



## ***PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO – CONTRATTI ATTIVI***

*3 LUGLIO 2024*

**Avv. Maria Paola Roullet**

**Avv. Rosario Scalise**

**[www.avvocatodicantiere.it](http://www.avvocatodicantiere.it)**

## ALLEGATO I.1

### Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti

#### Articolo 2.

##### *Definizioni dei contratti.*

1. Nel codice si intende per:

h) «**contratti attivi**», i contratti che non producono spesa e da cui deriva un'entrata per la pubblica amministrazione;

### Definizione di PPP (art 174)

Il PPP è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche:

- 1) un rapporto contrattuale di lungo periodo intercorrente tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati finalizzato al raggiungimento di un risultato di interesse pubblico;
- 2) le risorse necessarie per coprire i fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto provengono, in misura significativa, dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima;
- 3) il compito di realizzare e gestire il progetto spetta alla parte privata, mentre, la parte pubblica è tenuta a definire gli obiettivi da raggiungere e a verificarne l'attuazione;
- 4) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi grava sul soggetto privato.



# Il PPP non è un singolo contratto ma una operazione economica

che può essere realizzata mediante una **serie indefinita di contratti, anche atipici**

**Concessione** » →

Project Financing » →

Leasing » →

Contratto di disponibilità » →

Ogni altro tipo di contratto » → anche atipico purché abbia le caratteristiche delineate dall'art. 174 Dlgs. 36/2023

## Partenariato Pubblico-Privato

```
graph LR; A[Partenariato Pubblico-Privato] --> B[Comprende le figure della Concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché altri contratti «atipici» con la caratteristiche dell'art. 174, comma 1]; A --> C[IL PPP può essere di tipo contrattuale (concessione, locazione finanziaria, contratto di disponibilità ecc) o di tipo istituzionale (creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica, disciplinato dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TU società pubbliche) e dalle altre norme speciali di settore)]; A --> D[Il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità]; A --> E[La valutazione di convenienza si incentra sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo ... la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente];
```

Comprende le figure della **Concessione**, della **locazione finanziaria** e del **contratto di disponibilità**, nonché altri contratti «atipici» con la caratteristiche dell'art. 174, comma 1

IL PPP può essere di tipo **contrattuale** (concessione, locazione finanziaria, contratto di disponibilità ecc) o di tipo **istituzionale** (creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica, disciplinato dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (TU società pubbliche) e dalle altre norme speciali di settore)

Il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una valutazione **preliminare di convenienza e fattibilità**

La valutazione di convenienza si incentra **sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private**, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto **tra costi e benefici**, **sulla efficiente allocazione del rischio operativo** ... la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, **con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente**

# Partenariato Pubblico-Privato

## CONCESSIONE

l'ente concedente affida ad un operatore economico, selezionato mediante gara, l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di un servizio, **remunerandolo unicamente attraverso «il diritto di gestire le opere o i servizi oggetto del contratto» ovvero tale diritto «accompagnato da un prezzo»**, e sempreché il concessionario si assuma il «rischio operativo legato alla gestione delle opere o dei servizi». (Si veda definizione all. I al Codice – art. 2, lett. c)

Rischio operativo  
Contributo pubblico a sostegno  
Durata  
Subappalto  
Modifiche  
Risoluzione e Recesso  
Subentro  
Revisione del contratto

## La **FINANZA DI PROGETTO (PROJECT FINANCING)** :

- E' una **peculiare modalità di finanziamento della Concessione.**
- Il privato avanza la proposta contenente il progetto di fattibilità, la bozza di convenzione, il PEF le specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.
- Diritto di prelazione.
- Garanzie.
- Valutazione «tempestiva» dell'ente (non più 3 mesi).
- Gara con OEV (proponente deve partecipare).
- Società di scopo.

# Le finalità del PPP

- PPP → fenomeno multiforme → ELEMENTO COMUNE → COLLABORAZIONE FINALIZZATA AL PERSEGUIMENTO DI UN FINE COMUNE → **interesse pubblico**
- Coinvolgimento del privato nella gestione di servizi pubblici (anche non economici) → scelta di policy
- Il concetto di «interesse pubblico» - sotteso all'attuazione di un PPP - non è cristallizzato a priori → valutazione caso per caso
- **Traslazione del rischio operativo sul privato**
- Contratto off-balance sheet;

## Definizioni – Principi Generali

### Quale è la differenza tra contratto di appalto e concessione ?

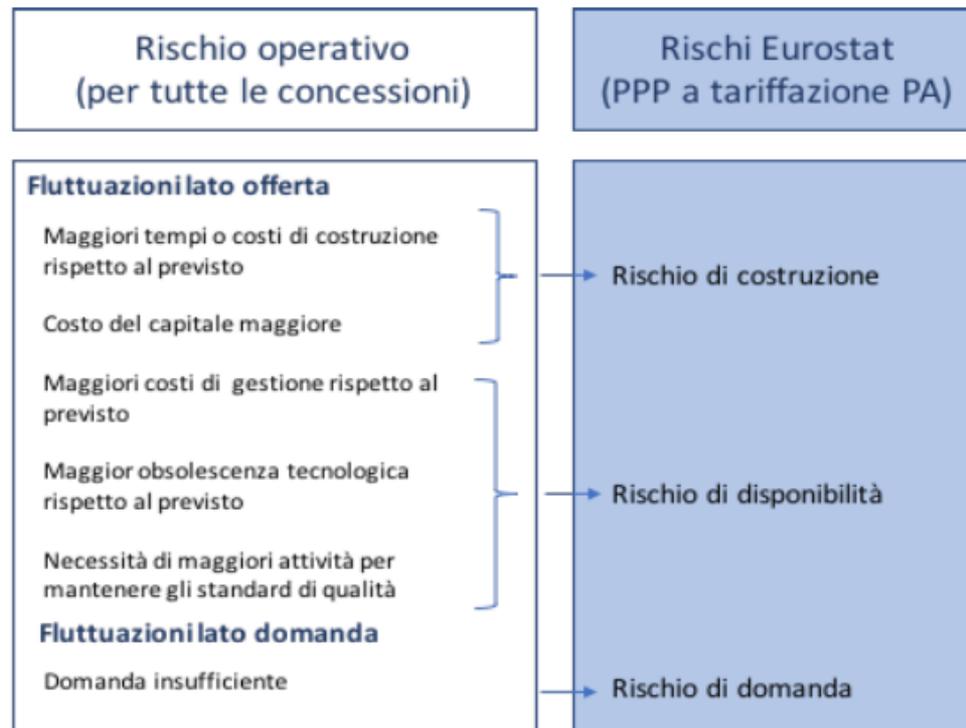
Il contratto di appalto è un contratto a prestazioni corrispettive, in cui si cristallizzano gli interessi delle parti, distinti anche nel corso dell'esecuzione e fino all'estinzione del rapporto. Il rischio per il privato è **solo operativo** → **il contratto ha natura commutativa**. L'operatore esegue una opera e viene retribuito per tale attività dalla PA (es: realizzazione scuola, acquedotto, strada).

Nei contratti di partenariato, quale contratto di partnership tra pubblico e privato, il privato finanzia in tutto o in parte l'opera da realizzare a fronte del diritto di gestire poi la stessa (assumendosene i rischi), mettendo altresì a disposizione conoscenze tecniche e scientifiche che arricchiscono il know-how delle amministrazioni pubbliche. Lo stesso privato recupera l'investimento dalla gestione dell'opera/servizio.

### Attenzione

Nei contratti di PPP al rischio proprio del «classico» appalto si aggiunge il rischio legato alla gestione dei lavori o servizi, ovvero la **possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione**; quindi il rischio di subire perdite rilevanti derivanti dallo squilibrio tra domanda ed offerta

# Macrocategorie di rischi allocabili



# LE REGOLE EUROSTAT CON VALIDITÀ SOLO “CONTABILE” E PER OPERAZIONI IN CUI IL PRINCIPALE PAGATORE È LA PA

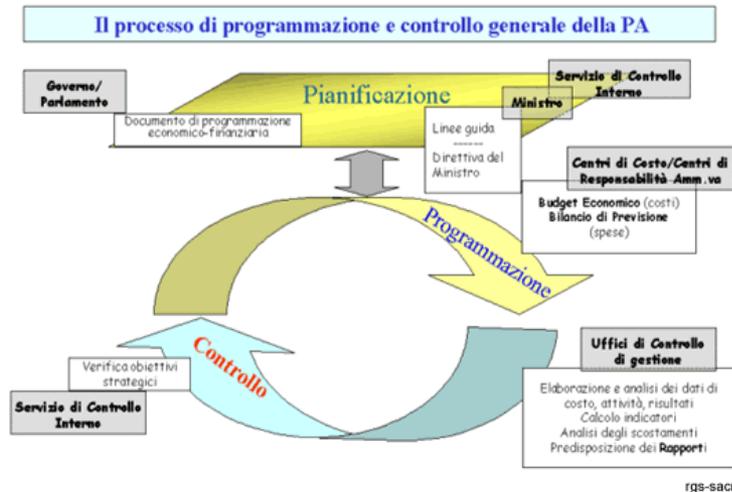
- • **Trasferimento del rischio di costruzione**
- • **Trasferimento del rischio di domanda e/o di disponibilità** (fondamentale il principio no disponibilita = no pagamento → va declinato con riferimento agli specifici progetti)
- • **Finanziamento pubblico inferiore al 50% -> attenzione alla possibilità di utilizzare i fondi di derivazione comunitaria (in ogni caso essendo una concessione il rischio deve permanere)**
- • **Garanzie sul finanziamento pubblico inferiori al 50%**
- • **Clausole di risoluzione anticipata con pagamento a valori di mercato (molto difficile da applicare)**
- • **Clausole di forza maggiore:** ben disciplinate, ma ci deve essere una sorta di condivisione/collaborazione
- • **Attenzione anche alle clausole di revenue sharing:** i maggiori costi devono prevedere anche maggiori benefici,
- **tuttavia è importante comprendere il contesto di riferimento**
- *Manuale Eurostat Marzo 2016*
- **Se il rischio operativo è allocato (e contributo <49%) il contratto di PPP è off-balance sheet**

# Attenzione!

- L'art. 174 D.lgs 36/2023 alla lettera b) prevede testualmente:

*<<b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima>>*

**Può ritenersi superato il limite del 49% fissato da Eurostat?**

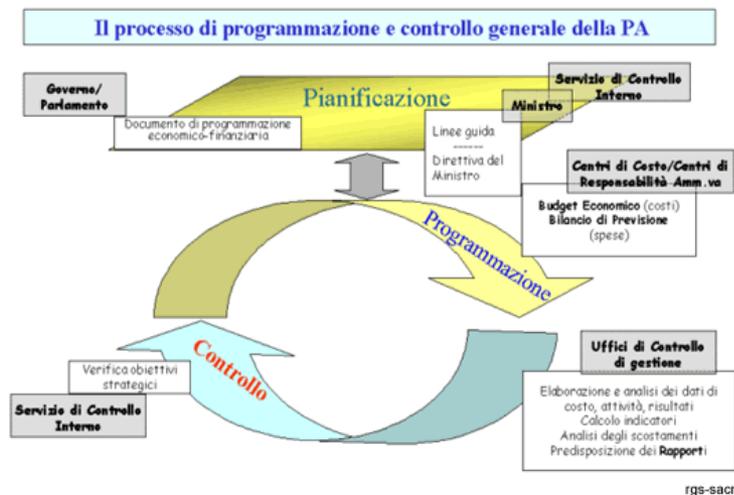


## Adempimenti in tema di programmazione

### Articolo 175.

Programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio.

- Le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato. Nel programma triennale le pubbliche amministrazioni indicano, per ciascun progetto, le eventuali ragioni che giustificano l'applicazione del criterio premiale in luogo della prelazione.**



## Adempimenti in tema di programmazione

### Articolo 175.

Programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio.

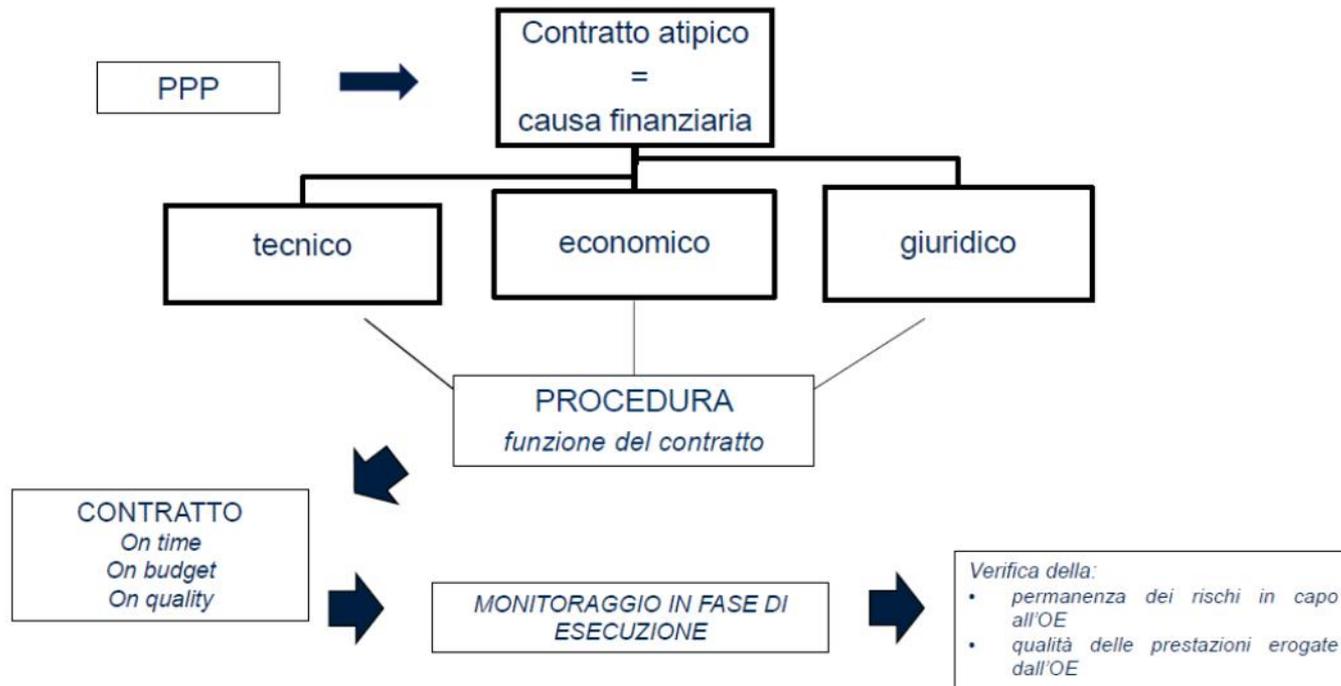
2. Il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una **valutazione preliminare di convenienza e fattibilità**. La valutazione si incentra sull' idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla **efficiente allocazione del rischio operativo**, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente.

## valutazione preliminare di convenienza e fattibilità → (art 175 comma 2)

- idoneità del progetto a essere **finanziato con risorse private**;
- condizioni necessarie a **ottimizzare il rapporto tra costi e benefici**;
- **efficiente allocazione del rischio operativo**;
- capacità di **generare soluzioni innovative**;
- capacità di **indebitamento dell'ente**;
- **disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale**.

A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, **nell'arco dell'intera durata del rapporto**, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente.

# Le sfaccettature del PPP



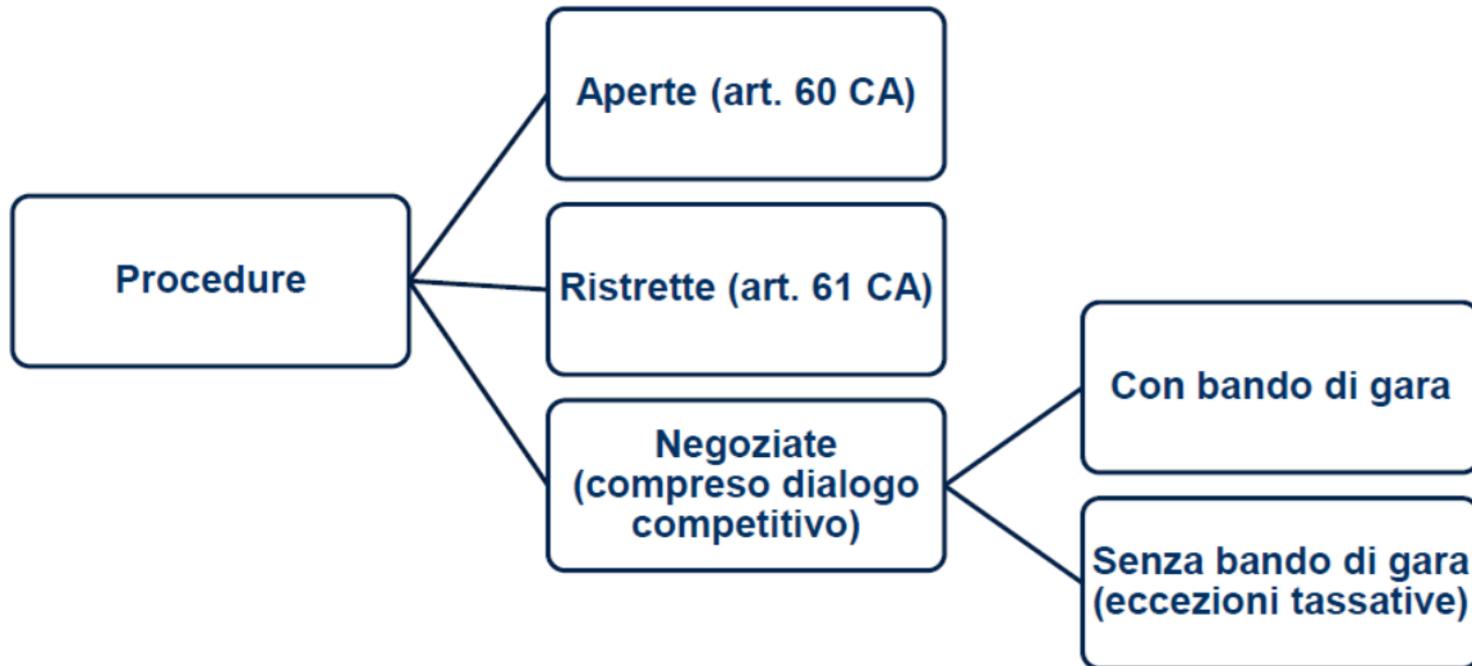
# I vantaggi del PPP

## RELAZIONE SPECIALE CORTE DEI CONTI EUROPEA N. 9/2018 – PARTENARIATI PUBBLICO-PRIVATI NELL'UE: CARENZE DIFFUSE E BENEFICI LIMITATI

### Motivi per attuare un PPP

- Tempi più brevi per la realizzazione di un investimento → importante finanziamento supplementare a integrazione delle dotazioni di bilancio
- Possibili incrementi di efficienza nell'attuazione dei progetti, grazie al completamento più rapido dei singoli progetti
- Possibilità di condividere i rischi con il *partner* privato e di ottimizzare i costi lungo tutto l'arco di vita dei progetti
- Possibilità di migliorare il livello della manutenzione e dei servizi rispetto ai progetti tradizionali, grazie all'approccio basato sull'intero ciclo di vita
- Possibilità di integrare competenze pubbliche e private per effettuare valutazioni di progetto approfondite e ottimizzare la portata dello stesso

# Le procedure



# LA CONCESSIONE COME MODELLO

## TIPO DEL PPP

Il **Libro IV** del Nuovo Codice introduce una disciplina unificata e compiuta del Partenariato Pubblico Privato (**PPP**), superando la separazione tra concessioni e PPP e riconducendo l'intera fenomenologia dei contratti alla Direttiva 2014/23 (**Direttiva Concessioni**)

- uniformare la disciplina in conformità con la Direttiva Concessioni e chiarire le esigenze sottese alle indicazioni Eurostat in materia di PPP
- Per i servizi d'interesse generale non economico (**SIG**) rinviare alle norme sui servizi pubblici locali tutte le questioni ad essi connesse
- Superare la scarsità di risorse necessarie per sostenere investimenti in opere e servizi pubblici
- Necessità di ricorrere al contributo dell'imprenditoria privata, a partire dall'affidamento delle fasi di progettazione e di investimento di grande volume, materiale e immateriale, al fine di realizzare investimenti di significativo valore, nonché di realizzare una adeguata valutazione degli stessi
- Consentire la trasfusione dei mezzi e dell'esperienza posseduta dal privato, da impegnare nella realizzazione delle opere di utilità pubblica e dei servizi
- Conseguire la piena attuazione della sussidiarietà sociale di cui all'articolo 118.4 della Costituzione (partenariato sociale)

# Art.177

## Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo

**Eliminata** la **distinzione sulle modalità di remunerazione** (tariffe degli utenti o Amministrazione)

**Co.1. Rischio operativo** « legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, e comprende un rischio dal lato della **domanda** o dal lato dell'**offerta** o da **entrambi**. Per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla **domanda effettiva di lavori o servizi** che sono oggetto del contratto Per rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'**offerta dei 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** »

**Co.2. Il concessionario** assume il **rischio operativo** quando, in **condizioni operative normali** e alla luce del contesto economico **non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti** per la gestione dei lavori/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**

La **valutazione del rischio operativo** deve considerare il **valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario**

**co.3** deriva da **fattori al di fuori del controllo** delle parti **non** rilevano i **rischi** connessi a **cattiva gestione**, a **inadempimenti contrattuali dell'OE** o a **causa di forza maggiore**

IN LINEA CON LA DIRETTIVA CONCESSIONI

# Concessione e traslazione del rischio operativo

## Categoria unificata:

i contratti remunerati dall'Ente Concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo si configurano come **concessioni** se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'OE dipende **esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene** oppure dalla loro fornitura;

se il rischio è soltanto sul **lato dell'offerta**, il contratto deve prevedere che il **corrispettivo sia erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera** nonché un **sistema di penali** che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo 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 variazioni in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme dell'investimento, dei costi e dei ricavi

**Equilibrio e contributo:** contratto deve garantire la **conservazione dell'equilibrio economico finanziario** intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico finanziario è ammesso un intervento pubblico di sostegno, nella forma di un corrispettivo per la parte del rischio non traslata sul privato a titolo di sostegno.

**NON C'È SOGLIA MA l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio**

# segue

- **Art. 178 - Durata della concessione** → come nel Codice dei contratti vigente
- **Art. 179 - Soglia e metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni** → sostanzialmente come nel Codice dei contratti vigente **MA** con rinvio anche alla disciplina dei lotti – Elementi:
  - a) il valore di eventuali clausole di opzione e di eventuali proroghe della durata della concessione
  - b) gli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'EC
  - c) i pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario in qualsivoglia forma dall'EC o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento (contributo)
  - d) il valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione
  - e) le entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione
  - f) il valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dagli EC, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi
  - g) ogni premio o pagamento ai candidati o agli offerenti.
- **Art. 180 - Contratti misti di concessione** → sostanzialmente come nel Codice dei contratti vigente **MA** semplificato e più chiaro
- **Art. 181 - Contratti esclusi** → sono esplicitamente esclusi dalla disciplina dettata in materia di concessioni i SIG e le concessioni escluse ai sensi della Direttiva Concessioni, a cui si fa rinvio

# La finanza di progetto

---

D.lgs 36/2023

artt. 193-196



Eliminata la procedura ad evidenza pubblica.

Solo i privati possono formulare la proposta.

Ma solo nei limiti del **piano triennale dell'ente?**

**No!** il silenzio sul punto dell'art. 193 induce a ritenere che **possono essere oggetto di proposta anche opere non inserite negli atti di programmazione**, in continuità con le previsioni del codice 2016



Non disciplinati i requisiti dei proponenti: l'art. 193 del Codice 2023 nulla dice al riguardo. Per presentare proposte non occorre essere in possesso di specifici i requisiti.

Al comma 1 si prevede specificatamente la possibilità di presentare proposte anche in capo agli investitori istituzionali e banche o istituti nazionali di promozione.

La volontà di favorire l'ingresso di investitori istituzionali è confermata dalla previsione di cui all'art. 198, comma 3, per la quale gli investitori istituzionali potranno partecipare alla successiva gara volta all'aggiudicazione della concessione, avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti e potranno subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto (art. 198, comma 3).

# La disciplina del PF

**Artt. 193-195:** è dettata la disciplina relativa alla finanza di progetto.

\* possibilità per gli OE presentino proposte relative alla realizzazione di lavori e servizi, ed è esplicitata la facoltà, per gli EC, di sollecitare il mercato per la presentazione di proposte

\* possibilità per gli investitori istituzionali di formulare proposte salva la necessità, nella successiva gara, di associarsi o consorziarsi con OE in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi investitori istituzionali ne siano privi → prevista espressamente la possibilità di avvalimento e/o di subappalto totale

\* Valutazione **tempestiva** della fattibilità della proposta [entro 90 giorni, non indicato come termine perentorio], invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione → se il promotore non apporta le modifiche richieste, come eventualmente rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dallo stesso promotore per recepire le indicazioni dell'EC → la proposta è respinta → il progetto di fattibilità, una volta approvato, è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'EC ed è posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione

# Il contenuto della proposta



### Art. 193 co.1

Ciascuna proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno.

- ✓ Progetto di fattibilità
- ✓ Bozza di convenzione
- ✓ PEF asseverato, che comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno
- ✓ specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione

Come già visto non vi è alcun rinvio a disposizioni sui requisiti del concessionario → **le relative**

**dichiarazioni non sono previste espressamente al momento della proposta**

**non è menzionata la matrice dei rischi**

**non è prevista alcuna cauzione, né impegno a presentare la cauzione in fase di gara per la copertura delle spese della proposta**



## Il diritto di prelazione

### ART. 193 co. 8

8. 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, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo.



# Alcuni principi applicabili alla fase di valutazione della proposta

## Principi applicabili alla fase di valutazione della Proposta

Fase caratterizzata da un **alto livello di discrezionalità** da parte della AA → valutazioni di interesse pubblico e fattibilità strettamente connesse a scelte interne, sindacabili in sede giurisdizionale solo sotto il profilo della manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà e degli errori di fatto (cfr. ordin. cautelare TAR Piemonte, n. 00041/2019)

**CdS, V, 19.06.2019, n. 4186:** la procedura di *project financing* 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 ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità, quest'ultima a sua volta distinta nelle sub-fasi di individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e di eventuale esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione → 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, 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 → fase non concorsuale (**TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 28.03.2019, n. 691**)

# La fase della valutazione (segue)

## Principi applicabili alla fase di valutazione della Proposta

### Rispetto di

- principi generali dell'agere amministrativo (cfr. L. 241/90 e ss.mm.ii. e TAR Lazio-Roma n. 5702/2017) e principio generale civilistico di buona fede precontrattuale (cfr. CdS Ad. Plen. n. 5/2018 e CdS, Sez. V, 11.01.2021, n. 368 → danni! → cfr. *infra*)
- obbligo di valutazione e di motivazione in caso di mancato accoglimento (TAR Friuli Venezia Giulia n. 310/2020 e n. 335/2017)
- obbligo di adozione di un atto espresso (cfr. Delibera ANAC n. 329/2021: «*Le amministrazioni sono tenute a concludere il procedimento di valutazione di fattibilità, sia essa positiva che negativa, delle proposte degli operatori economici di cui all'art. 183, co.15, d.lgs. 50/2016 con l'adozione di un provvedimento amministrativo espresso e motivato ai sensi della l. 241/1990*»)

# Limiti al potere discrezionale

La giurisprudenza ha chiarito che sussistono pur sempre dei limiti alla discrezionalità amministrativa, in quanto un comportamento non in buona fede dell'Amministrazione può generare responsabilità precontrattuale in capo alla stessa:

- in caso di mancata conclusione del procedimento di *project financing*, **sussiste la responsabilità precontrattuale** dell'Amministrazione che, pur non adottando provvedimenti illegittimi, tenga un **comportamento non ispirato al canone di correttezza e buona fede** e, perciò, lesivo delle legittime aspettative ingenerate nel contraente privato ovvero della ragionevole convinzione del danneggiato circa il buon esito delle trattative
- tale responsabilità va, in particolare, riconosciuta quando l'Amministrazione prima pronunci (senza adeguata verifica delle effettive e concrete condizioni di attuabilità) la dichiarazione di pubblico interesse, approvando, senza riserve, il progetto proveniente dal promotore, e, successivamente, ne disponga il (pur legittimo) annullamento in autotutela, laddove si avveda di insuperabili ragioni ostative che avrebbero potuto (e dovuto) essere immediatamente rilevate, ovvero si risolva, comunque, ad una diversa valutazione della praticabilità (o della convenienza) dell'intervento o del ricorso allo strumento della finanza di progetto (CdS 368/21 cit.)

# Limiti al potere discrezionale (segue)

## Principi applicabili alla fase di valutazione della Proposta

### MA

- AA non ha il dovere → piuttosto il potere di disporre integrazioni istruttorie e tale potere non può ritenersi illimitato, presupponendo che la documentazione prodotta sia tale da consentire ad essa di valutare, sebbene *prima facie*, la fattibilità tecnica della proposta e la sua sostenibilità economica, insieme alla rispondenza della stessa al pubblico interesse → proposta completa, coerente e munita dei requisiti, salvi gli approfondimenti e le integrazioni istruttorie necessarie a pervenire ad una valutazione completa ed esaustiva: il potere di integrazione non può risolversi nel completamento di una proposta che sia carente degli elementi minimi a definirla contenutisticamente (CdS, sez. III, 12.10.2020, n. 6042) → **NO** generale obbligo dell'AA di attivare il soccorso istruttorio/procedimentale in base alla normativa sul procedimento amministrativo, in ragione della specialità della disciplina dettata dall'art. 183, co. 15 CA (TAR Sicilia, Catania, sez. I, 31.03.2022, n. 933): incompletezza della proposta → **NO** obbligo per AA di attivare il soccorso procedimentale e legittima la determinazione (negativa) dell'AA che non la ritenga meritevole di accoglimento alla luce degli interessi pubblici che essa intende perseguire → **NO obbligo, MA facoltà!**

# Criteri di aggiudicazione

Art. 193

co 3. Il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo.

5. I concorrenti, compreso il promotore, in possesso dei requisiti previsti dal bando, presentano un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e le varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando.

9. In relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l'ente concedente tiene conto, tra i criteri di aggiudicazione, della quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica.

## Art. 193 co. 5

### contenuto delle offerte

- ✓ PEF asseverato
- ✓ specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione
- ✓ varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando



Art. 193 co. 6

le garanzie!

Previste solo in sede di gara



- ✓ 6. Le offerte sono corredate delle garanzie di cui all'[articolo 106 \(provvisoria\)](#). Il soggetto aggiudicatario presta la garanzia di cui all'[articolo 117 \(definitiva\)](#). 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.

# Società di scopo

## Art. 194 - società di scopo (non più di progetto):

- ✓ **Obbligo** per l'aggiudicatario di costituire una società di scopo in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile →
- ✓ ammontare minimo del capitale sociale indicato nel bando
- ✓ contratto di concessione disciplina, oltre alle modalità di cessione delle quote, anche le modalità di **sostituzione dei soci della società di scopo che, nel corso dell'esecuzione del contratto, perdano i requisiti di qualificazione**

restante disciplina immutata

**Art. 195 - Obbligazioni delle società di scopo:** disciplina della possibilità, per le società di scopo, di emettere strumenti finanziari di debito – come nel D.lgs. 50/2016



# La locazione finanziaria

# La locazione finanziaria

## Art. 196 - locazione finanziaria:

la società di locazione finanziaria acquista da un OE un bene **esistente** o da **realizzare** e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori

se lo schema di contratto prevede il trasferimento del rischio operativo, si applicano le norme sulle concessioni e sugli altri contratti di PPP, altrimenti si applicano, le disposizioni in materia di appalto pubblico di lavori

base di gara → almeno un progetto di fattibilità, comprensivo del piano finanziario

se l'offerente è un RTI costituito dal soggetto finanziatore e da uno/più OE realizzatori, ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto, altrimenti: il soggetto finanziatore può presentare l'offerta anche singolarmente, ricorrendo all'avvalimento

adempimento delle obbligazioni dell'EC → condizionato all'esito positivo del collaudo, o della verifica di conformità della gestione funzionale dell'opera secondo le modalità stabilite → aggiudicatario assicura la corretta manutenzione del bene sino al momento del riscatto → opera soggetta al regime delle opere pubbliche solo se il riscatto è obbligatorio

→ anche anticipato

– cessione del diritto di superficie consentita espressamente



# Art. 197 - contratto di disponibilità:



OE si obbliga, verso un corrispettivo e con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, a compiere e a far godere all'EC un'opera, destinata all'esercizio di un pubblico servizio.

L'OE garantisce il miglior godimento dell'opera, mantenendola in stato da servire all'uso convenuto ed eliminandone a proprie spese i vizi, anche sopravvenuti.

Il contratto può prevedere il trasferimento in proprietà all'EC dell'opera, verso il pagamento di un corrispettivo ulteriore corrispettivo → un canone di disponibilità, commisurato all'effettivo periodo per il quale l'OE ha garantito il godimento dell'opera quando è convenuto il trasferimento della proprietà dell'opera all'EC, il corrispettivo si compone anche di un eventuale contributo in corso d'opera, non superiore al 50% del costo di costruzione dell'opera

un prezzo di trasferimento, da pagare al termine del contratto, determinato in relazione al valore di mercato residuo dell'opera e tenendo conto dell'importo versato a titolo di canone e di eventuale contributo in corso d'opera

# Contenuto della convenzione suggerimenti!



# Cosa deve contenere la convenzione

- procedure di collaudo e di verifica di conformità
- modalità e termini per la manutenzione e per la gestione, nonché i poteri di controllo
- penali, ipotesi di risoluzione contrattuale, nonché relative procedure, con indicazione delle voci da computare ai fini della quantificazione delle somme dovute
- modalità di corresponsione dell'eventuale prezzo
- criteri per la determinazione e l'adeguamento della tariffa all'utenza
- modalità e termini di adempimento di eventuali oneri
- garanzie assicurative richieste per le attività di progettazione, costruzione e gestione
- modalità, termini e oneri relativi alla consegna dell'opera al termine del contratto
- eventuali modalità per il trasferimento e immissione in possesso dell'immobile anteriormente all'ultimazione dei lavori
- PEF, nonché cause e modalità per la sua revisione
- corrispettivo per l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato