



25 GENNAIO 2023

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO NEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

In data 7 dicembre 2022 il Consiglio di Stato ha trasmesso al governo lo **schema definitivo** di **codice dei contratti pubblici** in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022 n. 78, **recante la delega al governo in materia di contratti pubblici** (di seguito Schema) approvato in via preliminare dal governo in data 16 dicembre 2022 che prevede la razionalizzazione e semplificazione anche mediante la previsione di contratti tipo e bandi tipo ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubbliche utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti.

Lo schema approvato dedica l'intero **libro IV** al **partenariato pubblico privato** (di seguito **PPP**).

Obiettivo della riforma è rendere il PPP "più attrattivo per amministrazioni, operatori economici ed investitori istituzionali" ed evitare politiche di bilancio che hanno incentivato l'uso distorto dei PPP, trasformandolo talvolta in uno strumento "per ovviare surrettiziamente alle misure restrittive della finanza pubblica".

Lo schema si è quindi concentrato sulla certezza del diritto fornendo un quadro chiaro della ripartizione dei rischi, sulla specializzazione degli enti concedenti a cui è stata data la possibilità di avvalersi del DIPE, come organo consultivo, da una maggiore flessibilità e semplificazione delle procedure, dalla riduzione del rischio regolatorio e infine da una maggiore attenzione agli aspetti legati alla fase esecutiva del PPP.

Lo schema prevede l'abrogazione dei vigenti articoli 3 e 180 del D.Lgs. 50/2016 che vengono sostituiti dall'articolo 174: questa norma descrive l'operazione di partenariato pubblico privato e i principi fondamentali che devono regolarlo.

L'articolo 175 dello schema prevede in sintesi:

- 1) l'introduzione di un programma triennale delle esigenze/opere pubbliche idonee ad essere realizzate attraverso forme di PPP;
- 2) l'introduzione della valutazione preliminare di convenienza e fattibilità delle operazioni di PPP;
- 3) la valutazione del DIPE per i progetti di PPP di interesse statale finanziati con contributi a carico dello Stato o per progetti complessi. Detto parere del DIPE non è vincolante e deve essere reso entro 45 giorni dalla relativa richiesta: per questi stessi progetti è stata introdotta la facoltà di sottoposizione dello schema di contratto ai pareri del Consiglio Superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato;
- 4) snellimento delle procedure per l'effettuazione dei controlli da parte dell'ente concedente finalizzati a verificare la permanenza in capo al concessionario del rischio economico trasferito (che dovrebbe portare alla disapplicazione delle Linee Guida ANAC).



La novità più interessante riguarda la modifica della disciplina relativa al contributo pubblico ai fini del raggiungimento e mantenimento dell'equilibrio economico finanziario nelle concessioni.

In particolare viene **eliminato il limite quantitativo del 49% di contributo pubblico** e viene inserita una previsione più generale ai sensi della quale ai fini della finanza pubblica si applicano direttamente i contenuti delle decisioni Eurostat in conformità con quanto statuito dalla recente Delibera ANAC n. 432/2022, in tema di loan (prestiti onerosi soggetti a obbligo di restituzione) e grants (risorse a fondo perduto) e compatibilità dei soli secondi entro il limite percentuale previsto da Eurostat e compatibilità del contratto di concessione con le ipotesi di termination anticipata per cause di forza maggiore o imputabili al Concedente a fronte di un riconoscimento di un indennizzo a favore del concessionario.

L'art. 178 dello Schema prevede un divieto generale di proroga delle concessioni, salvo eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, che incidono sull'equilibrio economico finanziario della concessione. In questo caso è accordato alle parti di procedere ad una revisione del piano economico finanziario e dunque, anche a prorogare il contratto nella misura necessaria ricondurre il PEF in equilibrio.

L'articolo 182 accorpa in un'unica disposizione le previsioni degli articoli 170 e 171 del D.Lgs. 50/2016 e prevede l'introduzione della possibilità di pubblicare un bando di concessione quando i lavori o i servizi possono essere forniti solo da un determinato operatore economico per alcune specifiche ipotesi; l'estensione della disciplina della procedura negoziata senza bando alle concessioni per la mancata presentazione di offerte o per la presentazione di offerte inappropriate in risposta ad una precedente procedura di concessione.

La disciplina del subappalto viene profondamente revisionata prevedendo una unica regola che vale per tutti i contratti pubblici e quindi anche per gli appalti e prevede la possibilità di subappaltare tutte le prestazioni oggetto del contratto pubblico. In questo senso quindi la disposizione consente "l'immediata riferibilità a quanto espresso dalla giurisprudenza europea sulla disciplina nazionale in materia di subappalto".

In particolare, viene prevista la soppressione dei limiti quantitativi al subappalto, il rispetto da parte del subappaltatore dell'obbligo di indicare una terna di nominativi di subappaltatori in fase di aggiudicazione e di offerta, l'eliminazione del divieto indiscriminato di subappalto a cascata in conformità alla più recente giurisprudenza europea sul tema.

Infine lo schema introduce rilevanti novità in materia di risoluzione e di recesso.

In particolare, il nuovo art. 190 che sostituisce il vecchio art. 176 prevede (i) una clausola penale di predeterminazione del danno al fine di regolare il quantum di risarcimento del danno occasionato dall'inadempimento o dal ritardo del concessionario e (ii) la revisione degli importi in caso di recesso da parte della pubblica amministrazione a favore del concessionario; è previsto il riconoscimento di un indennizzo a titolo di mancato guadagno per un valore compreso tra un minimo del 2% e un massimo del 5% degli utili previsti dal PEF in base ad una valutazione che terrà conto degli investimenti effettuati e della protezione dei crediti dei soggetti finanziatori.

L'art. 192 dello schema che sostituisce l'art. 165 del codice prevede la delimitazione delle ipotesi di revisione del contratto di concessione: rimangono gli eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili nonché il mutamento della normativa di riferimento e la preventiva valutazione del DIPE per le opere di interesse statale o finanziate con un contributo a carico dello Stato.



Particolarmente in tema di finanza di progetto viene inserita nella parte seconda del libro IV dedicato appunto ai contratti di concessione, l'eliminazione di tutti i riferimenti alla nautica da diporto, l'eliminazione della finanza di progetto ad iniziativa pubblica in quanto ritenuta una duplicazione rispetto alla scelta della pubblica amministrazione di indire una gara pubblica per l'affidamento di una concessione; l'eliminazione della possibilità per gli operatori economici di presentare proposte, anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, a causa della previsione di analogo tenore di cui all'articolo 175.

In sostanza sembra possibile che gli **operatori economici possono presentare proposte di PPP sia in relazione a progetti già presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione, sia per iniziative non presenti nei predetti strumenti di programmazione, ma proponendo modalità diverse di realizzazione.**

Lo schema prevede altresì il potere dell'ente concedente di sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti compresi negli strumenti di programmazione, consentendo quindi alle imprese di conoscere in anticipo il fabbisogno esigenziale degli interventi pubblici da eseguirsi nel programma triennale con forme di PPP.

Viene modificato il diritto di prelazione con l'introduzione della possibilità alternativa di prevedere nel bando l'esercizio del diritto di prelazione in capo al proponente o di riconoscere allo stesso proponente un punteggio premiale in caso di mancato esercizio di tale diritto: in quest'ultimo caso, l'amministrazione dovrà bilanciare l'interesse del promotore a stipulare il contratto con l'interesse dell'amministrazione ad incentivare la presentazione di proposte migliorative.

E' confermata la possibilità (introdotta dal decreto Sblocca Cantieri) di consentire la presentazione di proposte di finanza di progetto.

Viene infine previsto che al fine di soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale che gli investitori istituzionali potranno avvalersi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti in sede di gara o associandosi o consorziandosi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando qualora gli stessi investitori istituzionali ne siano privi. Ciò significa che gli **investitori istituzionali potranno subappaltare le prestazioni oggetto del contratto di concessione anche integralmente a imprese in possesso dei requisiti richiesti** nel bando.

Viene **eliminato il termine temporale del periodo di tre mesi** per la valutazione della **fattibilità della proposta** ed infine viene introdotta espressamente la possibilità di modificare e integrare la compagine del proponente dalla data di presentazione della proposta di PPP fino alla data di scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte nell'ambito della successiva gara diretta dall'ente concedente per l'affidamento del contratto di PPP (art. 193 dello Schema).

CONTATTI
Carmen Leo
carmen.leo@lcalex.it