

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

12 marzo 2024 - Avv. Giorgio Lezzi



**CASI
GIURISPRUDENZIALI
CONCRETI E PPP PER LE
COMUNITA'
ENERGETICHE
RINNOVABILI (CER)**



01 Casi giurisprudenziali concreti relativi ai PPP



Cosa accade nell'ipotesi in cui la proposta privata risulti incompleta?

TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 13/01/2017, n. 110

*Qualsiasi carenza degli atti da allegare a una proposta di finanza di progetto ex art. 183, comma 15, d.lgs. 50 del 2016 deve ritenersi successivamente **rimediabile**, stante che la disposizione menzionata non prevede una gara con relative cause di esclusione ma la presentazione di una proposta da parte di un privato ad amministrazione aggiudicatrice*

**E' necessaria una fase concorsuale relativamente
alla scelta della proposta presentata dal privato?**

T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 28/03/2019, n. 691

*Con riferimento ad una procedura di project financing ai sensi dell'art.183 commi 15-19 e ss. d.lgs. n. 50 del 2016, l'Amministrazione gode di **ampia discrezionalità** nella cernita del progetto, da porre successivamente a fondamento della procedura di evidenza pubblica, in quanto reputato maggiormente confacente al pubblico interesse. Infatti il primo segmento procedimentale del cd. "project financing" non si connota in termini di concorsualità, id est di gara comparativa finalizzata alla individuazione di un vincitore*

Su cosa si deve basare la scelta della proposta presentata dal privato?

T.A.R. Toscana, Firenze, 28 febbraio 2018, n. 328

*"l'amministrazione, in fase di scelta del promotore di un project financing, gode di amplissima discrezionalità, sindacabile unicamente per manifesta illogicità o incongruità o travisamento dei fatti, in funzione **non della scelta della migliore tra una pluralità di offerte**, bensì di una **valutazione di interesse pubblico** che giustifichi l'inserimento di un determinato progetto nei propri strumenti di programmazione".*

Su cosa si deve basare la scelta della proposta presentata dal privato?

Consiglio di Stato, sez. V, 31 gennaio 2023, n. 1065

La procedura di project financing (prima disciplinata dagli artt. 37-bis e ss. della l. 109/1994 e successivamente dagli artt. 153 e ss. del d.lgs. 163/2006), individua due serie procedimentali strutturalmente autonome, ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, la prima di selezione del progetto di pubblico interesse, la seconda di gara di evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità, quest'ultima a sua volta distinta nelle subfasi di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione (Cons. Stato, V, 19 giugno 2019, n. 4186).

*In tale ambito, la giurisprudenza ha ripetutamente riconosciuto: che la fase preliminare di individuazione del promotore, ancorché procedimentalizzata, è connotata da **amplissima discrezionalità amministrativa**, tale da non potere essere resa coercibile nel giudizio amministrativo di legittimità (Cons. Stato, III, 20 marzo 2014, n. 1365; III, 30 luglio 2013, n. 4026; 24 maggio 2013, n. 2838; V, 6 maggio 2013, n. 2418), essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla **valutazione di un interesse pubblico** che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (Cons. Stato, V, 31 agosto 2015, n. 4035); che lo scopo finale dell'intera procedura, interdipendente dalla fase prodromica di individuazione del promotore, è l'aggiudicazione della concessione in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Cons. Stato, V, 14 aprile 2015, n. 1872; VI, 5 marzo 2013, n. 1315)".*

Condivisibile, pertanto, si rivela sul punto l'affermazione del giudice di primo grado secondo cui, in particolare: "In ragione dell'ampia discrezionalità di cui gode in fase di valutazione delle proposte di progetto, l'amministrazione non è tenuta a fornire una risposta su quale sia tecnicamente la migliore tra la pluralità delle offerte, bensì quale di questa sia più rispondente all'interesse pubblico che giustifichi l'inserimento di un determinato progetto nelle proprie attività di programmazione.

La posizione della giurisprudenza sulla legittimità dell'interruzione della procedura di finanza di progetto dopo la dichiarazione di pubblico interesse e sulla responsabilità dell'amministrazione

Consiglio di Stato, sez. V, 04/02/2019, n. 820

*In materia di project financing, dalla dichiarazione di pubblico interesse della proposta del promotore privato **non deriva alcun vincolo per l'amministrazione di affidare la concessione**, essendo necessaria da parte di quest'ultima una scelta ulteriore, analogamente a quanto avviene per qualsiasi decisione di affidare un contratto. In particolare, rispetto ai tipici moduli contrattuali pubblicistici, la complessiva disciplina dell'istituto del project financing si contraddistingue perché in questo caso l'iniziativa non è assunta dall'amministrazione stessa, ma dal privato. Tuttavia, anche una volta che la proposta di quest'ultimo sia stata dichiarata di pubblico interesse, lo stesso non acquisisce **alcun diritto pieno all'indizione della procedura, ma una mera aspettativa**, condizionata dalle valutazioni di esclusiva pertinenza dell'amministrazione in ordine all'opportunità di contrattare sulla base della medesima proposta. Detta aspettativa non è quindi giuridicamente tutelabile rispetto alle insindacabili scelte dell'amministrazione e la posizione di vantaggio acquisita per effetto della dichiarazione di pubblico interesse si esplica solo all'interno della gara una volta che la decisione di affidare la concessione sia stata assunta (conforme, Consiglio di Stato sez. V, 23/11/2018, n. 6633)*

Project financing – occorre specificare negli atti di gara tutti gli oneri in capo al gestore

Consiglio di Stato, sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809

Elemento centrale del contratto di partenariato pubblico privato è il trasferimento del rischio all'operatore economico.

Stabilisce, infatti, il terzo comma dell'art. 180 cit. che: “Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3, comma 1, lettere aaa), bbb) e ccc)”.

In ogni caso, è specificato che: “Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico”.

È previsto, poi, al quarto comma che: “A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Se la ridotta o mancata disponibilità dell'opera o prestazione del servizio è imputabile all'operatore, tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico”.

Segue - Project financing – occorre specificare negli atti di gara tutti gli oneri in capo al gestore

Nel sesto comma è detto che: “L’equilibrio economico finanziario, come definito dall’articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3”.

Il settimo comma, infine, rinvia all’art. 165, comma 3, 4 e 5 d.lgs. n. 50 del 2016; ai fini di interesse del presente giudizio rileva, in particolare, il 3° comma, secondo periodo, nella parte in cui prevede che “Al fine di agevolare l’ottenimento del finanziamento dell’opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi a seconda dei casi lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito”.

[...]

oltre alle caratteristiche proprie del project financing quale procedura finalizzata all’elaborazione in comune tra amministrazione e privato di un progetto di servizio pubblico occorre tener conto della peculiarità del contratto oggetto di affidamento in cui, come si è esposto, elemento centrale è il rischio che l’operatore economico assume e che penetra nella causa del contratto.

Non basta, allora, che le clausole contrattali in cui si traduce l’operazione economica congegnata dall’amministrazione comportino il trasferimento del rischio economico al gestore del servizio (nel caso di specie, il rischio di disponibilità), di modo che egli non abbia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi, ma è necessario pure che siano specificati tutti gli oneri economici che concorrono a definire il rischio che l’operatore economico è chiamato ad assumere.

Segue - Project financing – occorre specificare negli atti di gara tutti gli oneri in capo al gestore

In mancanza, non potrà dirsi attendibile l'elaborazione Piano economico finanziario – nel quale l'amministrazione è tenuta a riportati i costi preveduti e i ricavi possibili di modo da prefigurare l'utile conseguibile ovvero, in sintesi, le condizioni di equilibrio economico – finanziario del servizio – e, di risulta non sarà neppure corretta l'allocazione del rischio, se è vero che, come precisato dall'art. 180, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016, già precedentemente riportato, "L'equilibrio economico finanziario, come definito dall'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3".

D'altronde, se l'operatore non è posto a conoscenza di tutti gli oneri del servizio che dovrà svolgere, non sarà in condizione di valutare se, per la sua organizzazione di impresa, sia in grado di sostenere il rischio senza incorrere in perdite di attività e la sua offerta risulterà inevitabilmente non attendibile, potendo accadere che sia indotto a rivedere al ribasso la qualità del servizio offerto in corso di rapporto solo per evitare perdite.

[...]

Il ricorso di primo grado è fondato nella parte in cui è richiesto l'annullamento del bando di gara e gli altri atti (il disciplinare, il P.e.f., il progetto di fattibilità tecnica ed economica) elaborati dall'amministrazione e posti a base di gara, in quanto per le ragioni in precedenza espresse non consentono di definire compiutamente ex ante le condizioni, pur variamente formulabili in concreto, di equilibrio economico finanziario del servizio, ma sono fondati anche i motivi aggiunti diretti avverso le offerte delle altre concorrenti, nella parte in cui non hanno dichiarato il loro impegno ad eseguire le specifiche attività manutentive richieste dall'amministrazione (ovvero non ne hanno considerato l'incidenza economica nel p.e.f. trasmesso); per quanto in precedenza detto, infatti, non era loro consentito elaborare un proprio autonomo piano di manutenzione che non prevedesse le predette attività imposte dal progetto a base di gara.

La Bozza di Convenzione quale elemento essenziale

TAR Torino, sez. II, 12 Maggio 2023, n. 447

10.1. *Diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, l'allegazione della bozza di convenzione è adempimento essenziale cui è tenuto ogni concorrente, poiché essa costituisce componente necessaria dell'offerta tecnica la cui mancanza rende quest'ultima incompleta e non rispondente alle prescrizioni della lex specialis di gara. In tale senso depone, innanzitutto, il contenuto del disciplinare, da cui si ricava una disciplina chiaramente indicativa, nel suo complesso, della indispensabilità del documento in questione quale componente costitutiva dell'offerta tecnica. [...]*

10.3. *Del resto, la bozza di convenzione non può essere ritenuta un elemento di importanza secondaria nell'ambito della procedura di project financing, poiché, come già evidenziato nell'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato n. 688/2023, anche a prescindere dalla circostanza che essa contenga eventuali elementi migliorativi dell'offerta, "costituisce lo strumento negoziale avente la funzione di prestabilire gli impegni contrattuali reciprocamente assunti dalle parti sulla base del progetto tecnico e del piano economico-finanziario, ai quali è affidata la regolamentazione del rapporto con l'operatore economico in caso di aggiudicazione".*

10.4. *In questo quadro, è inconferente il richiamo della ricorrente al principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara ex art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016 – che assume violato dal provvedimento impugnato – perché, nella fattispecie, la stazione appaltante non ha fatto applicazione di una causa di esclusione atipica, ma piuttosto si è limitata a prendere atto dell'incompletezza sostanziale dell'offerta tecnica e a trarre, da tale circostanza, la necessaria conseguenza rispetto alla posizione del concorrente, in coerenza con le previsioni del disciplinare di gara sopra richiamate.*

La regola del disciplinare che richiede l'inserimento della bozza di convenzione all'interno della busta dell'offerta tecnica risponde, quindi, a una precisa logica, che, per un verso, giustifica l'esclusione del concorrente laddove il documento in questione non sia prodotto tempestivamente in gara e, per altro verso, impedisce il ricorso agli strumenti del soccorso istruttorio o procedimentale.

Segue - La Bozza di Convenzione quale elemento essenziale

11. Alla medesima conclusione conduce, poi, la lettura dell'art. 183, comma 9, del D.Lgs. n. 50/2016, in base al quale “le offerte devono contenere un progetto definitivo, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato (...) nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto”. La norma conferma che la bozza di convenzione costituisce uno degli elementi necessari dell'offerta tecnica, che serve a completare e formalizzare il quadro complessivo delle obbligazioni che il proponente contrae nell'ambito dell'operazione di project financing.

11.2. Rileva inoltre il Collegio che, nonostante l'incipit del comma 1 della suddetta disposizione faccia riferimento solo alla realizzazione di “lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità”, la norma si applica anche nei casi in cui – com'è nella presente vicenda contenziosa – all'esecuzione di lavori sia collegata l'erogazione di correlati servizi. Lo stesso comma 9, infatti, fa riferimento all'esigenza che il promotore specifichi in offerta le caratteristiche “del servizio e della gestione” e, ancor prima, in relazione ai contenuti degli atti di gara, il comma 7 prevede che il disciplinare indichi anche “le tipologie del servizio da gestire”, unitamente all'ubicazione, alla destinazione urbanistica e alla descrizione dell'intervento da realizzare. Con altrettanta chiarezza, il comma 13 della disposizione prevede che il concessionario presti un'apposita cauzione “dalla data di inizio dell'esercizio del servizio”, per garantire il pagamento delle penali derivanti dal mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali “relativi alla gestione dell'opera”.

Il tenore letterale della norma esaminata, oltre a ragioni sistematiche e di coerenza del sistema, porta quindi a ritenere che le previsioni sopra richiamate – tra cui l'obbligo di inserire la bozza di convenzione nell'offerta tecnica – trovino applicazione anche al caso sub iudice in cui si discute di concessione mista di opere e servizi.

Sulla configurabilità, in materia di PPP, della «eccessiva onerosità sopravvenuta»

Consiglio di Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653

«Le ipotesi legali di risoluzione del contratto ben possono trovare applicazione anche per i contratti della pubblica amministrazione, non sottraendosi questi ultimi alla generale disciplina di tutela delle attribuzioni patrimoniali derivanti dal contratto e, dunque, del sinallagma contrattuale. Diversamente opinando, si riserverebbe alla sola amministrazione la possibilità di sciogliersi (unilateralmente e, dunque, autoritativamente) dal vincolo contrattuale, con ciò incidendo ab esterno sulla parità delle parti del rapporto contrattuale e quindi conferendo alla P.A. una inammissibile posizione di supremazia. Ai sensi dell'art. 1467 del codice civile, la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta riguarda i contratti con prestazioni corrispettive, che abbiano esecuzione continuata o periodica ovvero siano ad esecuzione differita, e sempre che (art. 1469) i contratti medesimi non abbiano natura aleatoria o tali siano da considerarsi per volontà delle parti. L'eccessiva onerosità della prestazione di una delle parti deve essere sopravvenuta "per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili" e non deve conseguire ad una "alea normale del contratto". La giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, 25 maggio 2007 n. 12235) ha avuto modo di affermare che l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione nei contratti a titolo gratuito consiste nella sopravvenuta sproporzione tra il valore originario della prestazione ed il valore successivo, mentre nei contratti onerosi consiste nella sopravvenuta sproporzione tra i valori delle prestazioni, sicché l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, in presenza di squilibrio tra le prestazioni dovuto ad eventi straordinari ed imprevedibili, non rientranti nell'ambito della normale alea contrattuale, ai sensi dell'art. 1467 cod. civ. determina la risoluzione del contratto.»

Segue - Sulla configurabilità, in materia di PPP, della «eccessiva onerosità sopravvenuta»

«Si è altresì precisato (Cass. civ., sez. III, 19 ottobre 2006 n. 22396), che l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, per potere determinare la risoluzione del contratto, richiede la sussistenza di due necessari requisiti: da un lato, **un intervenuto squilibrio tra le prestazioni, non previsto al momento della conclusione del contratto, dall'altro, la riconducibilità della eccessiva onerosità sopravvenuta ad eventi straordinari ed imprevedibili, che non rientrano nell'ambito della normale alea contrattuale**. Il carattere della straordinarietà è di natura oggettiva, qualificando un evento in base all'apprezzamento di elementi, quali la frequenza, le dimensioni, l'intensità, suscettibili di misurazioni (e quindi, tali da consentire, attraverso analisi quantitative, classificazioni quanto meno di carattere statistico), mentre il carattere della imprevedibilità ha fondamento soggettivo, facendo riferimento alla fenomenologia della conoscenza. [...] Nella concessione di lavori pubblici, può affermarsi, in prima approssimazione, che il sinallagma contrattuale è rappresentato dalla obbligazione assunta dalla Pubblica Amministrazione ad assegnare la gestione dell'opera a colui che la ha realizzata (unicamente oppure unitamente al pagamento di un prezzo) a fronte della obbligazione consistente nella prestazione di realizzazione dell'opera.

Allo stesso modo, nella concessione di servizi l'assegnazione della gestione del servizio (da sola ovvero unita al pagamento di un prezzo) costituisce l'obbligazione della Pubblica Amministrazione a fronte della obbligazione del privato alla fornitura del servizio.

Ciò che, in particolare ed in ambedue le ipotesi, realizza l'equilibrio patrimoniale delle prestazioni (quell'equilibrio cui occorre fare riferimento ai fini della verifica delle condizioni legittimanti la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta) è l'utile ricavato dal concessionario dalla gestione dell'opera o del servizio, cui si aggiunge (o meno) il prezzo corrisposto dalla amministrazione pubblica.»

Segue - Sulla configurabilità, in materia di PPP, della «eccessiva onerosità sopravvenuta»

«[...] Quanto ora esposto, già desumibile dal previgente art. 3 d. lgs. n. 163/2006 (applicabile al caso di specie) è ora esplicitato dall'art. 3 d. lgs. n. 50/2016, laddove prevede l'assunzione da parte del privato del "rischio operativo", cioè della possibilità che questi non rientri degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti "in condizioni normali" (in ciò, sostanzialmente, riproponendo la generale distinzione tra alea normale ed alea straordinaria ed imprevedibile).

La previsione della assunzione del rischio operativo, richiedendosi altresì che il privato si esponga ad una "reale esposizione alle fluttuazioni del mercato", escludendosi dal concetto stesso di "rischio" quelle perdite stimate che siano "puramente nominali o trascurabili", non trasforma il contratto di concessione di lavori pubblici o di concessione di servizi da commutativi in contratti aleatori "per loro natura" (art. 1469 cod. civ.).

Tale previsione rende espresso, per il tramite del richiamo positivo, il concetto di "alea normale" che accompagna i predetti contratti, poiché essi prevedono il conseguimento di un equilibrio patrimoniale solo all'esito di un non breve periodo di gestione del servizio pubblico, per sua natura esposto ad eventi negativi, ma pur tuttavia normali e prevedibili.»

Segue - Sulla configurabilità, in materia di PPP, della «eccessiva onerosità sopravvenuta»

«fenomeni chiaramente connessi all'andamento economico del mercato, pur se negativi e perduranti, non possono essere definiti straordinari, dovendosi dare per possibile un andamento negativo dell'economia nel breve/medio periodo e, dunque, un calo della domanda [...].»

In definitiva, la proiezione temporale della attività di gestione dalla quale conseguire l'utile remunerativo della propria prestazione rende plausibile (se non inevitabile) una modifica delle condizioni (di fatto e di diritto) presenti al momento di stipula del contratto, di modo che ciò che deve caratterizzare tali modifiche, perché esse possano fuoriuscire dal concetto di alea normale, deve porsi in termini di oggettiva straordinarietà per dimensioni, intensità e durata, e non rientrare nelle normali fluttuazioni di mercato.

D'altra parte, l'evento che incide sulla proporzione delle prestazioni deve essere, oltre che oggettivamente straordinario, anche soggettivamente imprevedibile (Cass. civ., n. 22396/2006 cit.), e, dunque, deve sfuggire alla possibilità di conoscenza del soggetto che invoca la risoluzione.»

La «sorte» del diritto di prelazione se il promotore presenta un'offerta non ammissibile

TAR Roma, sez. I-bis, 13 marzo 2023, n. 4338

[...] il richiamato articolo 183, comma 15, prevede una procedura articolata in due fasi: – in una prima fase, gli operatori economici possono presentare le proprie proposte all’Amministrazione, la quale valuta la relativa fattibilità, con facoltà di richiedere eventuali modifiche, e provvede quindi all’approvazione del progetto di fattibilità ritenuto d’interesse pubblico, riconoscendo per l’effetto all’operatore che lo ha presentato la veste di “promotore”; – nella seconda fase, viene indetta una gara, alla quale è invitato il promotore, sulla base del progetto di fattibilità approvato, e si prevede che “se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell’aggiudicazione, 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 (...). 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 (...)”. 2.3. L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha avuto modo di approfondire il **rapporto tra le suddette fasi della procedura della finanza di progetto** nella sentenza n. 1 del 2012. [...] Il Collegio ritiene, pertanto, di doversi attenere al principio di diritto enunciato dalla richiamata sentenza dell’Adunanza plenaria, in base al quale “nel procedimento di project financing, articolato in più fasi, la prima delle quali si conclude con la scelta, da parte della stazione appaltante, del promotore, **l’atto di scelta del promotore determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti; tale atto è pertanto lesivo e deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l’esito degli ulteriori subprocedimenti di aggiudicazione della concessione”.**

Project financing anziché convenzione CONSIP

TAR Parma, sez. I, 21 luglio 2023, n. 235

3.2. Va premesso, in generale, che il dovere di adesione alle convenzioni Consip da parte delle Amministrazioni pubbliche avviene nel pieno rispetto dell'obbligo derivante dai principi del diritto nazionale ed europeo di individuare il migliore contraente tramite procedure ad evidenza pubblica, ma che – alla luce del disposto dell'art. 1, comma 1, del decreto-legge n. 95/2012 (conv. legge n. 135/2012) e dell'art. 1, comma 510, della legge n. 208/2015 – resta salva la facoltà delle singole Amministrazioni di attivare i propri strumenti di negoziazione, eccezionalmente, ove da ciò conseguano condizioni economiche più favorevoli rispetto a quelle fissate dalle convenzioni Consip, così come la suddetta facoltà sussiste anche quando, nell'esercizio del loro potere discrezionale, esse ritengano che la prestazione oggetto della convenzione non soddisfi il proprio fabbisogno per la mancanza di caratteristiche essenziali (v. Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 2022 n. 4128).

Ove, invece, manchi un obbligo di adesione, per trattarsi dell'affidamento della gestione integrata di un servizio e per essersi quindi al di fuori dell'approvvigionamento di beni rientranti in ben determinate "categorie merceologiche" (v. art. 1, comma 7, decreto-legge n. 95/2012), va pur sempre considerato che le norme vigenti esprimono per le convenzioni Consip un sicuro favor, desumibile anche dal fatto che queste rilevano comunque come parametri di prezzo-qualità fungenti da limiti massimi per la stipulazione dei contratti, sicché l'adesione alle stesse, indubbiamente privilegiata dal legislatore e qualificata anche dal fatto di trovarsi sorretta da una peculiare presunzione di convenienza, corrisponde per le Amministrazioni ad una sorta di regola di azione, da cui deriva che occorre una specifica istruttoria e motivazione sulla convenienza se si decida di fare ricorso al mercato, nel senso che l'ente pubblico dovrà in tal caso far constare l'utilità della propria iniziativa rispetto ai parametri della convenzione Consip di settore, mentre una motivazione del genere non può ritenersi di regola necessaria ove la scelta dell'Amministrazione cada proprio sulla convenzione Consip (v. Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2015 n. 2194).

Segue - Project financing anziché convenzione CONSIP

Quando, poi, le Amministrazioni intendano approvvigionarsi di dati servizi utilizzando lo strumento della finanza di progetto di cui all'art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016, viene in rilievo la diversa natura di tale istituto rispetto all'appalto previsto dalle convenzioni Consip, per rappresentare il trasferimento del rischio l'elemento dirimente del primo, che consente alle pubbliche Amministrazioni di realizzare opere e servizi tramite l'utilizzo di risorse alternative rispetto a quelle pubbliche, facendo affidamento sulla capacità del soggetto privato di effettuare investimenti e di gestire l'opera e il servizio; dal che, pertanto, la necessità di interpretare la disciplina della materia come non ostativa alla possibilità di utilizzo di strumenti contrattuali del tutto diversi – quale il project financing – tali da consentire risultati migliori, ai fini del raggiungimento dell'interesse pubblico perseguito e del rispetto del principio di buon andamento e di efficienza economica, rispetto alla convenzione quadro Consip di riferimento concernente il differente strumento dell'appalto pubblico, e ciò in quanto, ad interpretare in modo diverso tali disposizioni, la scelta prefigurata dal legislatore paleserebbe un possibile contrasto con i principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione e di rispetto dei vincoli di bilancio (artt. 97 e 81 Cost.), oltreché con i principi di libertà di stabilimento (art. 56 TFUE), libertà di prestazione (art. 49 TFUE), di libera concorrenza (art. 101 TFUE), da intendersi quale espressione dei generali principi garantiti dal diritto dell'Unione europea – in materia di contratti pubblici – di parità di trattamento, non discriminazione, mutuo riconoscimento, proporzionalità e trasparenza (v. Cons. Stato, Sez. III, 10 dicembre 2021 n. 8244).

Allorché, in ogni caso, una valutazione comparativa viene fatta tra la proposta di 'partenariato pubblico privato' e l'adesione alla convenzione Consip, occorre garantire il criterio dell'omogeneità, e cioè si rende necessario che il titolare della convenzione sia messo nelle condizioni di rendere concreta la propria offerta – attraverso la predisposizione di un apposito 'piano' – rispetto alle prestazioni astrattamente erogabili, non potendo il confronto essere effettuato con la sola convenzione (v. Cons. Stato, Sez. V, n. 4128/2022 cit.), così come la scelta di ricorrere alla 'finanza di progetto' deve essere debitamente motivata, evidenziando i vantaggi che ne conseguono rispetto all'altra soluzione esaminata, e in quanto espressione di ampia discrezionalità, anche tecnica, essa può essere sindacata dal giudice amministrativo solo per macroscopici errori di valutazione o palesi inesattezze di fatto (v. TAR Friuli Venezia Giulia 27 ottobre 2022 n. 429).

Concessionari e SOA: avvalimento nell'ATI o ricorso a fornitori esterni

TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 01 febbraio 2021, n. 302

La previsione del bando corrisponde a quella dell'art. 95 del DPR 207/2010, la cui applicabilità alle concessioni miste è riconosciuto dalla giurisprudenza (TAR Lazio, Roma, I, 28/10/2020 n. 10997).

Anche il disciplinare di gara prevede in modo implicito l'applicazione della suddetta norma in quanto stabilisce che "In alternativa ai requisiti previsti dall'art. 1.A. alle lett. b) e c), i Concorrenti possono incrementare i requisiti previsti alla lett. a) nella misura pari a 2 (due) volte", che rientra nella previsione dell'art. 95 c. 2 del DPR 207/2010.

Nel caso di specie il RTI ricorrente e la mandante A2A Smart City SpA hanno dichiarato che la mandante non ha il requisito di qualificazione richiesto per i lavori della categoria OS19 e che non intendono svolgerli con la propria organizzazione d'impresa, bensì intendono avvalersi, per lo svolgimento di questa prestazione accessoria, dell'affidamento a terzi oppure del subappalto.

La norma del comma 3 dell'art. 95 del DPR 207/2010 e la corrispondente previsione del bando di gara non precludono la possibilità che solo una parte dei lavori non siano eseguiti direttamente dal concessionario ma siano affidati a terzi mediante gara, in quanto non richiedono necessariamente che tutti i lavori siano esternalizzati.

Ne consegue che la possibilità di esternalizzare i lavori senza il possesso dei requisiti di qualificazione, in conformità alla disciplina prevista dal bando, è applicabile anche solo ad una parte dei lavori.

Conflitto di interesse nel caso il PPP sia presentato a un comune socio

Consiglio di Stato, sez. V, 06/05/2020, n. 2864

In senso conforme a quanto ora affermato, e cioè che è legittimo che un'amministrazione affidi contratti a proprie entità controllate all'esito di procedure di gara senza che in ciò possa automaticamente ravvisarsi un conflitto di interesse, si è del resto espresso già espressa questa Sezione. Dapprima con sentenza del 5 giugno 2018, n. 3401, si è statuito che l'art. 42, comma 2 d.lgs. n. 50 del 2016, si riferisce testualmente all'ipotesi di situazioni conflittuali in cui versa il «solo "personale" della stazione appaltante», senza che tale disposizione possa essere estesa alle «società partecipate o controllate dalla stazione appaltante»; ed in seguito, con sentenza 17 aprile 2019, n. 2511, in cui si è ribadito che «l'art. 42, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (cui rimanda l'art. 80, comma 5, lett. d) che ne fa una causa di esclusione dell'operatore economico)» si riferisce «a qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi», mentre l'ipotesi della partecipazione ad procedura di evidenza pubblica di una società partecipata dalla stazione appaltante, sebbene possa avere un «impatto potenzialmente maggiore sul piano dell'imparzialità e della trasparenza», è tuttavia diversa ed espressamente ammessa in base al testo unico in materia di società a partecipazione pubblica di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175.

[...]

Il parere ha così messo in evidenza, da un lato, l'insostenibilità della tesi del conflitto di interesse in caso di partecipazione alla gara di un soggetto controllato dalla stazione appaltante, per il paradosso cui si giungerebbe nel ritenere quest'ultima sarebbe contemporaneamente il «terzo avvantaggiato dal conflitto alla stessa stazione appaltante, riguardata schizofrenicamente ora come amministrazione aggiudicatrice ora come terzo»; e dall'altro lato ha ribadito che «il conflitto si deve verificare tra l'interesse funzionalizzato e l'interesse dell'agente o di un terzo con il quale l'agente versi in particolare rapporto tale da dividerne l'interesse stesso», mentre non può esservi un conflitto nel caso in cui il terzo avvantaggiato sia la società partecipata, poiché essa «rappresenta l'interesse del soggetto proprietario, vale a dire la stessa stazione appaltante», per cui «l'interesse funzionalizzato e l'interesse terzo coinciderebbero».

Possibilità/limiti apertura al mercato società in house 20%

Consiglio di Stato, sez. V, 20/01/2020, n. 444

*Con il secondo motivo di appello [l'appellante], ricordato che [l'appellata] è società in house per l'erogazione di servizi pubblici locali e come tale tenuta al rispetto dell'art. 16 del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (secondo cui "Gli statuti delle società di cui al presente articolo [ovvero le società in house] devono prevedere che **oltre l'ottanta per cento del loro fatturato** sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci"), ha sostenuto che il rispetto di tale soglia sia requisito soggettivo da cui dipende la stessa capacità di partecipazione della società in house alle gare competitive del mercato esterno e che di tale requisito sia priva [l'appellata]: i servizi analoghi dell'ultimo triennio di cui al par. 17.3.5 del disciplinare da essa dichiarati svolti da [l'appellata] in favore di [stazione appaltante] non avrebbero potuto essere utili ai fini di partecipazione alla gara, in quanto i bilanci di [l'appellata] attesterebbero che nel periodo il 2010 e il 2016 l'incidenza percentuale dei servizi prestati verso terzi sul valore totale della produzione è pari al 41,13% ed inoltre questi servizi sarebbero conseguenza di un affidamento diretto (ma non in house, in quanto [stazione appaltante] non era all'epoca socia di [l'appellata]).*

La censura è da respingere.

Il citato art. 16 del d.lgs. n. 175/2016, in conformità alla direttiva UE 2014/23, ha lo scopo di assicurare che il funzionamento della società in house sia improntato ad una regola interna in grado di conformarne l'operatività.

Senonché tale regola non viene in rilievo nel caso di specie nel quale non si contesta ovvero non è controversa la legittimità di un affidamento diretto di un appalto ad una società pubblica in house, quanto piuttosto si ritiene che i servizi effettivamente svolti dalla società in house non sarebbero utilizzabili proprio da quella società in house per partecipare ad una procedura aperta indetta da un'altra amministrazione a causa della presunta violazione del limite di operatività fissato dal predetto articolo.

Segue - Possibilità/limiti apertura al mercato società in house 20%

Al riguardo deve osservarsi, per un verso, le conseguenze dell'eventuale situazione irregolare in cui si trova [l'appellata] non determina la perdita della sua capacità di partecipare a gare pubbliche, trattandosi di una vera e propria sanzione che come tale dovrebbe essere tipica ed espressa, mentre non è neppure prevista dal Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016: l'art. 16, comma 4 del d.lgs. n. 175 del 2016 qualifica infatti il mancato rispetto del predetto limite quantitativo in termini di grave irregolarità, che, in quanto tale, può essere oggetto di denuncia degli amministratori dinanzi al tribunale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2409 Cod. civ., e di valutazione nell'ambito delle attività di monitoraggio, indirizzo e coordinamento delle società in house di competenza del Ministero dell'economia e delle finanze; inoltre essa è suscettibile di essere sanata dalla società in house ai sensi del comma 5, optando tra la rinuncia a una parte dei rapporti con soggetti terzi e conseguente scioglimento dei relativi contratti – sicchè i contratti con i terzi eccedenti il limite di legge non possono dirsi neanche affetti, a monte, da nullità – e la rinuncia agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci.

Né d'altro canto l'incapacità dedotta dall'appellante può conseguire dall'attività di coordinamento dei due testi normativi (TUSPP e Codice appalti), operazione che non può tradursi nella creazione di una sanzione non prevista dall'ordinamento.

In definitiva, come correttamente ritenuto dal tribunale, la prospettazione dell'appellante non è idonea a fondare l'invalidità della partecipazione alla gara da parte di [l'appellata].

02 I PPP e la realizzazione e gestione delle Comunità Energetiche Rinnovabili (CER)



IL PPP e la realizzazione e gestione delle Comunità Energetiche Rinnovabili (CER)

Una proposta di PPP avente ad oggetto una CER a "matrice pubblica" si può collocare nel solco della nuova legislazione, che in attuazione degli obiettivi euro-unitari, favorisce la transizione verso modi di produzione e consumo dell'energia più sostenibili, nell'ottica dello sviluppo di un sistema energetico meno dipendente dai combustibili fossili e meno inquinante.

In questo contesto, la normativa europea e nazionale ha disciplinato – da ultimo, con il tanto atteso Decreto del MASE 414 del 7 dicembre 2023, pubblicato il 23 gennaio 2024, volto a individuare il concreto funzionamento del meccanismo incentivante per la remunerazione degli impianti a FER inseriti nelle CER – le **comunità energetiche rinnovabili**, quale forma di autoconsumo che consente ai clienti finali, consumatori di energia elettrica, di associarsi per produrre, tramite fonti rinnovabili, energia elettrica per il proprio fabbisogno, "condividendola" all'interno della configurazione.

Per definizione, la CER persegue l'obiettivo principale di fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai propri membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari.

IL PPP e la realizzazione e gestione delle Comunità Energetiche Rinnovabili (CER)

Ipotesi di CER da realizzare mediante proposta di Project financing: il caso Provincia di Lecco (CER Provinciale in project financing)

A seguito della sottoscrizione del contratto di concessione, il concessionario provvederà alla **costituzione della CER e alle successive attività di promozione** della stessa.

La Proposta prevede anzitutto la **realizzazione, con oneri a carico del concessionario, di un primo set di impianti da Fonti di Energie Rinnovabili (FER)** su una prima dotazione di aree messe a disposizione dall'Amministrazione.

La Proposta prevede inoltre, ai fini di assicurare la massima efficacia nel dimensionamento della CER, anche **l'impegno del concessionario alla realizzazione di una quota di impianti aggiuntivi** fino a 15 MW di potenza ulteriore, su aree da individuarsi prioritariamente tra quelle apportate, mediante concessione del diritto di superficie, da altri Comuni e PP.AA. limitrofe e dall'Amministrazione Provinciale.

In seguito alla costituzione della CER, il concessionario provvederà a ricercare le aree disponibili e a valutare la fattibilità tecnica e finanziaria delle opportunità, nel rispetto dell'equilibrio economico-finanziario dell'operazione.

La Proposta prevede, per una concessione di **durata pari a 23 anni**, un **investimento stimato di oltre € 20 mln.**

IL PPP e la realizzazione e gestione delle Comunità Energetiche Rinnovabili (CER)

BENEFICI CONNESSI AL PROGETTO

- A) La realizzazione degli impianti fotovoltaici consentirà di conseguire un **significativo risparmio energetico**, anche sotto forma di azzeramento dell'inquinamento acustico e di produzione di energia elettrica senza produzione di emissioni inquinanti.
- B) Si incentiva la nascita di un **modello socio-economico circolare**, in cui i membri della CER sono impegnati nelle diverse fasi di produzione, consumo e scambio dell'energia. I consumatori passivi (consumer) si trasformano in consumatori attivi e produttori (**prosumer**), perché sono dotati di un proprio impianto per la generazione dell'energia elettrica per l'autoconsumo, cedendo la parte di energia in eccesso agli altri soggetti della CER.
- C) Benefici legati al modello economico:
- le utenze dell'edificio su cui sarà installato l'impianto godono anzitutto del **risparmio legato all'autoconsumo** dell'energia prodotta dall'impianto (che non proviene dalla rete). Le utenze pagheranno la fornitura direttamente al proprietario dell'impianto, beneficiando di una tariffa scontata;
 - **l'energia in eccesso** viene inviata alla rete elettrica e condivisa con la CER, che ne ricava una **remunerazione dal GSE**, una percentuale della quale viene destinata ai costi di gestione della CER.

IL PPP e la realizzazione e gestione delle Comunità Energetiche Rinnovabili (CER)

La remunerazione del GSE si compone di **3 tipi di contributo, ripartiti tra i membri della CER** in relazione al proprio status di produttori o consumatori:

- **quota valorizzazione dell'energia immessa in rete:**
 - a) se energia non condivisa: spetta ai produttori (perché non ha generato incentivazioni);
 - b) se energia condivisa: spetta principalmente ai produttori che hanno generato tale energia e, per una parte, ai consumatori (in caso di prezzi dell'energia elevati)
- **quota corrispettivo di restituzione delle componenti tariffarie di trasporto e distribuzione:** ugualmente distribuita tra produttori e consumatori che l'hanno direttamente generata consumando l'energia condivisa;
- **tariffa incentivante:** suddivisa tra consumatori e produttori **a seconda del tipo di finanziamento** sostenuto per l'installazione dell'impianto:
 - a) se investimento realizzato dal concessionario o da un privato cittadino: quota principale destinata a chi ha sostenuto l'investimento, quota minore ai consumatori che non hanno sostenuto l'investimento;
 - b) se investimento integralmente sostenuto dalla p.a.: quota principale destinata all'Amministrazione, che deciderà autonomamente come usufruirne (eventualmente anche destinandone una parte a un maggiore risparmio dei cittadini o alla lotta alla povertà energetica);
 - c) se investimento misto tra p.a. e Concessionario: percentuale di ripartizione proporzionale alla quota di investimento sostenuto; una quota è destinata ai consumatori;
 - d) se investimento realizzato in crowdfunding tra membri della CER: ripartizione tra investitori proporzionalmente all'impegno da ciascuno assunto; una quota ridotta destinata al risparmio dei consumatori non investitori.

IL PPP e la realizzazione e gestione delle Comunità Energetiche Rinnovabili (CER)

Benefici sociali sul territorio:

- **servizi aggiuntivi** che si possono creare per la comunità;
- **riqualificazione del territorio**;
- creazione di un **Fondo per la Povertà Energetica**, cui sarà destinata una quota dei benefici economici generati, al fine di sostenere la parte della popolazione in condizioni di difficoltà economica o di particolare fragilità (da distribuire secondo scelte dell'Amministrazione).

Tale schema operativo può essere senz'altro replicato anche su scala comunale so sovracomunale, attraverso una chiara allocazione del rischio giuridico (di produzione di energia e di disponibilità degli impianti).

Contatti



Giorgio Lezzi

Partner

Italy

T +39 02 5413 1736

giorgio.lezzi@osborneclarke.com

GRAZIE!

www.cuoa.it



FONDAZIONE CUOA - ALL RIGHTS RESERVED