

Contratti di partenariato: largo ai privati

Roberto Proietti, Diritto e Pratica Amministrativa, Il Sole 24 Ore, 1° novembre 2008, n. 11, p.10

Il partenariato pubblico privato (PPP) consente alla pubblica amministrazione, mediante diverse forme di cooperazione tra settore pubblico e settore privato, di affidare a un operatore privato, anche sulla base di uno specifico contratto, l'attuazione di un progetto per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e per la gestione dei relativi servizi.

I progetti realizzabili attraverso forme di PPP possono essere classificati in base a tre principali tipologie:

- 1) progetti dotati di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza;
- 2) progetti in cui il concessionario privato fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione;
- 3) progetti che richiedono una componente di contribuzione pubblica, in relazione ai quali i ricavi da utenza sono insufficienti ma la cui realizzazione genera rilevanti benefici sociali.

Il crescente sviluppo delle iniziative di partenariato pubblico-privato nel settore delle infrastrutture e della gestione dei servizi pubblici locali, ha indotto la Commissione europea a una verifica delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni, al fine di valutare la necessità di un'apposita normativa per la cooperazione tra il pubblico e il privato. È stato così adottato, il 30 aprile 2004, il libro verde sui partenariati pubblico-privati. Tale documento definisce, in generale, i PPP come forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio.

Nel nostro ordinamento la definizione di contratti di partenariato pubblico privato è stata introdotta dall'art. 15-ter del Dlgs n. 152 dell'11 settembre 2008, recante il terzo decreto correttivo del Dlgs n. 163 del 12 aprile 2006 (Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture). Tale disposizione, esemplificativamente inserisce fra i contratti di detto tipo la concessione di lavori e di servizi, la locazione finanziaria, il project financing, e le società miste, ovvero l'affidamento a contraente generale quando il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Il citato articolo 15-ter dispone, inoltre, che alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat. A tal proposito, va segnalato che Eurostat propone (Treatment of public-private partnerships - decisione 11 febbraio 2004) che gli assets legati a forme di PPP non siano classificati come attivo patrimoniale pubblico, e, pertanto, siano registrati fuori bilancio delle amministrazioni pubbliche (off balance), qualora vengano rispettate le seguenti due condizioni: 1) il partner privato si assume il rischio di costruzione; 2) il partner privato si assume almeno uno tra i rischi di disponibilità (legato alla capacità del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità) e di domanda (legato alla variabilità della domanda che non dipende dalla qualità del servizio, ma da altri fattori: presenza di alternative più convenienti, il ciclo di business, nuove tendenze del mercato).

Ciò posto, tralasciando il project financing, - già trattato nella prima parte dello Speciale terzo correttivo pubblicato nel n. 10 di questa Rivista -, vanno esaminate le principali forme di PPP presenti nel nostro ordinamento, alla luce delle modifiche introdotte dal Dlgs n. 152/2008.

La concessione di lavori

Relativamente alla concessione di lavori (art. 3 comma 11, Dlgs 163/2006), l'articolo 143, comma 2, del codice dispone che qualora l'amministrazione concedente abbia già a disposizione la progettazione definitiva o esecutiva, la prestazione oggetto della concessione, con riferimento all'attività progettuale, è limitata alla revisione della progettazione, alla sua integrazione e al suo completamento da parte del concessionario. I commi 3 e 4 del medesimo articolo 143, dispongono che la controprestazione in favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente l'opera e di sfruttarla economicamente e che solo ove necessario, l'amministrazione concedente assicura al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione dell'opera in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo stabilito in sede di gara.

Il concessionario, in possesso della necessaria disponibilità finanziaria, si rivale delle somme spese, traendone anche un vantaggio economico, mediante i proventi della gestione del servizio, cui l'opera è strumentale. La durata della gestione, pertanto, è di regola fissata in 30 anni e cioè per un lasso di tempo tale da consentire la reintegrazione delle spese e il conseguimento di un utile. Invero il successivo comma 8 dell'articolo in esame prevede che l'amministrazione aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire una durata anche superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo a carico della concedente sull'importo totale dei lavori e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato.

Inoltre, ai soggetti concedenti viene riconosciuta la facoltà di cedere, a titolo di prezzo, in proprietà o diritto di godimento, beni immobili nella propria disponibilità, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma triennale.

Sempre l'art. 143, comma 8, stabilisce che le variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti di carattere economico richiamati in contratto o alle condizioni di base, nonché l'introduzione di eventuali norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano finanziario, comportano la necessaria revisione dell'equilibrio medesimo da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni. In mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto. Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino favorevoli al concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a vantaggio del concedente.

Il comma 7, sancisce, infine, che il contratto deve contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e deve prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, mentre il comma 10 dispone la possibilità per le stazioni appaltanti di affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.

La procedura per l'affidamento della concessione e la disciplina degli obblighi e delle facoltà del concessionario sono invece disciplinati dagli artt. 144-147 del Codice, mentre le procedure di affidamento del concessionario a terzi sono previste dagli artt. 148-151 del Codice.

L'art. 173 del Codice stabilisce, invece, che le infrastrutture strategiche possono affidarsi solo mediante concessione o affidamento unitario a contraente generale.

Il successivo articolo 174 disciplina la concessione relativa alle infrastrutture strategiche rinviando sostanzialmente agli artt. 143 e ss.

Il leasing in costruendo

Passando a considerare il c.d. leasing in costruendo, va detto che la legge finanziaria 2007 ha introdotto una disciplina, seppure non esaustiva, del leasing in costruendo, che costituisce una forma di finanziamento privato delle opere pubbliche: si tratta in particolare, di una forma di realizzazione per mezzo della quale un soggetto finanziario anticipa all'appaltatore i fondi per eseguire l'opera pubblica e, successivamente all'avvenuta esecuzione, viene ristorato dal soggetto appaltante attraverso la corresponsione di canoni periodici. Il leasing in costruendo, di fatto, altro non è che una forma di finanziamento all'appaltatore, con accollo dell'onere di restituzione dell'importo finanziato da parte dell'ente appaltante.

La regolamentazione dell'istituto, introdotta dalla legge finanziaria anzidetta, è oggi prevista dall'art. 160- bis del Codice degli appalti, come modificato con il terzo decreto correttivo. In particolare, il comma 1 dell'art. 160- bis prevede la possibilità per i committenti tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici di ricorrere al contratto di locazione finanziaria per la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità e specifica che il contratto di locazione finanziaria è un contratto pubblico di lavori.

Il successivo comma 2 del citato articolo 160- bis, prevede che il bando di gara deve determinare sia i requisiti di tipo economico, tecnico-realizzativo e organizzativo dei soggetti partecipanti alla gara, sia le caratteristiche tecniche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie

dell'operazione, nonché i parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il comma 3, stabilisce, poi, che il soggetto partecipante alla gara può essere anche un'associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore ovvero un contraente generale. La norma precisa che, nel caso dell'Ati tra il soggetto finanziatore e il soggetto realizzatore, ciascuno debba essere responsabile per la relativa obbligazione assunta, escludendo in tal modo la solidarietà tra i soggetti che compongono l'associazione.

È, inoltre, previsto che, in ipotesi di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento da parte di uno dei soggetti costituenti l'associazione, l'altro possa sostituirlo, con l'assenso del committente, con altro soggetto che abbia i medesimi requisiti e caratteristiche del soggetto sostituito. Al riguardo, va evidenziato che la previsione non è del tutto chiara, considerato che dal dettato normativo non è dato comprendere quale sia la sostanziale portata dell'assenso del committente, ossia se quest'ultimo abbia la discrezionalità di valutare l'opportunità o meno della sostituzione ovvero se debba fornire l'assenso, laddove il sostituto proposto dal componente dell'Ati abbia i necessari requisiti di idoneità.

Per quanto concerne, infine, la fase dell'esecuzione dei lavori, si rileva che essa non ha una sua specifica disciplina, nonostante le peculiarità derivanti dall'esistenza del rapporto intercorrente tra i tre soggetti (il soggetto pubblico, la società di leasing e l'appaltatore).

In generale, va osservato che l'operazione, sul piano giuridico, viene a configurarsi come un contratto di appalto tra soggetto pubblico e appaltatore e un contratto di mutuo tra società di leasing e appaltatore con accollo dell'onere di restituzione da parte del soggetto pubblico. Su questo presupposto, la fattispecie dovrebbe ricevere puntuale disciplina, nel senso che al rapporto di appalto dovrebbero continuare ad applicarsi in toto le regole sugli appalti pubblici (direzione dei lavori, registro di contabilità, riserve ecc.), con la particolarità che i pagamenti da parte della società di leasing all'appaltatore dovrebbero di volta in volta venire autorizzati dal soggetto appaltante, con esonero del primo da qualsiasi responsabilità.

Dubbi sorgono anche con riferimento all'ipotesi che il soggetto finanziatore possa partecipare anche da solo alla gara, poiché ciò risulta essere non conforme alla disciplina di vigilanza nazionale della Banca d'Italia, che non consente alle banche/intermediari finanziari l'assunzione di rischi atipici rispetto all'attività finanziaria (es.: rischi inerenti la costruzione, il completamento e la vendita di un'opera pubblica). In tale ipotesi è, inoltre, previsto che il soggetto finanziatore dovrebbe assicurare la disponibilità dei mezzi necessari a realizzare l'opera, ricorrendo all'istituto dell'avvalimento, nonostante i soggetti finanziatori e imprese di costruzione svolgano attività tra loro disomogenee.

Peraltro, seppure è vero che nell'intraprendere un'operazione di leasing, la pubblica amministrazione può conseguire una serie di vantaggi (il reperimento delle risorse finanziarie da un soggetto privato; la realizzazione chiavi in mano dell'opera; la possibilità di eliminare i rischi finanziari legati alle perizie suppletive, alle revisioni dei prezzi e alle caratteristiche tecniche del bene stesso; la realizzazione dell'opera a un costo certo e definito sin dal momento dell'aggiudicazione; la realizzazione e consegna dell'opera nei tempi prefissati, in quanto la società di leasing comincerà a incassare i canoni solo dopo il collaudo dell'opera; la flessibilità di applicazione dello strumento in termini di impatto sul bilancio pubblico; il potenziale trasferimento di parte dei rischi in capo alla società di leasing che provvederà a trasferirli negozialmente ai fornitori (es. costruttore) con cui avrà un rapporto di responsabilità diretto), tuttavia è pur vero che i potenziali vantaggi possono essere effettivamente conseguiti soltanto se la pubblica amministrazione esercita in modo ottimale il potere contrattuale derivante dal fatto che il fruitore, nonché finanziatore finale dell'operazione è l'amministrazione stessa. Conseguentemente, l'istituto potrebbe rivelarsi controproducente qualora i rischi del progetto ricadano sulla stazione appaltante, mentre, al contrario, al fine di assicurare la convenienza dell'operazione, la stazione appaltante dovrebbe assicurare il trasferimento di una certa quantità di rischi all'operatore privato.

Opere di urbanizzazione a scomputo

In merito ai lavori realizzati dal titolare del permesso di costruire, tra le novità indotte dal terzo decreto correttivo, vi è la disciplina dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo. In base al novellato art. 32, I comma, lett. g) , infatti, il titolare del permesso di costruire elabora la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione, che assume in via diretta

(dal punto di vista economico) a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, e sulla base di detto progetto l'amministrazione indice una gara ai sensi dell'art. 55 per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori. L'art. 122, sempre nel testo novellato dal terzo decreto correttivo, dispone invece che per gli appalti sotto soglia comunitaria si applica la procedura prevista dall'art. 57, comma 6, e che l'invito è rivolto ad almeno 5 soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei.

Al riguardo, va evidenziato che la nuova impostazione della disciplina, dovuta in parte alle censure sollevate dalla Commissione europea rispetto al diritto di prelazione e in parte alla nuova disciplina del project financing contenuta nel decreto stesso (vedi par. relativo), ha il sostanziale effetto di vanificare l'utilità di tale particolare procedura per le opere a scomputo, utilità che consiste nel consentirne l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso in veste di promotore. Ciò di conseguenza limita fortemente l'interesse concreto verso l'istituto da parte degli operatori dell'edilizia privata.

Occorre, infine, osservare che la norma nulla prevede circa la possibilità del titolare del permesso di costruire di partecipare alle procedure anzidette, né disciplina l'ipotesi in cui le gare non abbiano esito positivo, consentendo in tal caso espressamente il ricorso alla procedura negoziata con il titolare del permesso di costruire.