOSTE ALLA CRISI

Guida operativa
per le imprese di costruzione





COMMENTI

INTRODUZIONE

PAGINA 4

«Edilizia e Territorio» - Luiss, vademecum in sette capitoli per le imprese di costruzione

DI ALESSANDRO ARONA

PAGINA 7

«Management delle imprese edili», il Master della Luiss Business School

A CURA DI LUISS BUSINESS SCHOOL, CORPORATE EDUCATION PROGRAMS

CREDITO

PAGINA 9

Cassa depositi, Fondo di garanzia, Bei: guida agli strumenti per favorire il credito alle imprese

DI MARCO CERRITELLI

PAGINA 24

Primi spiragli dopo il credit crunch: come attirare il capitale al minor costo possibile

DI ROBERTO FRATICELLI

PAGINA 30

Finanziamenti alternativi alle banche: i «mini-bond», requisiti e chance per le Pmi edilizie

DI LAURA MARTINIELLO E RICCARDO TISCINI

LAVORI PUBBLICI

PAGINA 36

Per fronteggiare la concorrenza la via della concentrazione: meno gare, ma più remunerative

DI ROBERTO FRATICELLI

PAGINA 40

Il certificato Soa non basta: qualche «dritta» per puntare ai piccoli appalti assegnati dal Rup

DI MASSIMO RICCHI

PROJECT FINANCING

PAGINA 45

Partenariato pubblico-privato, così le imprese possono proporre progetti ai Comuni «un po' pigri»

DI CLAUDIO GUCCIONE E MARIA FERRANTE

PAGINA 59

Le norme del codice appalti sul partenariato pubblico-privato: oggetto, procedure, obblighi

PAGINA 73

Extracosti e modifiche, rinegoziare la concessione si può: ecco in quali casi e con quali paletti

DI MASSIMO RICCHI

FISCO

PAGINA 79

L'appartenenza a un gruppo societario permette di ottimizzare la pressione fiscale

DI CHRISTIAN LAMONACA

SOMMARIO



PAGINA 81

Gestione dinamica della tesoreria: suggerimenti operativi e strategie fiscali

DI NICOLA PAGLIETTI

PAGINA 86

Con la «participation exemption» fiscalità vantaggiosa per l'impresa che vuole dismettere partecipazioni

DI CHRISTIAN LAMONACA

ECONOMIA AZIENDALE

PAGINA 91

Saper leggere un mercato «nuovo», individuare i propri punti di forza, elaborare un'«idea imprenditoriale»

DI GIOVANNI CIAFRÈ

PAGINA 96

Settore immobiliare, valorizzare il rapporto con il cliente e personalizzare prodotti e offerte

DI GIAN LUCA GREGORI, SILVIO CARDINALI, MARIA CARLA ALUNNO

PAGINA 100

Leadership, competitività, outsourcing, team e rinnovamento: agire sulla «squadra» in 5 mosse

DI CARLO PELLICCIARI E GIANCARLO MARCHETTI

PROGETTISTI

PAGINA 103

Incertezza «fisco» sulla strada delle società tra professionisti: per le Entrate è reddito d'impresa

DI CHRISTIAN LAMONACA

INNOVAZIONE

PAGINA 106

Dall'edificio «a energia zero» alle città «intelligenti»: guida alle opportunità sostenibili

DI DANIELE SANTUCCI

ESTERO

PAGINA 111

La sfida dei mercati esteri: specializzazione, analisi dei Paesi, partnership locali, rete di aiuti

DI GERARDO BIANCOFIORE

Il Dossier è stato elaborato in collaborazione con



Tutti gli autori (ad eccezione di Gerardo Biancofiore) sono docenti dell'Executive master in management delle imprese di costruzione (Emic).



Partenariato pubblico-privato, così le imprese possono proporre progetti ai Comuni «un po' pigri»

È importante non limitarsi a partecipare alle gare di Ppp, ma assumere anche un ruolo attivo, specie con i Comuni, proponendo operazioni fuori dalla programmazione pubblica o sulle quali la Pa non attiva i bandi di gara. Procedure e suggerimenti per Pf di lavori, Pf di servizi e leasing.

DI CLAUDIO GUCCIONE(*) E MARIA FERRANTE(**)



Negli ultimi anni, al fine di favorire la realizzazione delle infrastrutture e di superare la situazione di stallo venutasi a creare a causa della sempre maggiore difficoltà per le amministrazioni, strette nella stringente morsa del patto di stabilità, di reperire le risorse necessarie, il legislatore ha previsto gradualmente sempre maggiori possi-

bilità di coinvolgimento dei privati nella realizzazione e gestione di opere pubbliche.

Difatti, accanto al project financing (art. 153 del Dlgs 163/2006), sono stati disciplinati il leasing in costruendo (art. 160-bis: «locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità») e il contratto di disponibilità (art. 160-ter). Ulteriormente, per la gestio-

[*] Fondatore P&I-Studio Legale Guccione e associati, Referente scientifico e docente Emic – Luiss.

[**] Avvocato senior associate del mio studio (P&I-Studio Legale Guccione e Associati)



ne di servizi e infrastrutture, è stato introdotto il project financing di servizi (art. 278 del Dpr 207/2010).

Nel contesto di crisi in cui versiamo è, dunque, importante non limitarsi a partecipare alle gare che vengono bandite, ma assumere un ruolo attivo, impegnandosi nella ideazione di operazioni di partenariato pubblico-privato (Ppp) da proporre poi alle amministrazioni. E allora occorre porre al nostro vaglio, nel contesto della totalità dei contratti di Ppp, quelli che prevedono l'iniziativa, in sostanza il potere di proposta, in capo ai privati. Lo stimolo ad attivarsi è di palmare evidenza: il proponente, qualora la sua proposta sia valutata di pubblico interesse dell'amministrazione, godrà del diritto di prelazione, ovvero il diritto a vedersi affidato il contratto accettando di adeguare la sua offerta alle condizioni proposte da un eventuale migliore offerente.

1. I CONTRATTI DI PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

Prima di entrare nel merito delle singole fattispecie, è opportuno precisare quali sono i presupposti per la configurazione di un partenariato pubblico-privato e qual è la differenza tra un appalto e una concessione.

In primis, ai sensi dell'art. 3, comma 15-ter, del Dlg 163/2006 (Codice dei contratti pubblici), i contratti di Ppp sono «contratti aventi per oggetto una o più prestazioni, quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti». È imprescindibile, a tal proposito, che venga rispettata l'allocazione dei rischi prescritta dalla **decisione Eurostat 11.02.2004** e dalla **nuova edizione del Manuale del Sec 95 pubblicata il 27.03.2013**, con cui sono state fornite alcune indicazioni sul trattamento contabile delle operazioni di partenariato pubblico-privato nel bilancio pubblico: comprendere e conoscere i principi ispiratori di tale normativa è fondamentale per impostare correttamente una proposta in modo che possa rivestire pubblico interesse per l'amministrazione.

La citata decisione Eurostat prevede che vi debba essere un effettivo trasferimento del rischio a carico dell'affidatario: ciò avviene solamente quando a questi è trasferito il rischio di costruzione e, alternativamente, il rischio di disponibilità o il rischio di domanda; rischi il cui contenuto è sintetizzabile come segue:

- a) il rischio di costruzione attiene agli eventi relativi alla fase di progettazione e costruzione;
- b) il rischio di disponibilità riguarda la capacità

FINANZA DI PROGETTO

Riparte l'Unità tecnica

Dopo lo stop totale del periodo gennaio-novembre 2013 e qualche mese di "rodaggio" della nuova struttura (quasi completamente rinnovata nei componenti), è ripartita l'attività dell'**Unità tecnica finanza di progetto della Presidenza del Consiglio**: consulenza e assistenza tecnica alle amministrazioni pubbliche, newsletter mensile sul Ppp (novità normative e notizie) e la pubblicazione, dal 22 maggio, della nuova guida al project financing («Utfp: 100 domande e & risposte», scaricabile da www.utfp.it).

Per attivare la consulenza le amministrazioni devono inviare una richiesta all'indirizzo dipe.cipe@pec.governo.it, firmata dai soggetti dotati di rappresentanza esterna (ad esempio: presidente della Giunta, sindaco, assessore competente, direttore generale o segretario generale ove previsti nel caso di altri enti). Fatta questa richiesta, si può interloquire con l'Unità tecnica.

Il supporto dei tecnici di Palazzo Chigi è gratuito, e può essere utilizzato a partire dalla fase iniziale della programmazione dell'iniziativa, per capire se il partenariato pubblico-privato (e in quale forma) può essere la soluzione più adeguata per realizzare una certa opera; ma anche nella fase di valutazione delle proposte dei promotori, nella fase di gara (per predisporre bandi e documenti a base di gara, per valutare le offerte), e anche nella fase di esecuzione del contratto (per risolvere eventuali criticità). **E.T**

di erogare il servizio nella misura e secondo gli standard concordati: il trasferimento di tale rischio al concessionario implica che i contributi pubblici non avvengano automaticamente, ma siano correlati al grado di effettiva disponibilità di servizi fornito dal privato, al loro volume e a determinati standards di qualità;

c) il rischio di domanda fa, infine, riferimento alla variabilità della domanda indipendentemente dalla qualità del servizio prestato: a questo riguardo, la decisione Eurostat richiede che vi ricadano tutte le ipotesi comunemente riferibili al c.d. "rischio economico" (*i.e.* alternative più convenienti per gli utenti, nuove tendenze di mercato, ciclo di business, ecc.), per cui è necessario che i pagamenti corrisposti al privato seguano il livello effettivo di domanda espressa dall'utenza finale e non siano garantite forme di contribuzione per prestazioni non erogate.

Per una più dettagliata illustrazione dei sopra indicati elementi, può farsi riferimento al **parere**



della Corte dei conti, sez. controllo Lombardia, del 23 ottobre 2012 n. 439, la quale ha precisato che:

a) il rischio costruzione interessa gli «eventi connessi alla fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura quali, ad esempio, ritardata consegna, mancato rispetto di standard predeterminati, costi aggiuntivi di importo rilevante, deficienze tecniche, esternalità negative, compreso il rischio ambientale. L'assunzione del rischio da parte del privato implica che non siano ammessi pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite per la costruzione dell'opera. L'eventualità che il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito nel contratto indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa, comporta, invece, l'assunzione del rischio costruzione da parte del soggetto pubblico»;

b) «il rischio disponibilità attiene alla fase operativa ed è connesso a una scadente o insufficiente gestione dell'opera pubblica, a seguito della quale la quantità e/o la qualità del servizio reso risultano inferiori ai livelli previsti nell'accordo contrattuale. Tale rischio si può ritenere in capo al privato se i pagamenti pubblici sono correlati all'effettivo ottenimento del servizio reso – così come pattuito nel disposto contrattuale – e il soggetto pubblico ha il diritto di ridurre i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione (sia per quanto riguarda la disponibilità dell'infrastruttura, sia per quanto riguarda i servizi erogati) non vengano raggiunti. La previsione di pagamenti costanti, indipendentemente dal volume e dalla qualità di servizi erogati, implica, viceversa, una assunzione del rischio disponibilità da parte del soggetto pubblico»;

c) il rischio domanda, invece, «è connesso alla variabilità della domanda non dipendente dalla qualità del servizio prestato; ci si riferisce a quello che può definirsi normale rischio economico assunto da un'azienda in un'economia di mercato». Il rischio *de quo* «si considera assunto dal soggetto privato nel caso in cui i pagamenti pubblici sono correlati all'effettiva quantità domandata per quel servizio dall'utenza. Il rischio di domanda, viceversa, si considera allocato al soggetto pubblico nel caso di pagamenti garantiti anche per prestazioni non erogate. In altre parole si presume che il soggetto pubblico assuma il rischio domanda laddove sia obbligato ad assicurare un determinato livello di pagamenti al partner privato indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espressa dall'utente finale, rendendo così irrilevanti le fluttuazioni del livello di domanda rispetto alla redditività dell'operazione per il privato».

Nei casi in cui l'analisi dell'allocatione dei rischi, così come sopra definiti, non sia dirimente,

Eurostat consiglia di prendere in considerazione anche ulteriori criteri per classificare gli assets, quali: la concessione di finanziamenti pubblici, compresi quelli "in natura"; l'eventuale esistenza di garanzie fornite dalla pubblica amministrazione sul finanziamento; l'esistenza di clausole relative alla rescissione del contratto di Ppp che prevedano il pagamento di un indennizzo da parte dell'amministrazione; l'allocatione finale degli assets alla luce delle clausole di fine contratto (c.d. *termination clauses*) (si veda, in proposito, Corte dei conti, sez. contr. Puglia, del. n. 66/Par/2012 del 31 maggio 2012). In particolare:

a) con riferimento al finanziamento pubblico, vanno prese in considerazione tutte le forme di contribuzione pubblica (partecipazione al capitale sociale, conferimento di capitale di debito o contributi diretti in conto capitale). Eurostat ha, altresì, aggiunto che a prescindere dalla forma di contribuzione pubblica prescelta se il costo dell'investimento è prevalentemente coperto dall'amministrazione ciò significa che la maggior parte dei rischi grava sul settore pubblico (inoltre, in presenza di un incremento del livello di finanziamento pubblico in corso d'opera, non è escluso che non si debba procedere a una riclassificazione on balance dell'asset);

b) in relazione al rilascio di garanzie pubbliche, se queste assicurano una integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato, il nuovo Sec 95 precisa che il loro rilascio può comportare l'iscrizione o la riclassificazione dell'asset on balance. Anche in questo caso vale il criterio della prevalenza, ovvero, se le garanzie coprono più del 50 per cento del costo dell'opera, essa andrà contabilizzata on balance. Eurostat precisa, però, che ai fini di una corretta valutazione dell'allocatione dei rischi, la presenza di garanzie pubbliche e la prevalenza del contributo pubblico (in tutte le sue forme) dovranno essere valutate congiuntamente;

c) con riferimento alla presenza di "clausole fine contratto" nel regolamento negoziale, poi, la scelta di contabilizzazione on balance dell'infrastruttura sarà necessariamente condizionata dai seguenti fattori: 1) la pattuizione di un prezzo fisso che l'amministrazione dovrà pagare alla scadenza del contratto e che non rispecchia il valore di mercato dell'asset; 2) la previsione di un prezzo di riscatto più alto del valore economico atteso; 3) la previsione di un prezzo più basso del valore economico atteso perché l'amministrazione ha già pagato in precedenza per l'acquisizione dell'asset.

Deve, infine, aggiungersi che la nuova direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione ha specificato che all'affidatario deve essere trasferito un rischio operativo di natura economica, che comporta la



possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. Ciò può avvenire anche quando il contratto è contraddistinto da una remunerazione a completo carico dell'amministrazione, purché il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura. Più nello specifico, la direttiva espressamente prevede che il rischio operativo deve derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti e deve essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono provenire da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da rischi su entrambi i lati.

Ciò detto in relazione ai contratti di Ppp, è importante delineare i tratti distintivi tra appalti e concessioni: ciò che, in particolare, distingue l'appalto dalla concessione è la modalità di remunerazione della prestazione. Infatti, mentre nell'appalto l'affidatario viene remunerato mediante corresponsione di un prezzo, nella concessione il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o il servizio o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

2. LE TIPOLOGIE DI PPP IN CUI È AMMESSA L'INIZIATIVA DEL PRIVATO

La legge ammette l'iniziativa del privato solo in relazione a tre tipologie contrattuali:

- la concessione di opere pubbliche, da realizzarsi mediante finanza di progetto;
- la concessione di servizi, anch'essa da affidarsi con finanza di progetto;
- il leasing di opere pubbliche.

Non essendo espressamente previsto dalla legge, in nessun altro caso è possibile presentare proposte all'amministrazione.

A tal proposito, si rileva che la sopra illustrata distinzione tra appalto e concessione è fondamentale al fine di individuare il corretto strumento da utilizzare nel caso si voglia presentare una proposta, in quanto:

- se la prestazione si concreta in un appalto di lavori (di sola esecuzione o di progettazione esecutiva ed esecuzione), non potrà che essere utilizzato l'istituto del leasing in costruendo;
- se la prestazione costituisce, invece, una concessione di lavori (progettazione, esecuzione e gestione) o di servizi, si dovrà optare per il project financing di lavori o di servizi.

Di seguito, quindi, si esamineranno le modalità di esercizio dell'iniziativa privata in relazione a ogni

UNITÀ TECNICA

Lo studio di fattibilità

Lo studio di fattibilità, che costituisce l'elemento essenziale e imprescindibile per l'inserimento di un'opera nel programma triennale, è il documento che individua i lavori strumentali al soddisfacimento di un determinato bisogno dell'amministrazione pubblica, indicando le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie dell'intervento strumentali a tale soddisfacimento (art. 128 del codice). Esso contiene l'analisi dello stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, nonché nelle componenti di sostenibilità ambientale, socio-economica, amministrativa e tecnica. Il contenuto di dettaglio dello studio di fattibilità è prescritto dall'art. 14 del Regolamento.

L'art. 153 del codice, peraltro, precisa che lo studio di fattibilità da porre a base di gara (commi 1 e ss.) è redatto dal personale delle amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzione delle diverse professionalità coinvolte nell'approccio multidisciplinare proprio dello studio di fattibilità. In caso di carenza in organico di personale idoneamente qualificato, le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione dello studio di fattibilità a soggetti esterni, individuati con le procedure previste dal codice. Gli oneri connessi all'affidamento di tale attività a soggetti esterni possono essere ricompresi nel quadro economico del progetto.

Fonte: «100 domande e 100 risposte» (Utpf - Palazzo Chigi)

singolo contratto.

3. IL PROJECT FINANCING DI OPERE PUBBLICHE

Nell'ipotesi in cui la prestazione che si vuole proporre concreti una concessione di lavori pubblici, la relativa disciplina si trova nell'art. 153 del Codice dei contratti pubblici. In relazione alla concessione di lavori pubblici, deve considerarsi che la disposizione richiamata disciplina due ipotesi di iniziativa privata, le quali saranno illustrate separatamente:

- a) la proposta relativa ad opere non inserite nella programmazione (art. 153, comma 19);
- b) la proposta relativa ad opere inserite nella programmazione nel caso di inerzia dell'Amministrazione all'emanazione del bando di gara (art. 153, comma 16).

3.1. L'iniziativa privata per le opere non inserite nella programmazione

Ai sensi dell'art. 153, comma 19, del codice, i



privati possono presentare all'amministrazione proposte riguardanti anche opere non inserite nella programmazione. Trattasi dello strumento di gran lunga a oggi più utilizzato tra quelli a iniziativa privata.

3.1.1. Il contenuto della proposta

La proposta, come specificato dalla norma, deve contenere:

- un progetto preliminare dell'opera;
- una bozza di convenzione;
- il piano economico-finanziario asseverato,

comprendente l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile;

- la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto preliminare deve, inoltre, definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste nei decreti del ministero delle Infrastrutture e dei trasporti 5 giugno 2009, nn. 10/09, 11/09 e 12/09, e successive modificazioni.

La proposta deve, inoltre, essere corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale prescritti per il promotore nonché dalla cauzione provvisoria di cui all'articolo 75 del codice e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura del 2,5% del valore dell'investimento risultante dallo studio di fattibilità nel caso di indizione di gara.

Benché l'art. 153, comma 19, si limiti a richiedere i suddetti documenti, al fine di consentire all'amministrazione un'efficiente disamina della proposta presentata e di darle strumenti sufficienti a valutare l'interesse pubblico della stessa, è **consigliabile che il proponente presenti anche uno studio di fattibilità**: questo, infatti, contenendo il Public Sector Comparator, è l'unico strumento previsto dalla normativa teso a illustrare le ragioni per cui l'affidamento dell'opera mediante concessione è più vantaggioso per l'amministrazione rispetto all'affidamento con appalto. Ed è proprio per questo che l'amministrazione avrà maggiori difficoltà a bocciare una proposta comprensiva anche dello studio di fattibilità.

Il contenuto dello studio di fattibilità è disciplinato dall'art. 14 del Regolamento, secondo cui tale documento si compone di una relazione illustrativa contenente:

UNITÀ TECNICA

Public sector comparator

Il Public Sector Comparator (Psc) – letteralmente “termine di confronto del settore pubblico” – è una delle metodologie utilizzabili dalle amministrazioni pubbliche per valutare la convenienza del ricorso al partenariato pubblico privato (quantificare il VfM) attraverso la comparazione monetaria tra l'ipotesi di realizzazione e gestione del progetto in forma diretta e quella di realizzazione tramite forme di Ppp.

Il Psc è composto da tre elementi principali:

- il costo base dell'infrastruttura per tutto il ciclo di vita del progetto (whole-of-life cost)
 - o Psc base;
- la quantificazione in termini monetari del rischio non trasferibile;
- la quantificazione in termini monetari del rischio trasferibile.

Risulta subito evidente l'importanza di un'analisi approfondita di tutti i rischi connessi alla costruzione e alla gestione di un'infrastruttura; infatti, solo un corretto apprezzamento di tali rischi, che possono modificare anche in modo sostanziale il costo base inizialmente ipotizzato, consente di stimare con precisione il Psc.

Il Psc è un modello espresso in termini di valore attuale netto e usa pertanto la metodologia dell'analisi dei flussi di cassa scontati tenendo in considerazione tutti i costi e i rischi che si incontrano in un procedimento di appalto pubblico.

Il principale limite della metodologia del Psc nella valutazione dell'opportunità di ricorso al Ppp è rappresentato dal fatto che tale metodologia si basa su previsioni e stime spesso soggettive che, se non adeguatamente supportate da dati e informazioni storiche, potrebbero non essere totalmente affidabili.

Inoltre, la componente legata alla quantificazione del rischio e al suo livello di trasferimento ai privati, per quanto attenta e rigorosa, è necessariamente arbitraria e soggettiva, soprattutto nel lungo periodo.

L'esperienza e la competenza degli operatori e l'utilizzo di tecniche statistiche possono portare sicuramente ad affinare la tecnica e limitare le imprecisioni, ma difficilmente permetteranno di depurare lo strumento del Psc dalla sua insita componente arbitraria.

Fonte: «100 domande e 100 risposte» (Ufp - Palazzo Chigi)

a) le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali, economico-finanziarie dei lavori da realizzare; nella fattispecie che qui ci occupa, chiaramente, si deve far riferimento alle caratteristiche del servizio;



b) l'analisi delle possibili alternative rispetto alla soluzione realizzativa individuata: in questa sezione è necessario approfondire tutte le alternative ipotizzabili di realizzazione e gestione dell'opera. Sul punto, si ricorda che la valutazione da parte delle stazioni appaltanti avviene con il metodo denominato Public Sector Comparator, per cui a questo dovrà farsi riferimento nella predisposizione della proposta. Questa parte della proposta è di fondamentale importanza e dovrà essere finalizzata a convincere le amministrazioni riceventi che la soluzione della concessione è di gran lunga più vantaggiosa rispetto all'appalto o ad altri strumenti;

c) la verifica della possibilità di realizzazione mediante i contratti di partenariato pubblico-privato;

d) l'analisi dello stato di fatto, nelle sue eventuali componenti architettoniche, geologiche, socio-economiche, amministrative;

e) la descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce, con particolare riferimento alla verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento, nonché l'individuazione delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale e i valori culturali e paesaggistici.

La seconda parte della disposizione in esame, elenca nel dettaglio gli elaborati che formano lo studio di fattibilità nel caso di dialogo competitivo e project financing:

a) relazione illustrativa generale contenente:

1. l'inquadramento territoriale e socio-economico dell'area oggetto dell'intervento:

1.1. corografia, stralcio del piano regolatore generale comunale, verifica della compatibilità con gli strumenti urbanistici;

1.2. analisi dell'impatto socio-economico con riferimento al contesto produttivo e commerciale esistenti;

2. l'analisi della domanda e dell'offerta attuale e di previsione con riferimento:

2.1. al bacino d'utenza;

2.2. alla stima dei bisogni dell'utenza mediante utilizzo di parametri fisici riferiti alla specifica tipologia dell'intervento, quali i flussi di traffico e il numero di accessi;

2.3. all'individuazione, in termini quantitativi e di gradimento, dell'offerta attuale e di quella prevista nei medesimi settori dell'intervento;

3. l'analisi delle alternative progettuali:

3.1. individuazione delle alternative progettuali dal punto di vista delle scelte tecnologiche, organizzative e finanziarie;

3.2. matrice delle alternative progettuali;

4. lo studio dell'impatto ambientale riferito alla soluzione progettuale individuata e alle possibili soluzioni alternative:

4.1. analisi sommaria degli aspetti geologici, geotecnici, idraulici, idrogeologici, desunti dalle cartografie disponibili o da interventi già realizzati ricadenti nella zona;

4.2. verifica dei vincoli ambientali, storici, archeologici, paesaggistici interferenti sulle aree o sugli immobili interessati dall'intervento;

b) relazione tecnica contenente:

1. le caratteristiche funzionali e tecniche dei lavori da realizzare;

2. descrizione, ai fini della valutazione preventiva della sostenibilità ambientale e della compatibilità paesaggistica dell'intervento, dei requisiti dell'opera da progettare, delle caratteristiche e dei collegamenti con il contesto nel quale l'intervento si inserisce nonché delle misure idonee a salvaguardare la tutela ambientale i valori culturali e paesaggistici;

3. analisi sommaria delle tecniche costruttive e indicazione delle norme tecniche da applicare;

4. cronoprogramma;

5. stima sommaria dell'intervento secondo le modalità di cui all'articolo 22, comma 1, con l'individuazione delle categorie di cui all'allegato A e dei relativi importi, determinati mediante l'applicazione delle quote di incidenza delle corrispondenti lavorazioni rispetto al costo complessivo;

c) elaborati progettuali stabiliti dal responsabile del procedimento tra quelli previsti dall'articolo 21;

d) elaborato tecnico-economico contenente:

1. la verifica della possibilità di realizzazione mediante concessione rispetto all'appalto;

2. analisi della fattibilità finanziaria (costi e ricavi) con riferimento alla fase di costruzione e, nel caso di concessione, alla fase di gestione;

3. analisi della fattibilità economica e sociale (analisi costi-benefici);

4. schema di sistema tariffario, nel caso di concessione;

5. elementi essenziali dello schema di contratto.

Dunque, un'integrazione della proposta con uno studio di fattibilità, seppur minimale considerato che non è prescritto dalla legge, può essere fondamentale ai fini della dichiarazione di pubblico interesse da parte dell'amministrazione.

Infine, per quanto riguarda il contenuto della proposta, ai fini della redazione dello **schema di convenzione** deve farsi riferimento a quanto previsto dall'art. 115 del Dpr 207/2010, secondo cui questo deve indicare:

(i) le condizioni relative all'elaborazione da parte del concessionario del progetto dei lavori da



realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;

(ii) l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto;

(iii) i poteri riservati all'amministrazione aggiudicatrice, ivi compresi i criteri per la vigilanza sui lavori da parte del responsabile del procedimento;

(iv) la specificazione della quota annuale di ammortamento degli investimenti;

(v) l'eventuale limite minimo dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi secondo quanto previsto nel bando o indicato in sede di offerta;

(vi) le procedure di collaudo;

(vii) le modalità ed i termini per la manutenzione e per la gestione dell'opera realizzata, nonché i poteri di controllo del concedente sulla gestione stessa;

(viii) le penali per le inadempienze del concessionario, nonché le ipotesi di decadenza della concessione e la procedura della relativa dichiarazione;

(ix) le modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo, anche secondo quanto previsto dall'articolo 143, comma 5, del codice;

(x) i criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa che il concessionario potrà riscuotere dall'utenza per i servizi prestati;

(xi) l'obbligo per il concessionario di acquisire tutte le approvazioni necessarie oltre quelle già ottenute in sede di approvazione del progetto;

(xii) le modalità ed i termini di adempimento da parte del concessionario degli eventuali oneri di concessione, comprendenti la corresponsione di canoni o prestazioni di natura diversa;

(xiii) le garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione;

(xiv) le modalità, i termini e gli eventuali oneri relativi alla consegna del lavoro all'amministrazione aggiudicatrice al termine della concessione;

(xv) nel caso di cui all'articolo 143, comma 5, del codice, le modalità dell'eventuale immissione in possesso dell'immobile anteriormente al collau-

do dell'opera;

(xvi) il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione temporale per tutto l'arco temporale prescelto;

(xvii) corrispettivo per il valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

Con specifico riguardo allo schema di convenzione è, inoltre, opportuno ribadire che lo stesso deve essere formulato in maniera tale da concretare un effettivo trasferimento di almeno due dei tre rischi principali del contratto (disponibilità, domanda, esecuzione) al concessionario mediante apposite e puntuali clausole, coerentemente ai noti parametri Eurostat, in quanto tale condizione è imprescindibile per qualificare l'operazione di finanza di progetto come off-balance, soprattutto nel caso in cui la remunerazione sia in tutto o in parte corrisposta dall'amministrazione.

3.1.2. I requisiti del soggetto proponente

Per quanto concerne i requisiti del soggetto proponente, il comma 21 dell'art. 153 del codice prevede che possono presentare le proposte i soggetti in possesso dei requisiti del concessionario (stabiliti dall'art. 95 del Regolamento)^[1], nonché i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli articoli 34 e 90, comma 2, lettera b), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. Inoltre, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono aggregarsi alla presentazione di proposte, ferma restando la loro autonomia decisionale.

I requisiti specifici sono, poi, stabiliti dal Regolamento, il cui art. 96 (Requisiti del proponente) prevede che «1. Possono presentare le proposte di cui all'articolo 153, commi 19 e 20, del codice, oltre ai soggetti elencati negli articoli 34 e 90, comma 2, lettera b), del codice, i soggetti che

[1] a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al dieci per cento dell'investimento previsto per l'intervento;

b) capitale sociale non inferiore a un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento, requisito dimostrabile anche attraverso il patrimonio netto;

c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al cinque per cento dell'investimento previsto per l'intervento;

d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il due per cento dell'investimento previsto dall'intervento.

Nel caso di gara indetta dall'amministrazione, il Regolamento prevede che, in alternativa ai requisiti previsti dal comma 1, lettere c) e d), il concessionario può incrementare i requisiti previsti dal medesimo comma, lettere a) e b), nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra 1,5 volte e tre volte: nel caso di specie, non essendoci un bando che predetermina tale facoltà ma essendo il privato a prendere l'iniziativa, deve ritenersi che il soggetto proponente, per avvalersi della possibilità in parola concessa dal Regolamento, dovrebbe aumentare i requisiti di fatturato e capitale nella misura massima prevista dalla norma del triplo.



svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura e importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

2. Possono presentare proposte anche soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma 1».

3.1.3. La procedura per l'affidamento della concessione

Una volta ricevuta la proposta, l'amministrazione deve valutarne, entro tre mesi, il pubblico interesse. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse. Il progetto preliminare, eventualmente modificato, è inserito nella programmazione triennale ovvero negli altri strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione.

Il proponente è, altresì, tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato.

Successivamente, sempre ai sensi dell'art. 153, comma 19, del codice, il progetto preliminare approvato è posto a base di gara per l'affidamento di una concessione, alla quale è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore.

Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il promotore, la presentazione di eventuali varianti al progetto e deve essere specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.

I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti prescritti per il concessionario. L'offerta presentata in gara deve contenere:

- una bozza di convenzione;
- il piano economico-finanziario asseverato;
- la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- le eventuali varianti al progetto preliminare.

Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazio-

ne dell'aggiudicazione definitiva, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nel limite del 2,5% del valore dell'investimento risultante dallo studio di fattibilità. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei medesimi limiti.

3.2. L'iniziativa privata in caso di inerzia dell'amministrazione

L'art. 153, comma 16, del codice prevede, inoltre, che in relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale, per il quale l'amministrazione non provveda alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale, i privati possono presentare una proposta; ma è fattispecie del tutto trascurata dal mercato, sol che si pensi che occorrono quasi due anni per pervenire alla mera dichiarazione di pubblico interesse per poi intraprendere la fase volta alla aggiudicazione della concessione.

3.2.1. Il contenuto della proposta

In questa fattispecie la proposta del privato, da presentarsi entro e non oltre quattro mesi dal decorso del predetto termine di sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale, deve contenere:

- un progetto preliminare;
- una bozza di convenzione;
- un piano economico-finanziario asseverato;
- la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;

e deve dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziari nel progetto.

In questo caso non è necessario che la proposta provi la vantaggiosità per l'amministrazione di utilizzare lo strumento della concessione anziché l'appalto, in quanto tale valutazione è già stata effettuata a monte dalla stessa amministrazione prima dell'inserimento dell'opera nell'elenco annuale.

La proposta così predisposta deve essere garantita dalla cauzione provvisoria di cui all'articolo 75 del codice e corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi, nonché dell'impegno a prestare una cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento nel caso di indizione di

[2] Si veda nota 1.



gara per l'affidamento della concessione.

3.2.2. I requisiti del soggetto proponente

Il soggetto che presenta la proposta deve essere in possesso dei requisiti previsti per il concessionario dall'art. 95 del Dpr 207/2010 (Regolamento attuati del codice dei contratti pubblici)^[2].

3.2.3. La procedura per l'affidamento della concessione

Successivamente, la norma in esame prescrive che, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi concessi ai privati per presentare la proposta, l'amministrazione deve provvedere, anche nel caso in cui sia pervenuta una sola proposta, a pubblicare un avviso contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte: le eventuali proposte rielaborate alla luce dei suddetti criteri e le nuove proposte devono essere presentate entro novanta giorni dalla pubblicazione di detto avviso.

Trascorso tale termine, l'amministrazione ha sei mesi per esaminare le proposte pervenute, unitamente a quelle eventualmente già presentate e non rielaborate. In tale termine, l'amministrazione, verificato preliminarmente il possesso dei requisiti, individua la proposta ritenuta di pubblico interesse e successivamente procede in via alternativa a:

a) se il progetto preliminare necessita di modifiche, qualora si tratti di un contratto particolarmente complesso, indire un dialogo competitivo ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta;

b) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, bandire una concessione ai sensi dell'articolo 143, ponendo lo stesso progetto a base di gara e invitando alla gara il promotore;

c) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, procedere come segue:

(i) bandire una nuova procedura selettiva, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa;

(ii) ove non siano state presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest'ultimo;

(iii) ove siano state presentate una o più offerte valutate economicamente più vantaggiose di quella del promotore posta a base di gara, quest'ultimo può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazio-

ne dell'amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del migliore offerente, aggiudicandosi il contratto. In questo caso l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura massima del 2,5% del valore dell'investimento;

(iv) ove il promotore non adegui nel suddetto termine la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo è aggiudicatario del contratto e l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, le spese sostenute sempre nella misura massima del 2,5% del valore dell'investimento.

4. IL PROJECT FINANCING DI SERVIZI

L'istituto del project financing di servizi è di relativa recente introduzione, essendo divenuto operativo solo con l'entrata in vigore del Dpr 207/2010. Tale strumento, ideato per consentire l'iniziativa privata nell'ambito delle concessioni di servizi, è idoneo anche a essere utilizzato dalle imprese per ottenere un nuovo affidamento di una propria concessione di lavori pubblici scaduta (anziché mirare a una non ipotizzabile proroga) o di un'altra concessione di lavori pubblici in scadenza in tutti quei casi in cui la componente "lavori" di realizzazione dell'infrastruttura sia ormai completata o comunque minimale e la parte "gestione" sia prevalente.

A tal proposito, si evidenzia che, per l'utilizzo di tale istituto, deve ricorrere la fattispecie della concessione di servizi e non l'appalto di servizi: vediamo i tratti distintivi.

L'elemento che accomuna la concessione di servizi a quella di lavori pubblici è il trasferimento del rischio di gestione del servizio (Cgue 10.09.2009, causa C-206/08, punti 59 e 77), laddove il tratto distintivo rispetto all'appalto di servizi consiste nel fatto che nella concessione il servizio viene reso in favore della collettività e non dell'amministrazione (cfr., tra le più recenti, Tar Calabria, Reggio Calabria, 31 dicembre 2009, n. 1481), nonché nel fatto che il corrispettivo consiste non in un prezzo pagato dalla pubblica amministrazione ma nel diritto di gestire il servizio e farne propri i ricavi (cfr., *ex multis*, Tar Umbria, 26 febbraio 2010, n. 145).

Recentemente, la Corte di giustizia ha nuovamente ribadito e specificato quali sono gli elementi da valutarsi al fine di verificare se si è in presenza di un appalto o di una concessione. In particolare, con sentenza del 10 marzo 2011 (procedimento C-274/09), la Corte ha tracciato il *discrimen* tra le due fattispecie sulla base di due parametri: le modalità di remunerazione e il rischio legato alla gestio-



ne. Sotto il primo profilo, il giudice comunitario ha chiarito che il modello della concessione differisce da quello dell'appalto, in quanto nel primo la remunerazione non è garantita dall'amministrazione ma deriva dall'esercizio del diritto di gestire il servizio (in alcuni casi accompagnato da un prezzo), mentre nel secondo il corrispettivo della prestazione viene versato dall'amministrazione stessa.

Sotto il secondo profilo, la Corte ha precisato che, ai fini della qualificazione del rapporto come concessione, non rileva il *quantum* del rischio, ma la sola sussistenza di un'alea legata al mercato: è sufficiente, cioè, che il corrispettivo del servizio non sia fissato preventivamente in misura tale da assicurare la piena copertura degli oneri di esercizio. In questi casi, infatti, la remuneratività del servizio è legata a fattori di rischio come la concorrenza da parte di altri operatori, l'eventualità di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, il rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, la possibilità di non conseguire la copertura integrale delle spese di gestione mediante le entrate o ancora il rischio di responsabilità per eventuali danni legati a una carenza del servizio. Dunque, ciò che rileva è che sussista il rischio, seppur ridotto.

Se, applicando tali criteri, si può concludere che la prestazione del servizio costituisce una concessione, il privato può presentare una proposta di project financing all'amministrazione, avente a oggetto, per l'appunto, tale concessione. Anche nel caso dei servizi la proposta del privato può essere presentata sia per servizi contemplati nella programmazione che per servizi a essa estranei, ma, a differenza che nei lavori, il contenuto della proposta e la procedura di affidamento della concessione sono i medesimi in ambedue i casi.

4.1. Il contenuto della proposta

La disciplina sul project financing di servizi è contenuta nell'art. 278 del Regolamento: tale disposizione riprende in parte quanto previsto per il project di lavori, soprattutto con riguardo al contenuto della proposta e alla valutazione della stessa, ma se ne discosta in modo rilevante per la procedura da seguire.

La proposta presentata deve contenere:

- uno studio di fattibilità;
- una bozza di convenzione;
- un piano economico-finanziario, asseverato da una banca;
- una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- l'indicazione degli elementi di cui all'art. 83, comma 1, del codice, ossia i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- l'indicazione delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice.

Per quanto concerne lo studio di fattibilità, questo deve essere redatto sempre in conformità ai criteri dettati dal sopra illustrato art. 14 del Regolamento, ma i contenuti, disciplinati dal Regolamento solo con riferimento ai lavori, devono essere tarati specificamente sui servizi. Conseguentemente, lo studio di fattibilità in questo caso sarà molto più snello e incentrato in particolar modo sulle modalità di gestione e sull'analisi dei vantaggi della concessione rispetto all'appalto, mentre saranno appena accennati gli aspetti progettuali. Lo stesso vale per la bozza di convenzione: non essendoci una disciplina specifica per i servizi, anche in questo caso si dovrà far riferimento a quanto previsto dall'art. 115 del Regolamento per i lavori e adattarne i contenuti alla prestazione di servizi.

Per quanto concerne, poi, i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'art. 83, comma 1, del codice, dopo aver specificato che gli stessi devono essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, annovera, a titolo esemplificativo, i seguenti elementi:

- a) il prezzo;
- b) la qualità;
- c) il pregio tecnico;
- d) le caratteristiche estetiche e funzionali;
- e) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto;
- f) il costo di utilizzazione e manutenzione;
- g) la redditività;
- h) il servizio successivo alla vendita;
- i) l'assistenza tecnica;
- l) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione;
- m) l'impegno in materia di pezzi di ricambio;
- n) la sicurezza di approvvigionamento;
- o) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

4.2. I requisiti del soggetto proponente

Per quanto concerne i requisiti che devono essere posseduti dal soggetto proponente, l'art. 278 del Regolamento nulla prevede a tal proposito. Sul punto, si evidenzia che, solitamente, ai concessionari di servizi non viene richiesto il possesso dei requisiti del concessionario di lavori pubblici di cui all'art. 95 del Regolamento, ma il possesso di specifici requisiti riguardanti l'avvenuto svolgimento di servizi analoghi.

Poiché ai sensi dell'art. 152 le disposizioni in materia di project di lavori si applicano anche al



project financing di servizi in quanto compatibili, si può ragionevolmente concludere che per la presentazione della proposta ai sensi dell'art. 278 del Regolamento sia sufficiente il possesso dei sopra evidenziati requisiti del promotore di cui all'art. 96 del Regolamento stesso.

Successivamente, in base alle previsioni di gara decise dalle amministrazioni, il promotore individuato potrà integrare il possesso dei requisiti associando altri soggetti ovvero mediante avvalimento.

4.3. La procedura per l'affidamento della concessione

Una volta ricevuta la proposta, l'amministrazione ha sei mesi per valutarla, eventualmente comparativamente con altre proposte pervenute, e può adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse: la fattibilità delle proposte è valutata sotto il profilo della funzionalità, della fruibilità del servizio, della accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico del piano e del contenuto della bozza di convenzione, dopo aver preliminarmente verificato l'assenza di elementi ostativi alla realizzazione della proposta.

Nel caso in cui vengano presentate più proposte, l'amministrazione deve procedere a una valutazione comparativa delle stesse, nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del codice, al fine di individuare il promotore.

Una volta dichiarata di pubblico interesse la proposta, ai fini della scelta del concessionario, le amministrazioni aggiudicatrici indicano una gara informale ai sensi dell'art. 30 del codice, cui viene invitato anche il promotore, ponendo a base di gara la proposta presentata dallo stesso: in questa fase, il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente dall'amministrazione, aggiudicandosi così la concessione; può, in altri termini, esercitare il diritto di prelazione.

La gara per l'affidamento della concessione, dunque, dovrà svolgersi secondo le indicazioni di cui all'art. 30 del codice, proprio in ragione del fatto che si tratta di una concessione di servizi, per ciò stesso svincolata dalla rigorosa applicazione del D.lgs. 163/2006 e vincolata al mero rispetto dei principi comunitari. Per la scelta degli operatori economici da invitare alla gara informale è necessario effettuare prima un'indagine di mercato oppure pubblicare un avviso per la presentazione delle manifestazioni di interesse a essere invitati alla gara. Questa, infatti, è l'unica modalità per garantire il rispetto dei principi comunitari in materia.

Sul punto, occorre, nello specifico, fare riferi-

mento a quanto previsto dall'Autorità di vigilanza nella sua determinazione n. 2/2011 sulla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, i cui principi sono applicabili in via analogica anche alla gara informale per l'affidamento delle concessioni di servizi. In tale determinazione, l'Autorità prescrive che la stazione appaltante, allo scopo di individuare gli operatori economici da invitare, debba compiere, in primo luogo, due operazioni connesse fra di loro: a) definire, desumendole dal mercato, le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che gli operatori devono possedere per eseguire la prestazione; b) individuare gli operatori economici in possesso di tali requisiti.

In secondo luogo, è richiesto alla stazione appaltante di selezionare, dal gruppo degli operatori economici individuati come sopra descritto, almeno cinque soggetti da invitare a presentare un'offerta. La procedura delineata, dunque, si articola in due fasi:

a) individuazione dei soggetti da invitare al confronto, mediante informazioni desunte dal mercato (indagine o sondaggio di mercato e selezione degli operatori da invitare a presentare offerta);

b) analisi e valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici invitati (gara informale o ufficiosa).

Le due fasi sono distinte: l'indagine di mercato è preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato, quindi i possibili potenziali offerenti e il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale; la gara informale implica, invece, anche una valutazione comparativa delle offerte, comportando per la stazione appaltante, indipendentemente dalle eventuali regole stabilite in via di autolimitazione, l'obbligo dell'osservanza dei principi di "par condicio" e trasparenza nelle lettere di invito.

I soggetti selezionati, poi, vengono invitati a formulare un'offerta: la relativa lettera di invito deve contenere le informazioni sugli elementi essenziali della prestazione e sul criterio di valutazione dell'offerta. È, quindi, posto in capo alla stazione appaltante l'obbligo di definire, specificamente e preventivamente, i criteri di selezione e i livelli minimi di capacità richiesti, nonché di individuare gli operatori cui inviare la lettera di invito a presentare l'offerta.

All'esito della procedura di gara informale così impostata, quindi, ci sarà l'affidamento della concessione: nell'ipotesi in cui l'offerta migliore non risulti essere quella del promotore, come accennato, questi avrà il diritto di adeguare la propria offerta a quella ritenuta migliore, aggiudicandosi così la concessione. Anche nell'ipotesi di concessione, alla luce del sopra ricordato principio di applicabilità della normativa in materia di lavori in quanto compatibile, si



applicheranno le regole del codice in relazione alle spese per la presentazione della proposta: ove il promotore eserciti il diritto di prelazione, l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura massima prevista dalla legge; ove il promotore non eserciti il predetto diritto, invece, l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, le spese sostenute nella misura massima prevista. L'importo delle spese non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento. Sul punto, si evidenzia che, nel caso delle concessioni di servizi, il valore dell'investimento deve essere individuato nella remuneratività per il concessionario, intesa quale stima dei flussi di cassa attesi in ordine alla gestione dei servizi per tutta la durata della concessione.

5. IL LEASING IN COSTRUIENDO

L'iniziativa del privato, inoltre, è prevista nel caso di costruzione di opere mediante leasing in costruendo o locazione finanziaria. Tale possibilità è prevista dal comma 20 dell'art. 153 del codice, il quale si limita a stabilire che la proposta di cui al comma 19, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 160-bis.

5.1. Le principali caratteristiche del leasing

Prima di entrare nel merito della disamina della proposta, poiché sicuramente tale istituto è molto meno noto della concessione, appare utile illustrare molto sinteticamente tale istituto.

Tale tipologia contrattuale, introdotta nel codice dei contratti pubblici solo con il decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113 (secondo decreto correttivo), appare particolarmente indicata per la realizzazione, acquisizione o completamento di opere non remunerative (c.d. opere fredde), in relazione alle quali non sono configurabili attività gestionali né è ipotizzabile un flusso di cassa.

Il contratto di leasing, secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente, è un contratto atipico, la cui disciplina si pone in una posizione intermedia tra la locazione e la vendita rateale.

Essenzialmente il contratto si estrinseca nella locazione di beni mobili o immobili, acquistati o fatti realizzare dal locatore, su scelta o indicazione del conduttore che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per il conduttore di divenire proprietario dei beni locati, al termine della locazione, dietro versamento di un corrispettivo predeterminato.

Tale contratto, come intuibile dal suo contenuto, ha una struttura plurilaterale che vede coinvolti tre soggetti, ossia:

- l'utilizzatore del bene, che può eventualmente riscattarlo al termine della locazione (nel caso del leasing pubblico è l'amministrazione committente);
- la società di leasing, che acquista il bene e ne mantiene la proprietà sino all'eventuale riscatto;
- il fornitore o costruttore del bene.

È opportuno richiamare l'attenzione sulla circostanza che, in relazione alla riconosciuta natura giuridica di appalto pubblico di lavori, il leasing può declinarsi, in conformità all'art. 53 del codice dei contratti pubblici, per la sola esecuzione di opere, ma anche per la progettazione esecutiva e l'esecuzione delle stesse.

Di tale qualificazione come appalto di lavori deve, in particolare tenersi conto, ai fini della determinazione dei requisiti per la partecipazione alla gara e dell'individuazione delle specifiche norme applicabili, soprattutto con riferimento alle disposizioni regolamentari.

Sulla disciplina specifica di tale contratto è intervenuta l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con determinazione n. 4 del 22.05.2013, con la quale, in estrema sintesi, ha statuito che:

a) l'istituto del leasing in costruendo si configura come complessiva prestazione di risultato, non assimilabile a una mera sommatoria di contratto di finanziamento e di contratto d'appalto di lavori pubblici. Tuttavia, a fronte di una causa contrattuale unitaria, è necessario che nel contratto siano puntualmente disciplinate e distinte le obbligazioni, di natura eterogenea, poste a carico di ciascuna parte, soprattutto in considerazione dei connessi profili in tema di responsabilità;

b) per quanto concerne la procedura di gara, attesa la qualificazione normativa come contratto di appalto di lavori con una componente, di regola, accessoria di servizi, possono trovare applicazione tutte le procedure contemplate dal codice per l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, con le relative norme in tema di pubblicità e termini: con specifico riguardo alla strutturazione della gara, conformemente a quanto previsto dal comma 4-ter dell'art. 160-bis, la stazione appaltante deve porre a base di gara un progetto di livello almeno preliminare, mentre spetta all'aggiudicatario provvedere alla predisposizione dei successivi livelli progettuali oltre che all'esecuzione dell'opera. In tal caso, dovendosi applicare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa per espressa previsione di legge, appare necessario che il progetto preliminare contenga tutti gli elementi che, a giudizio dell'amministrazione, sono ritenuti indispensabili e non soggetti a variazione, nonché i requisiti minimi delle varianti di cui all'art. 76 del codice;



c) con riguardo ai soggetti partecipanti alla gara, deve escludersi che il soggetto finanziatore possa partecipare individualmente alla gara, dovendosi ritenere che l'art. 160-bis imponga la contemporanea presenza di due soggetti, realizzatore e finanziatore: in tal caso, per quanto concerne specificamente le caratteristiche del raggruppamento, l'art. 160-bis, comma 3, introduce un regime derogatorio rispetto alla disciplina generale dettata dall'art. 37 del codice, disponendo che finanziatore e costruttore sono «responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta».

5.2. Il contenuto della proposta

Come sopra accennato, con riferimento al contenuto della proposta e alla procedura di gara, la legge si limita a rinviare a quanto previsto per il project financing a iniziativa prevista nel caso di opere non incluse nella programmazione.

Dunque, la proposta dovrebbe contenere:

- un progetto preliminare dell'opera;
- una bozza di convenzione: in tal caso, mutatis mutandis, si dovrebbe far riferimento allo schema dei due contratti di appalto e di locazione finanziaria;

- il piano economico-finanziario asseverato, comprendente l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile: poiché nel caso del leasing il contratto non viene retto da un piano economico - finanziario, deve ritenersi che in questo caso il proponente debba presentare il piano di ammortamento della locazione finanziaria e che non sia in tale ipotesi necessaria l'asseverazione;

- la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione: anche per tale documento, non contemplando il leasing la fase gestoria, si ritiene debba farsi riferimento ad un capitolato prestazionale di massima dell'appalto.

Anche in tale ipotesi, così come si è visto nel project financing ex art. 153, comma 19, è consigliabile presentare uno studio di fattibilità, sebbene tale documento non sia prescritto dalla legge, per le medesime ragioni sopra illustrate, ovverosia perché questo strumento è l'unico che consente di mostrare all'Amministrazione la convenienza sotto tutti i punti di vista del progetto presentato (grazie al Public Sector Comparator ed all'analisi costi benefici) per cui per la stazione appaltante sarà più difficile negare il pubblico interesse della proposta.

La proposta deve, inoltre, essere corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale prescritti per il promotore nonché dalla cauzione provvisoria di cui all'articolo 75 del Codice e dall'impegno a prestare

una cauzione nella misura del 2,5% del valore dell'investimento risultante dallo studio di fattibilità nel caso di indizione di gara.

5.3. I requisiti del soggetto proponente

Poiché tale aspetto non è trattato dalla norma ed il contratto di locazione finanziaria è molto peculiare nei suoi tratti tipici, nel silenzio della legge, sembra doversi ritenere che il soggetto proponente debba possedere i medesimi requisiti richiesti dall'art. 160-bis del Codice per la partecipazione alle gare di leasing in costruendo indette dall'Amministrazione.

Tale disposizione prevede che sono ammessi a partecipare alla gara:

- le associazioni temporanee di imprese costituite dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, ognuno dei quali è responsabile nei confronti della stazione appaltante per la specifica obbligazione assunta. In questo caso la norma prevede che, in caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'esecuzione dell'obbligazione assunta nei confronti della stazione appaltante da parte di uno dei soggetti costituenti il raggruppamento, l'altro può sostituirlo con altro soggetto in possesso dei medesimi requisiti e caratteristiche, previo consenso dell'ente aggiudicatore;

- il solo soggetto finanziatore, autorizzato ex decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), purché dimostri il possesso dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto mediante l'istituto dell'avvalimento;

- un contraente generale, che sia in possesso dei requisiti determinati dal bando o avvalendosi delle capacità di altri soggetti.

5.4. La procedura di gara per l'affidamento del contratto

Per quanto concerne la procedura successiva alla presentazione della proposta, deve ritenersi che la stessa si svolga conformemente a quanto previsto per il project financing di opere pubbliche:

- l'Amministrazione, entro 3 mesi, valuta il pubblico interesse della proposta ed eventualmente la adotta negli strumenti di programmazione;

- una volta approvato il progetto preliminare, anche con eventuali modifiche richieste dall'Amministrazione o in sede di approvazione, viene indetta una gara per l'affidamento dell'appalto;

- alla gara, indetta sulla base del progetto preliminare approvato, il promotore ha il diritto di prelazione, ossia, si ribadisce, il diritto di adeguare la propria offerta ad altra eventualmente risultata migliore. ■



PRESENTAZIONE DI PROPOSTE DI PPP: LE PROCEDURE

SCHEMA SINOTTICO				
sui procedimenti per la presentazione di proposte di Ppp				
	Project financing di lavori - proposta per inerzia dell'Amministrazione (art 153, c. 16, D.lgs 163/06)	Project financing di lavori - opere non inserite nella programmazione (art 153, c. 19, D.lgs. 163/06)	Project financing di servizi (art 278, DPR 207/10)	Leasing in costruendo (art 160-bis, D.lgs. 163/06)
Contratto oggetto dell'affidamento	Concessione di lavori pubblici	Concessione di lavori pubblici	Concessione di servizi	Appalto di lavori
Contenuto della proposta	<ul style="list-style-type: none"> - progetto preliminare; - bozza di convenzione; - PEF asseverato; - specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione; - indicazione del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziari nel progetto; - cauzione provvisoria; - documentazione a comprova del possesso dei requisiti soggettivi; - impegno a prestare cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento 	<ul style="list-style-type: none"> - progetto preliminare dell'opera; - bozza di convenzione; - PEF asseverato; - specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione; - autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale prescritti per il promotore; - cauzione provvisoria; - impegno a prestare una cauzione nella misura del 2,5% del valore dell'investimento risultante dallo studio di fattibilità nel caso di indizione di gara SUGGERITO ANCHE SE NON PRESCRITTO: studio di fattibilità 	<ul style="list-style-type: none"> - studio di fattibilità; - bozza di convenzione; - PEF asseverato; - specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione; - indicazione degli elementi dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; - indicazione delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice 	<ul style="list-style-type: none"> - progetto preliminare dell'opera; - schema dei contratti di appalto e di locazione finanziaria; - piano di ammortamento del leasing; - capitolato prestazionale di massima; - autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di ordine generale e speciale prescritti per il promotore; - cauzione provvisoria; - impegno a prestare una cauzione nella misura del 2,5% del valore dell'investimento risultante dallo studio di fattibilità nel caso di indizione di gara SUGGERITO ANCHE SE NON PRESCRITTO: studio di fattibilità
Requisiti del proponente	Requisiti del concessionario ex art. 95 del Regolamento	Requisiti del concessionario ex art. 95 del Regolamento o requisiti del proponente ex art. 96 del Regolamento	Requisiti del proponente ex art. 96 del Regolamento	Requisiti per partecipare alle gare ex art. 160-bis del Codice
Termine per la presentazione della proposta	4 mesi dal decorso del termine di 6 mesi dall'approvazione dell'elenco annuale	N.P.	N.P.	N.P.
Termine per la valutazione della proposta	<ul style="list-style-type: none"> - entro 60 giorni dalla scadenza del termine assegnato ai privati per la presentazione della proposta pubblicazione di un avviso pubblico per la presentazione di altre proposte; - assegnazione di un termine di 90 giorni per la rielaborazione delle proposte o la presentazione di nuove proposte; - 6 mesi per la valutazione di tutte le proposte pervenute 	3 mesi dalla presentazione della proposta	6 mesi dalla presentazione della proposta	3 mesi dalla presentazione della proposta
Procedura per l'affidamento del contratto	<ul style="list-style-type: none"> a) se il progetto preliminare necessita di modifiche, qualora si tratti di un contratto particolarmente complesso, dialogo competitivo ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta; b) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, concessione ai sensi dell'articolo 143, ponendo lo stesso progetto a base di gara ed invitando alla gara il promotore; c) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore posto a base di gara, nuova procedura selettiva con diritto di prelazione del promotore 	Procedura selettiva, cui è invitato il promotore, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato, con diritto di prelazione del medesimo promotore.	Gara informale ex art. 30 del Codice, ponendo a base di gara la proposta ed invitando il promotore, con diritto di prelazione del promotore stesso	Procedura selettiva, cui è invitato il promotore, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato, con diritto di prelazione del medesimo promotore.