



WEBINAR
LE NOVITA' DEL NUOVO CODICE DEGLI
APPALTI
(D.LGS.VO N. 36 DEL 31 MARZO 2023)

Gianpiero Fortunato

12 maggio 2023

Concessioni e PPP

- PPP definizione
 - Procedimento di affidamento concessione
 - Programma triennale del PPP
 - Incentivi per le concessioni
 - Procedimento affidamento concessione
 - Procedura negoziata
 - Procedimento finanza di progetto
 - Contratto di concessione
 - Contratti a canone
 - Equilibrio economico e finanziario
 - Modalità di riequilibrio
 - Revoca
-

Partenariato pubblico privato

definizione

Il partenariato pubblico privato **non è un procedimento amministrativo** ma un contratto tipico finalizzato alla creazione:

- di “**istituzioni**” quali le società miste (PPP istituzionale disciplinato dalla D.lgs. n. 175/2016)
- di **figure contrattuali** quali la concessione, locazione finanziaria, contratto di disponibilità, (PPP contrattualistico)

Ovviamente il Codice del 2023 si sofferma solo sulla disciplina del partenariato contrattualistico rimandando al D.lgs. n. 175/2016 (legge Madia) gli aspetti della costituzione di una società mista.

Procedimento amministrativo

Procedimento di affidamento programmazione

Si tratta dello strumento della **programmazione triennale delle esigenze pubbliche** idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato. Parrebbe che non si tratti di un elaborato specifico ma di un allegato alla programmazione dei lavori pubblici.

Procedimento di affidamento programmazione

L'amministrazione può **sollecitare i privati** a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, con le modalità di cui alla Finanza di progetto.

Si tratta, con ogni probabilità, della **pubblicazione di avvisi di consultazioni** di mercato.

Procedimento di affidamento

Incentivi contratti di concessione Traccia 1

Il Codice (art. 45 comma 1) stabilisce che “*Gli oneri relativi alle attività tecniche indicate nell’allegato I.10 sono a carico degli stanziamenti previsti per le singole **procedure di affidamento** di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti*”.

Procedimento di affidamento

Incentivi contratti di concessione – Traccia 2

Il legislatore del 2023 fa espressamente riferimento agli incentivi per procedure attuate dagli “**enti concedenti**”.

Allegato I.1 (art. 1, comma 1 lett. b) dispone che si intende per «**ente concedente**», “*qualsiasi amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore, ovvero altro soggetto, pubblico o privato, che **affida contratti di concessione di lavori o di servizi** e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice*”.

Procedimento di affidamento

contratto di concessione ad iniziativa pubblica

Il codice stabilisce il livello progettuale per le concessioni di lavori e servizi che hanno ad oggetto anche la realizzazione di lavori pubblici.

Si parte infatti dal primo livello progettuale quale **il progetto di fattibilità tecnica ed economica**.

Il fatto che la norma parli di aggiudicatario che si occupa della redazione del livello progettuale successivo ci fa capire che **la gara dovrà essere fatta solo sulle eventuali migliorie e varianti all'elaborato progettuale posto a base di gara**

Procedimento di affidamento **contratto di concessione ad iniziativa pubblica**

Il fatto che l'art. 182 comma 5 del Codice fa esplicito riferimento **allo schema di contratto e il piano economico-finanziario.**

Da questo discende che se l'affidamento della concessione è effettuata dalla stazione appaltante ad iniziativa pubblica gli elaborati da porre a base di gara sono i seguenti:

- 1) Progetto di fattibilità tecnica ed economica
 - 2) Schema di contratto di concessione
 - 3) Piano economico e finanziario
-

Procedimento di affidamento procedura negoziata sopra soglia

L'art. 182, comma 7, ha stabilito in maniera espressa che si può procedere con l'affidamento di un contratto di concessione senza pubblicazione di bando “*quando i lavori o i servizi possono essere forniti soltanto da un determinato operatore economico*” per le ragioni che ricalcano quasi pedissequamente quanto riportato nell'art. 63 del D.lgs. n. 50/2016:

- Gara deserta
 - Acquisizione opera d'arte
 - Esistenza di diritti esclusivi
 - Assenza di concorrenza per motivi tecnici
-

Procedimento di affidamento **procedura negoziata sotto soglia**

Si può ricorrere alla procedura negoziata (187, comma 1) per le concessioni aventi un **valore inferiore a quello previsto dalla soglia comunitaria**.

La procedura prevede una «*previa consultazione, ove esistenti, di **almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un **criterio di rotazione** degli inviti, individuati sulla base di **indagini di mercato o tramite **elenchi di operatori economici*******».

Procedimento di affidamento

Finanza di progetto

Il legislatore del 2023 giunge alla conclusione che l'istituto della Finanza di progetto non è un contratto e nemmeno uno strumento finanziario, **ma una semplice procedura semplificata per l'affidamento di un contratto di partenariato pubblico privato** (contrattualistico o istituzionale)

Procedimento di affidamento

Finanza di progetto

Il procedimento di Finanza di progetto **non prevede più, come nei vecchi codici, la possibilità di attivare ad iniziativa pubblica il procedimento** facendo una volta in più chiarezza tra le procedure da porre in essere per l'affidamento delle concessioni.

La Finanza di progetto è un procedimento che si attiva solo ad iniziativa privata

Procedimento di affidamento

Piano economico e finanziario

La novità indicata dal codice (art. 185, comma 5) riguardante la valutazione del piano economico e finanziario desta qualche perplessità.

La previsione di un giudizio emesso dalla commissione di gara **sull'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico e finanziario**, da emettere prima della apertura dell'offerta economica, potrebbe comportare l'involontaria conoscenza da parte dell'organismo valutativo di quanto contenuto proprio nell'offerta economica.

Contratto di concessione

Contratto di concessione

definizione dei contratti a canone

(ovvero concessioni di fornitura)

Il Codice (art. 77, comma 4) riporta nell'alveo naturale dei contratti di concessione anche i **contratti a canone (o concessioni di fornitura)** che il vecchio ordinamento ricomprendeva nei contratti di PPP specifici (*pubblica illuminazione, riqualificazione energetica etc.*).

Sono definiti come concessione i contratti dove la remunerazione degli investimenti o dei costi di gestione consiste:

- esclusivamente mediante la **domanda del servizio** o del bene da parte di terzi (concessione semplice);
 - dalla **fornitura del servizio** o del bene alla pubblica amministrazione (concessione a canone o di fornitura).
-

Contratto di concessione

il concetto di prezzo

Il codice del 2016 stabiliva alcune limitazioni al prezzo come il divieto di superare il 49% del costo dell'investimento complessivo da parte della contribuzione pubblica.

Il nuovo codice **rimuove tale limitazione** stabilendo che la contribuzione pubblica non potrà comunque avere l'effetto di **sollevare l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto.**

Si passa da una limitazione numerica a una teorica e quindi astratta.

Contratto di concessione

modalità di revisione dell'equilibrio economico e finanziario

Si potrà procedere al riequilibrio solo qualora si verificano eventi sopravvenuti, ma che siano straordinari ed imprevedibili. Tali eventi non devono essere comunque imputabili al concessionario e devono incidere in maniera significativa sull'equilibrio economico e finanziario dell'intervento.

Tra questi eventi il codice ne individua almeno uno: la mutazione della normativa ovvero della regolazione di riferimento. Il tutto lascia supporre che eventuali ulteriori eventi vadano indicati nel contratto.

Contratto di concessione

modalità di revisione dell'equilibrio economico e finanziario

Le attività di riequilibrio potranno essere richieste solo nella misura strettamente necessaria a **riconduurre il piano ai livelli di equilibrio** stabilito al momento della conclusione del contratto.

Non potranno essere apportate al contratto in sede di revisione **modifiche che possano alterare la natura della concessione**, o modifiche sostanziali che possano mutare concretamente le condizioni originarie di gara.

Nella sostanza gli **indici di redditività approvati in sede di gara non potranno essere modificati con le attività di riequilibrio**.

Contratto di concessione modalità di revisione dell'equilibrio economico e finanziario

Il codice del 2023 (art. 178, comma 5) dispone la possibilità di **prorogare il contratto** come modalità di revisione dello stesso, che la norma del 2016 aveva, troppo frettolosamente, espunto.

Contratto di concessione

Revoca

Il Codice ha finalmente eliminato dalla parte riguardante le concessioni l'istituto della **revoca**.

Si trattava di un provvedimento amministrativo che agisce su di un altro provvedimento e non sul contratto.

Per tali ragioni è sempre sembrato inconferente la sua presenza nella parte che riguardava la fase di esecuzione dei contratti di concessione. Per queste motivazioni è stato introdotto **l'istituto del recesso contrattuale**, molto più attinente con il quadro giuridico che disciplina la fase contrattualistica della concessione.

Contratto di concessione **risoluzione contrattuale**

Il D.lgs. n. 36/2023 con l'art. 190, comma 2 ha cercato di equiparare le risoluzioni contrattuali sia che avvengano per causa del concedente che per causa del concessionario rimandando però la disciplina alla fase contrattuale prevedendo una clausola penale di predeterminazione del danno e i criteri per il calcolo dell'indennizzo.

Contratto di concessione

risoluzione contrattuale

Questa formale equiparazione potrebbe avere delle conseguenze positive per la stesura dei contratti in quanto la parte privata non potrebbe accampare, in caso di risoluzione per sua responsabilità, un indennizzo per i lavori realizzati mantenendo in tal modo ferma la corretta allocazione dei rischi che non prevede sorte di indennità a favore del concessionario per la fase di costruzione dell'opera.

Concessioni

qualificazione delle stazioni appaltanti

L'art. 62, co. 18 del Codice, richiede alle stazioni appaltanti, per poter gestire contratti di partenariato pubblico privato, il possesso del livello di qualificazione intermedio o avanzato.

Concessioni

qualificazione delle stazioni appaltanti

L'Allegato II.4 dettaglia tali indicazioni aggiungendo che:

- per i lavori, ai fini dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato di qualsiasi importo le stazioni appaltanti devono possedere almeno una qualificazione di livello L2 e garantire la presenza di almeno un soggetto con esperienza di tre anni nella gestione di piani economici e finanziari e dei rischi.
- per servizi e forniture, ai fini dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti di concessione e di partenariato pubblico privato di qualsiasi importo, le stazioni appaltanti devono possedere almeno una qualificazione di livello SF2 e garantire la presenza di un soggetto con esperienza di tre anni nella gestione di piani economici e finanziari e dei rischi.

GRAZIE PER L'ATTENZIONE