FORMAZIONE SPECIALISTICA
RIVOLTA AL PERSONALE DEGLI ENTI
LOCALI E TERRITORIALI DEL VENETO

Corso: **PPP E FINANZA DI PROGETTO: LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO E LA REDAZIONE DELLA BOZZA DI CONVENZIONE**

A cura di CUOA Business School per

REGIONE DEL VENETO

11 marzo 2024 - Avv. Giorgio Lezzi

CUOA BUSINESS SCHOOL

FONDAZIONE CUOA – ALL RIGHTS RESERVED

LA BOZZA DI CONVENZIONE QUALE ELEMENTO CARATTERIZZANTE I PPP

FONDAZIONE CUOA – ALL RIGHTS RESERVED

INDICE

GLI ELEMENTI ESSENZIALI

LA RIPARTIZIONE DEL RISCHIO

LA SOCIETA' DI SCOPO

INADEMPIMENTO

IL RECESSO IN CASO DI MANCATO EQUILIBRIO ECONOMICO-FINANZIARIO, ANCHE ALLA LUCE DELLA GIURISPRUDENZA

LA REVOCA DELL'AFFIDAMENTO

IL CONTENZIOSO E L'ARBITRATO (ANCHE AMMINISTRATIVO)

CUOA BUSINESS SCHOOL

FONDAZIONE CUOA – ALL RIGHTS RESERVED

01 Gli elementi essenziali

Gli elementi essenziali della Bozza di Convenzione

- oggetto;
- obbligo di affidare l'attività mediante procedura ad evidenza pubblica;
- la durata è limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario;
- allocazione dei rischi;
- equilibrio economico-finanziario.

Il Contratto Standard di PPP

- Un valido strumento per la redazione della Bozza di Convenzione è rappresentato dal **contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche, con la relativa relazione illustrativa,** approvato congiuntamente dall'ANAC e dalla Ragioneria generale dello Stato

- Il documento si compone di uno Schema di contratto *standard*, unito ad una Relazione Illustrativa volta a guidare la comprensione delle singole clausole contrattuali. [N.B.: Lo Schema di contratto e la Relazione Illustrativa fanno riferimento al d.lgs. n. 50/2016, ma – nelle more di un aggiornamento – costituiscono un valido parametro di riferimento]

Oggetto

- L'oggetto del contratto consiste nell'affidamento in concessione delle fasi di progettazione, realizzazione e gestione dell'Opera.
- "*In particolare, formano oggetto del Contratto le seguenti attività:*
- *a) la predisposizione del Progetto Esecutivo del [indicare l'Opera];*
- *b) ogni analisi e/o attività connessa e funzionale alla progettazione, esecuzione e gestione dell'Opera;*
- *c) l'esecuzione dei lavori a regola d'arte e in conformità al Progetto Esecutivo;*
- *d) la Manutenzione Ordinaria e la Manutenzione Straordinaria dell'Opera previste, programmate o comunque necessarie a garantire la funzionalità e disponibilità dell'Opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita e per tutta la durata della Concessione;*
- *e) la gestione dell'Opera e l'erogazione dei Servizi da parte del Concessionario per tutta la durata della Concessione in conformità a quanto stabilito nella Sezione V."*

segue

La sezione V distingue (a) i servizi di disponibilità, (b) i servizi accessori e (c) i servizi commerciali.

a. I servizi di disponibilità sono legati alla disponibilità tecnica e funzionale dell'opera; essi sono relativi all'opera realizzata (manutenzione dell'opera, gestione e manutenzione degli impianti, gestione dell'energia).

b. I servizi accessori alla disponibilità, invece, sono servizi connessi all'opera (servizio di pulizia, lavanderia, mensa).Tali servizi possono essere affidati tutti al concessionario, oppure appaltati a terzi per un lungo arco di tempo o definito, oppure ancora affidati tutti al concessionario per un arco di tempo ristretto, al fine di rimetterli a gara, così garantendo sempre, con il passare del tempo, l'interesse pubblico all'ottenimento della migliore offerta sul mercato (c.d. market test, cfr. art. 25 Schema di Contratto).

c. I servizi commerciali si distinguono tra quelli soggetti a tariffa, quelli necessari per rendere utilizzabile l'opera (es. affitto locali), quelli ancora gestiti a esclusiva finalità commerciale e per i quali il concessionario si assume completamente il rischio di domanda (es. gestione parcheggi).

Obbligo di affidare l'attività mediante procedura ad evidenza pubblica

- Secondo la Relazione Illustrativa nelle premesse del Contratto dovrebbero essere richiamate in ordine cronologico tutti gli atti propedeutici alla stipula del Contratto di concessione tra il concedente e il concessionario, ed in particolare: strumenti di programmazione, approvazione del progetto di fattibilità, ~~approvazione del progetto definitivo~~*, approvazione del disciplinare di gara, pubblicazione del bando di gara, aggiudicazione, affidamento, costituzione Società di Progetto, ecc.

[*Ai sensi dell'art. 41 del d.lgs. 36/2023 la progettazione in materia di lavori pubblici si articola solo in **due livelli**: il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo].

Durata (Articolo 178 d.lgs. n. 36/2023)

- La durata delle concessioni è limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario.
- Per le concessioni ultraquinquennali, **la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati** nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, **insieme con un ritorno sul capitale investito**, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale.
- Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.
- **La durata massima della concessione deve essere indicata nei documenti di gara**, a meno che essa non sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto.
- **La durata dei contratti di concessione non è prorogabile**, **salvo per la revisione**. I contratti aggiudicati senza gara (in caso di affidamenti dei concessionari) non sono in nessun caso prorogabili. Al termine della concessione, per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure di selezione del concessionario, la gestione delle tratte autostradali è affidata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che, in relazione alla specificità della tratta autostradale, per garantire adeguati standard di sicurezza e viabilità, valuta il modello più idoneo della gestione transitoria anche in relazione alle condizioni economiche.

Allocazione dei rischi

L'art. 177, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023 prevede espressamente il **trasferimento al Concessionario** di un **rischio operativo** legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi.

- Si considera che il concessionario abbia assunto il rischio operativo quando, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.
- La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.
- Ai fini della valutazione del rischio operativo deve essere preso in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

Equilibrio economico-finanziario

- **L'equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio.**
- Attraverso gli indici di redditività e sostenibilità finanziaria indicati nel Contratto (e nel PEF) è possibile individuare in via preliminare, ex ante, i margini dell'equilibrio economico finanziario di un progetto e sviluppare un'analisi di congruità dell'eventuale contributo pubblico da corrispondere.

02 La ripartizione del rischio

Tipologie di rischi

L'art. 177, co. 1, del d.lgs. n. 36/2023 prevede espressamente il **trasferimento al Concessionario** di un **rischio operativo** legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, che comprende:

- rischio dal lato della domanda (**RISCHIO DI DOMANDA – art. 177, co. 1**: rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto);
- rischio dal lato dell'offerta (**RISCHIO DI COSTRUZIONE E RISCHIO DI GESTIONE – art. 177, co. 1**: rischio associato all'offerta di lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto)

  (il RISCHIO DI GESTIONE continua a comprendere il **RISCHIO DI DISPONIBILITÀ – art. 177, co. 4**: Nelle operazioni comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta il contratto prevede che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, nonché un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione);
- rischio da entrambi i lati.

Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo (Articolo 177)

- Si considera che **il concessionario abbia assunto il rischio operativo quando**, in condizioni operative normali, **non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti** per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Ai fini della valutazione del rischio operativo deve essere preso in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

- Il **rischio operativo**, **rilevante** ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione, **è quello che deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti.** Non rilevano rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a cause di forza maggiore.

Segue - Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo (Articolo 177)

- **I contratti remunerati dall'ente concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo si configurano come concessioni <u>se</u> il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico dipende esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura**. Nelle operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta il contratto prevede che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, nonché un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario. Le variazioni del corrispettivo devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme dell'investimento, dei costi e dei ricavi.

- **L'assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario**, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. L'equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio.

- **Se l'operazione economica <u>non può da sola</u> conseguire l'equilibrio economico-finanziario, è ammesso un <u>intervento pubblico di sostegno</u>**. Tale intervento pubblico può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti. **<u>Non</u> si applicano le disposizioni sulla concessione, ma quelle sugli <u>appalti</u>, se l'ente concedente attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale**, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. La previsione di un indennizzo in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'ente concedente, oppure per cause di forza maggiore, non esclude che il contratto si configuri come concessione.

Ripartizione del rischio

- In attesa di un adeguamento, il **Contratto standard di PPP** e le **Linee Guida ANAC n. 9** (abrogate dal Nuovo Codice) costituiscono uno strumento di riferimento per l'allocazione dei rischi.
- La questione riguardante la corretta allocazione dei rischi si collega all'art. 11 del Contratto standard di PPP, il quale stabilisce gli obblighi in capo al concessionario.
- Tra questi figurano gli **obblighi di realizzare e gestire correttamente l'opera**, da cui scaturiscono i rischi di progettazione, costruzione e disponibilità.
- Il Contratto standard disciplina le principali obbligazioni del Concessionario, rinviando alle Parti l'introduzione/integrazione di eventuali ulteriori elementi rilevanti, al fine di identificare, quantificare e assegnare chiaramente i rischi alla Parte che è maggiormente in grado di assumerli.
- L'operatore economico deve assumersi consapevolmente i rischi che derivano dall'operazione.

Obblighi e attività del Concessionario (Contratto standard di PPP)

- Impegno ad effettuare le attività di progettazione, realizzazione e gestione dell'Opera
- Realizzazione a regola d'arte dell'Opera
- Manutenzione dell'Opera ed erogazione dei servizi in conformità a quanto stabilito nel contratto
- Prestazione delle garanzie previste dal Codice e dal contratto
- Collaborazione con il Concedente
- Consegnare il PEF in formato editabile

Revisione del contratto di concessione (Articolo 192)

- Al **verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili**, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, **il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto**. L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa (comma 1).

- In **sede di revisione** ai sensi del comma 1 n**on è consentito concordare modifiche che alterino la natura della concessione**, o modifiche sostanziali che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione (comma 2).

03 La società di scopo

Società di scopo (Articolo 194)

- **Novità** → si è proceduto a modificare la denominazione "società di progetto" in quella di "**società di scopo**" maggiormente esemplificativa nonché in linea con la denominazione utilizzata in ambito finanziario di "*special purpose vehicle*".

- L'art. 194 del Nuovo Codice riproduce sostanzialmente le disposizioni in tema di società di progetto ad oggi contenute nell'art. 184 del d.lgs. n. 50/2016 (ad esempio in tema di capitale sociale minimo da indicare nel bando, di indicazione in sede di offerta, in caso di concorrente costituito da più soggetti, delle quote di partecipazione di ciascun componente il raggruppamento concessionario, di possibilità di affidamento diretto dei lavori e servizi ai soci, di subentro automatico della società nella concessione e di limiti relativamente alla circolazione delle partecipazioni azionarie).

- **Novità importante:** "***Per gli affidamenti superiori alla soglia di cui all'art. 14, comma 1, lett. a)*** [pari ad € 5.382.000], *il bando di gara per l'affidamento di una concessione nella forma della finanza di progetto* ***prevede che l'aggiudicatario costituisca una società di scopo*** *in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile*"

- Tale indicazione appare di **carattere prescrittivo** e non come una mera facoltà (al contrario di quanto previsto nel d.lgs. n. 50/2016), applicandosi tuttavia alle concessioni di valore superiore alle soglie di rilevanza comunitaria.

- **In caso di ricorso alla finanza di progetto di valore superiore a € 5.538.000 [nuova soglia valida dal 1° gennaio 2024, a seguito dei Regolamenti UE pubblicati in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (L del 16 novembre 2023] vi è quindi l'obbligo di costituire la società di progetto**, tenendo conto di quanto stabilito dall'art. 179, c. 1 del Codice, secondo cui "*Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi*".

Obbligazioni delle società di scopo (Articolo 195)

- Le società di scopo possono emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga ai limiti di cui agli articoli 2412 e 2483 del codice civile, purché destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori istituzionali e dei clienti professionali indicati nell'articolo 6, commi 2-quinquies e 2-sexies, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e nei regolamenti attuativi o delle loro controllanti e controllate ai sensi dell'articolo 1, commi 6-bis.1 e 6-bis.2 dello stesso testo unico di cui al decreto legislativo n. 58 del 1998. Le obbligazioni e i titoli di debito di cui al primo periodo possono essere dematerializzati e non possono essere trasferiti a soggetti che non siano investitori istituzionali o clienti professionali. In relazione ai titoli emessi ai sensi del presente articolo non si applicano gli articoli 2413, 2414-bis, commi primo e secondo, e da 2415 a 2420 del codice civile.
- L'emissione di obbligazioni è ammessa esclusivamente per finanziare ovvero rifinanziare il debito precedentemente contratto per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità.
- La documentazione di offerta contiene in modo chiaro ed evidente l'avvertimento circa il grado di rischio associato all'operazione.
- Il collocamento delle obbligazioni e altri titoli di debito emessi dalla società di scopo avviene nel termine massimo di diciotto mesi, ovvero in quello inferiore fissato dal contratto di concessione, decorso il quale il contratto è risolto di diritto salvo che, nel frattempo, siano state reperite altre forme di finanziamento.

Segue - Obbligazioni delle società di scopo (Articolo 195)

- Le obbligazioni e i titoli di debito, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura da parte del concessionario, ovvero fino alla scadenza delle obbligazioni e dei titoli medesimi, possono essere garantiti secondo modalità disciplinate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del codice. Fino all'entrata in vigore di tale decreto, si applica il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 7 agosto 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 210 dell'8 settembre 2012.

- Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3 e 5 si applicano anche alle società operanti nella gestione dei servizi di cui all'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, alle società titolari delle autorizzazioni alla costruzione di infrastrutture di trasporto di gas e delle concessioni di stoccaggio di cui agli articoli 9 e 11 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, alle società titolari delle autorizzazioni alla costruzione di infrastrutture facenti parte del Piano di sviluppo della rete di trasmissione nazionale dell'energia elettrica, alle società titolari delle autorizzazioni per la realizzazione di reti di comunicazione elettronica di cui al codice delle comunicazioni elettroniche, di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003, n. 259 e alle società titolari delle licenze individuali per l'installazione e la fornitura di reti di telecomunicazioni pubbliche di cui al predetto codice delle comunicazioni elettroniche, nonché a quelle titolari delle autorizzazioni di cui all'articolo 46 del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222. Per le finalità relative all'applicazione del presente comma il decreto di cui al comma 5 è adottato di concerto con il Ministro delle imprese e del made in Italy.

- Le garanzie reali, personali e di qualunque altra natura, incluse le cessioni di credito a scopo di garanzia che assistono le obbligazioni e i titoli di debito, possono essere costituite in favore dei sottoscrittori o anche di un loro rappresentante che sarà legittimato a esercitare in nome e per conto dei sottoscrittori tutti i diritti, sostanziali e processuali, relativi alle garanzie medesime.

04 Il periodo transitorio nel project secondo l'ANAC

Anac – parere FUNZ CONS 63/2023

Se a seguito della presentazione di una proposta ai sensi dell'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016 da parte di un operatore economico, la stazione appaltante, con apposito provvedimento, dichiari la fattibilità e l'interesse pubblico della proposta medesima e inserisca il relativo progetto di fattibilità tecnica ed economica proposto, nella programmazione triennale dei lavori pubblici, provvedendo a tal fine, all'approvazione del progetto medesimo ai sensi delle previsioni degli artt. 21, 23 del d.lgs. 50/2016 e del d.m. 14/2018, in tal caso sembra invocabile la previsione dell'art. 225, comma 9, del d.lgs. 36/2023, a tenore della quale «*A decorrere dalla data in cui il codice acquista efficacia ai sensi dell'articolo 229, comma 2, le disposizioni di cui all'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso. A tal fine, per procedimenti in corso si intendono le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia. Nel caso in cui l'incarico di redazione del progetto di fattibilità tecnico economica sia stato formalizzato prima della data in cui il codice acquista efficacia, la stazione appaltante può procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori sulla base del progetto di fattibilità tecnico ed economica oppure sulla base di un progetto definitivo redatto ai sensi dell'articolo 23 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50*» . In relazione a tale disposizione l'Autorità ha osservato che «Secondo quanto stabilito dal citato art. 225, comma 9 del Codice, tali previsioni [quelle del d.lgs. 50/2016] continuano ad applicarsi ai procedimenti in corso, intendendosi per tali «*le procedure per le quali è stato formalizzato l'incarico di progettazione alla data in cui il codice acquista efficacia», dunque i procedimenti per i quali è stato affidato un incarico di progettazione prima del 1° luglio 2023. In tali casi, per la redazione del progetto e per tutti gli aspetti correlati, opportunamente disciplinati dalla norma, continua a trovare applicazione l'art. 23 del d.lgs. 50/2016. Per gli incarichi affidati o da affidarsi successivamente alla data sopra indicata, valgono invece le previsioni in materia di progettazione dettate dal d.lgs. 36/2023. Con specifico riferimento all'affidamento del contratto d'appalto, volto ad individuare il soggetto esecutore dei lavori oggetto della progettazione (…) deve farsi riferimento alla disciplina transitoria contemplata nell'art. 226 del d.lgs. 36/2023*» (parere Funz Cons 62/2023).

Anac – parere FUNZ CONS 63/2023

Per quanto sopra, ove l'Amministrazione abbia inserito l'intervento oggetto della proposta di cui all'art. 183, comma 15, del d.lgs. 50/2016, nella programmazione triennale delle opere pubbliche, previa approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica proposto, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023, può ritenersi operante, la previsione transitoria dell'art. 225, comma 9 del nuovo Codice, sopra richiamata, con la conseguente possibilità di applicare le disposizioni del d.lgs. 50/2016 per tutti gli aspetti correlati alla progettazione, nel senso indicato dall'Autorità. **Resta invece disciplinata dal d.lgs. 36/2023 la successiva gara per l'affidamento del contratto in oggetto**, sulla base della chiara disciplina dettata dalle previsioni degli artt. 226 e 229 sopra richiamati, con conseguente necessità di procedere, prima della stessa, all'adeguamento alle nuove previsioni del d.lgs. 36/2023, degli elaborati progettuali.

05 Inadempimento

Risoluzione e recesso (Articolo 190, co. 2)

- La risoluzione della concessione per inadempimento dell'ente concedente o del concessionario è disciplinata dagli articoli 1453 e seguenti del codice civile.
- Il contratto prevede per il caso di inadempimento una clausola penale di predeterminazione del danno e i criteri per il calcolo dell'indennizzo.

↓

- Il comma 2 stabilisce, in via generale, che la risoluzione della concessione per inadempimento dell'amministrazione aggiudicatrice o del concessionario è disciplinata dagli articoli 1453 e seguenti del codice civile.
- **NOVITA'** → È espressamente imposto poi che il contratto preveda, per il caso di inadempimento, una clausola penale di predeterminazione del danno, al fine di rendere ex ante evidenti quali siano i 'costi' dell'inadempimento e di prevenire complessi contenziosi sul punto.

La finanza di progetto – Procedura di affidamento (Articolo 193, co. 6)

- Le offerte sono corredate delle garanzie di cui all'articolo 106.
- Il soggetto aggiudicatario presta la garanzia di cui all'articolo 117.
- Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 117.
- **La mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.**

⬇

- La disciplina delle garanzie è stata semplificata in modo rilevante. Il comma 6 disciplina la prestazione di garanzie; nel dettaglio, le offerte devono essere corredate dalle garanzie per la partecipazione alla procedura di cui all'art. 106 e il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la garanzia definitiva di cui all'art.117. Inoltre, dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario è richiesta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera; la mancata prestazione di tale cauzione integra grave inadempimento contrattuale.

L'inadempimento nel Contratto standard di PPP

- **Clausola risolutiva espressa** → attribuisce al Concedente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del Contratto per l'inadempimento della controparte senza necessità di provarne l'importanza, in considerazione del mero verificarsi del fatto considerato.
- Le ipotesi per le quali la clausola risolutiva espressa può essere azionata dal Concedente sono:
  - i) il mancato rispetto del termine essenziale di presentazione del progetto esecutivo per la valutazione e per l'eventuale approvazione da parte del Concedente;
  - ii) la mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento.

- **Risoluzione per inadempimento del concessionario** → il Contratto disciplina la facoltà del Concedente di risolvere lo stesso, ai sensi dell'articolo 1454 del codice civile, a fronte di un inadempimento del Concessionario, previa diffida ad adempiere da trasmettere a mezzo posta elettronica certificata e decorso inutilmente il termine in essa fissato.
- **Risoluzione per inadempimento del concedente** → in analogia rispetto a quanto previsto in favore del Concedente, il Contratto disciplina altresì la facoltà del Concessionario di risolvere lo stesso, ai sensi dell'articolo 1454 del codice civile, a fronte di un inadempimento del Concedente, previa diffida ad adempiere da trasmettere a mezzo posta elettronica certificata e decorso inutilmente il termine in essa fissato.

06 Il recesso in caso di mancato equilibrio economico-finanziario, anche alla luce della giurisprudenza

Recesso

- **Art. 192, co. 1, d.lgs. n. 36/2023** → Al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo **sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione**, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto. **L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa.**
- **Art. 192, co. 4, d.lgs. n. 36/2023 → In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico-finanziario le parti <u>possono recedere dal contratto</u>.**

Il recesso e l'equilibrio economico-finanziario

Consiglio di Stato, sez. VII, 24 luglio 2023, n. 7200

Qualora si verifichino eventi imprevedibili e non imputabili al concessionario, l'art. 165 del d.lgs. n. 50/2016 non garantisce il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte privata contraente.

Nel corso di un contratto di concessione allorché si verifichino eventi imprevedibili e non imputabili al concessionario, tali da alterare l'equilibrio economico finanziario del contratto, le parti ai sensi dell'art. 165 d.lgs. n. 50/2016 sono tenute ad avviare trattative per la rideterminazione delle condizioni di equilibrio e, in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, possono recedere dal contratto. Pertanto, non esiste, e non sarebbe compatibile con i principi generali della materia, un diritto soggettivo della parte privata ad ottenere la quantità di beneficio perseguito ma impedito dall'avvenuta alterazione dell'equilibrio economico finanziario introdotto dall'evento imprevedibile in questione.

In sostanza, l'ordinamento non garantisce il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte privata contraente. Impone l'onere in capo ai concedenti di avviare trattative sul punto. Trattative che la PA conduce sempre dovendo avere ben presente oltre all'ordine contrattuale civilistico, l'interesse pubblico in questione. La norma prevede la ricerca di un accordo; la mancanza dell'accordo legittima il recesso dal contratto. Non pare possibile individuare, nei principi di correttezza e buona fede oggettiva nell'interpretazione ed esecuzione dei contratti di durata (artt. 1175,1366 e 1375 c.c.), una base legale per fondare un obbligo di rinegoziazione di rapporti negoziali sperequati per il verificarsi di circostanze imprevedibili, nell'ipotesi di omessa definizione pattizia delle modalità di gestione delle sopravvenienze.

07 La revoca dell'affidamento

Risoluzione e recesso (Articolo 190, co. 4)

- Il termine "**revoca**" è stato sostituito dal termine "**recesso**"
- Se l'ente concedente **recede dal contratto di concessione per motivi di pubblico interesse** spettano al concessionario:
  - a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;
  - b) i costi sostenuti o da sostenere in conseguenza del recesso, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse;
  - c) un indennizzo a titolo di mancato guadagno compreso tra il minimo del 2 per cento ed il massimo del 5 per cento degli utili previsti dal piano economico-finanziario, in base ad una valutazione che tenga conto delle circostanze, della tipologia di investimenti programmati e delle esigenze di protezione dei crediti dei soggetti finanziatori. In ogni caso i criteri per l'individuazione dell'indennizzo devono essere esplicitati in maniera inequivocabile nell'ambito del bando di gara ed indicati nel contratto, tenuto conto della tipologia e dell'oggetto del rapporto concessorio, con particolare riferimento alla percentuale, al piano economico-finanziario e agli anni da prendere in considerazione nel calcolo.

- La lettera c) è stata modificata rispetto alla precedente formulazione (la quale prevedeva un indennizzo «pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico-finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione») per evitare una 'sovra-compensazione' degli investimenti privati.

08 Il contenzioso e l'arbitrato (anche amministrativo)

Nell'ambito dei PPP, posto che il rischio di costruzione è interamente allocato in capo al privato, si deve ritenere non ammissibile il ricorso all'accordo bonario (strumento, questo, di cui all'art. 210 del Codice come noto riferibile al caso in cui l'operatore privato iscriva riserve nel corso della fase di realizzazione dell'opera e le stesse siano ritenute non manifestamente infondate e non manifestamente inammissibili dal RUP).

.

Transazione (Articolo 212)

- Le **controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture possono essere risolte mediante transazione** nel rispetto del codice civile solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale.
- **Ove il valore dell'importo oggetto di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000 euro, ovvero a 200.000 euro in caso di lavori pubblici**, **è acquisito**, qualora si tratti di amministrazioni centrali, **il parere dell'Avvocatura dello Stato** oppure, qualora si tratti di amministrazioni sub centrali, di un legale interno alla struttura o, in mancanza di legale interno, del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso.
- La proposta di transazione può essere formulata sia dal soggetto aggiudicatario che dal dirigente competente, sentito il RUP.
- La **transazione ha forma scritta** a pena di nullità.

Arbitrato (Articolo 213)

- Le controversie su diritti soggettivi, derivanti **dall'esecuzione dei contratti** relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 210 e 211, **possono essere deferite ad arbitri.** L'arbitrato si applica anche alle **controversie relative a contratti in cui sia parte una società a partecipazione pubblica** oppure una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, o che comunque abbiano a oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici.

- La **stazione appaltante** o l'ente concedente **può direttamente indicare nel bando** o nell'avviso con cui indice la gara oppure, per le procedure senza bando, nell'invito, **se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria**. In questi casi, **l'aggiudicatario può rifiutare la clausola compromissoria entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione**. In tal caso la clausola compromissoria non è inserita nel contratto. È nella facoltà delle parti di compromettere la lite in arbitrato nel corso dell'esecuzione del contratto.

- Il collegio arbitrale è **composto da tre membri** ed è nominato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici.

- Le **parti determinano la sede** del collegio arbitrale; in mancanza di indicazione della sede del collegio arbitrale ovvero di accordo fra le parti, questa deve intendersi stabilita presso la sede della Camera arbitrale.

- Il **lodo si ha per pronunciato con l'ultima sottoscrizione** e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale. Entro **quindici giorni** dalla pronuncia del lodo è corrisposta, a cura degli arbitri e a carico delle parti, **una somma pari all'uno per mille del valore della relativa controversia**. Detto importo è direttamente versato all'ANAC.

- I **lodo è impugnabile**, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. L'impugnazione è proposta **nel termine di novanta giorni** dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centottanta giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

Camera arbitrale, albo degli arbitri ed elenco dei segretari (Articolo 214)

- Con la disposizione in esame viene istituita la **Camera arbitrale presso l'Autorità nazionale anticorruzione**, organo centrale e indefettibile nella **costituzione dei collegi arbitrali** e nello svolgimento dei singoli procedimenti arbitrali, ne stabiliscono la sua struttura, **formata da un Presidente e un consiglio arbitrale**, i quali si avvalgono di una struttura di segreteria con personale fornito dall'Autorità nazionale anticorruzione, nonché le modalità di nomina dei suoi componenti, i requisiti di questi e la durata del loro mandato, fissato in un quinquennio; **alla Camera arbitrale è altresì attribuito il rilevante ruolo della formazione e della tenuta dell'albo degli arbitri per i contratti pubblici**, della redazione del codice deontologico degli arbitri camerali e dell'annuale rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici, da trasmettere all'Autorità nazionale anticorruzione e alla cabina di regia di cui all'art. 221 del codice dei contratti pubblici [indirizzo, coordinamento e monitoraggio presso la Cabina di regia. Governance dei servizi].
- Sul sito dell'ANAC sono pubblicati l'elenco degli arbitrati in corso e definiti, i dati relativi alle vicende dei medesimi, i nominativi e i compensi degli arbitri e dei periti.
- L'iscrizione all'Albo degli arbitri e all'elenco dei periti ha validità triennale e può essere nuovamente ottenuta decorsi due anni dalla scadenza del triennio.

Collegio consultivo tecnico (Articoli 215 - 219)

- Il CCT è applicabile anche ai PPP, trattandosi di disciplina recata da disposizioni di carattere generale di portata generale.
- Il CCT **è confermato come rimedio generale per dirimere sul nascere i possibili contenziosi tra committente e appaltatore che rischierebbero di pregiudicare l'esecuzione tempestiva e a regola d'arte del contratto di appalto.**
- Per i **lavori** diretti alla realizzazione delle opere pubbliche **di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea** e di **forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro**, la costituzione del collegio è **obbligatoria**.
- Le norme mettono a regime il sistema già disegnato dagli articoli 4 e 5 del d. l. 16 luglio 2020, n. 76, come integrato dalle linee guida predisposte dal Consiglio superiore dei lavori pubblici e approvate con d.m. Ministero delle infrastrutture e mobilità sostenibili del 17 gennaio 2022.
- Rimane in facoltà delle parti decidere se limitare il Collegio consultivo tecnico ad una funzione soltanto consultiva o attribuire alle sue decisioni valore di determinazione direttamente costitutiva di diritti e obblighi in capo alle parti. In ogni caso, l'inosservanza delle pronunce (pareri o determinazioni) del Collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del CCT, invece, è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.
- Si demanda all'**allegato V.2** la disciplina di dettaglio sulle modalità di costituzione del Collegio → questo allegato risulta da una collazione di alcune disposizioni precedentemente contenute nell'articolo 6 del d.l. n. 76/2020, delegificate e sintetizzate, e di altre trasfuse dalle Linee guida del Consiglio superiore dei lavori pubblici adottate in attuazione del comma 8-bis del predetto articolo 6, recepite con d.m. 17 gennaio 2022, in tema di modalità di costituzione e funzionamento del collegio consultivo tecnico, requisiti dei suoi componenti e criteri di determinazione dei compensi loro spettanti.

Pareri di precontenzioso e legittimazione ad agire dell'ANAC (Articoli 220)

- Su iniziativa della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una o più delle altre parti, **l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara**, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. L'operatore economico che abbia richiesto il parere o vi abbia aderito lo può **impugnare esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia**. **La stazione appaltante o l'ente concedente che non intenda conformarsi al parere comunica**, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, **le relative motivazioni alle parti interessate e all'ANAC, che può proporre il ricorso**.

- **L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante**, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

- Se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del codice **l'ANAC emette,** entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, **un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati**. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante. **Se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC**, comunque non superiore a trenta giorni dalla trasmissione, **l'Autorità può presentare ricorso**, entro i successivi trenta giorni, **innanzi al giudice amministrativo**.

- L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti, anche relativi alla fase esecutiva, con riferimento ai quali esercita i propri poteri.

Contatti

Giorgio Lezzi
Partner
Italy
T +39 02 5413 1736
giorgio.lezzi@osborneclarke.com

GRAZIE!

www.cuoa.it

FONDAZIONE CUOA – ALL RIGHTS RESERVED