

**ITACA**

ISTITUTO PER L'INNOVAZIONE E  
TRASPARENZA DEGLI APPALTI E LA  
COMPATIBILITA' AMBIENTALE

AUTONOME  
PROVINZ  
BOZEN  
SÜDTIROL



PROVINCIA  
AUTONOMA  
DI BOLZANO  
ALTO ADIGE



CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE  
PROVINCE AUTONOME

# L' Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice il D.Lgs 50/2016

**Massimo Ricchi**

Libera Università di Bolzano - Aula Magna - 20 luglio 2016

## I settori di intervento

**Risorse idriche**

**Captazione – Adduzione - Trattamento - Potabilizzazione  
Distribuzione - Reti fognarie e depurazione**

**Trasporti**

**Strade - Autostrade - Ponti e Tunnel - Aeroporti – Porti -  
Interporti - Trasporto pubblico locale**

**Ambiente**

**Smaltimento RSU**

**Strutture  
sportive**

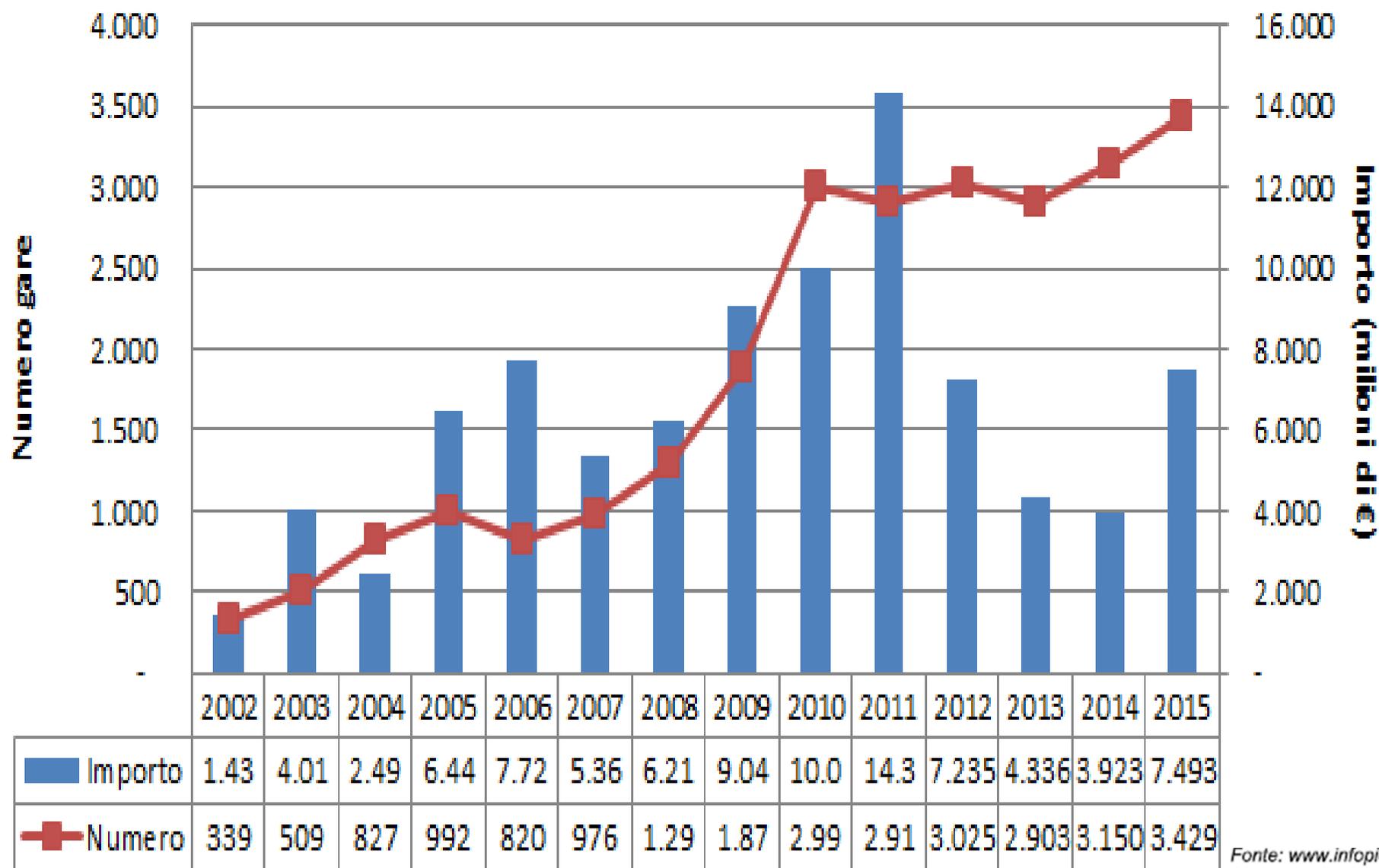
**Impiantistica sportiva (piscine, centri sportivi  
polivalenti, etc.)**

**Strutture  
culturali**

**Centri congressi - Recupero immobili storici – Musei –  
Biblioteche – Riqualficazione urbana**

**Opere pubbliche  
varie**

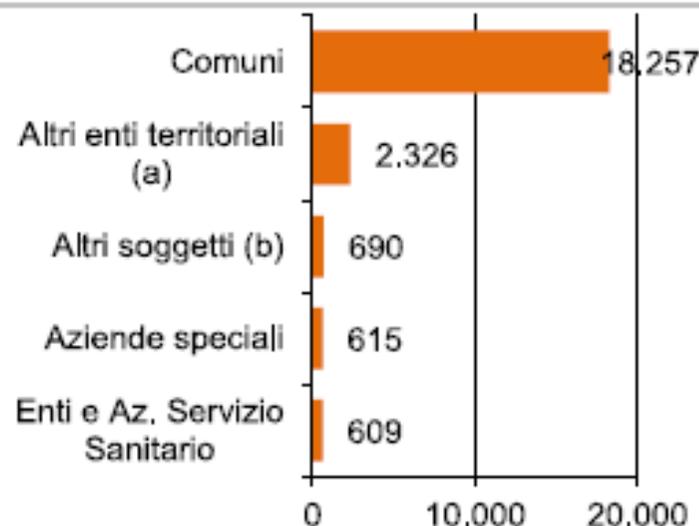
**Edilizia Sanitaria – Edilizia Penitenziaria – Edilizia  
Scolastica – Immobili uso PA – Alloggi personale militare  
– Caserme – Parcheggi – Data Centre**



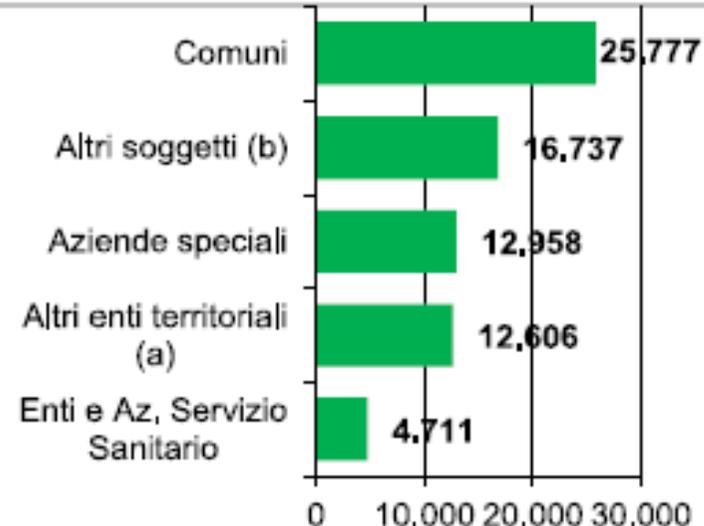
Fonte: [www.infopieffe.it](http://www.infopieffe.it)

PERIODO 2002-2014

Numero

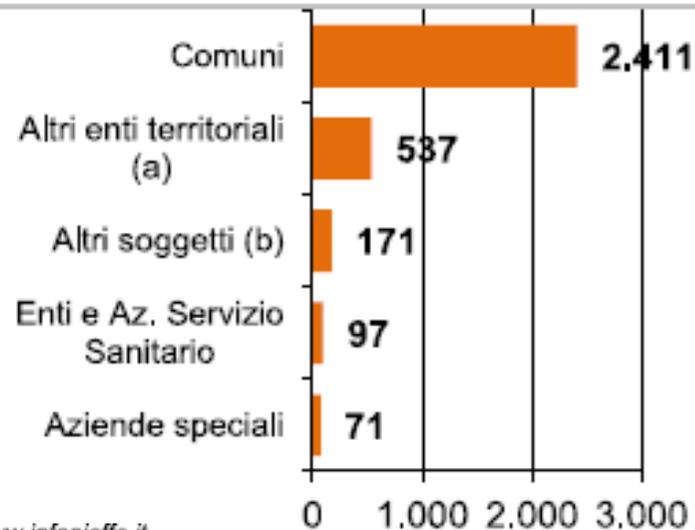


Importo (Meuro)

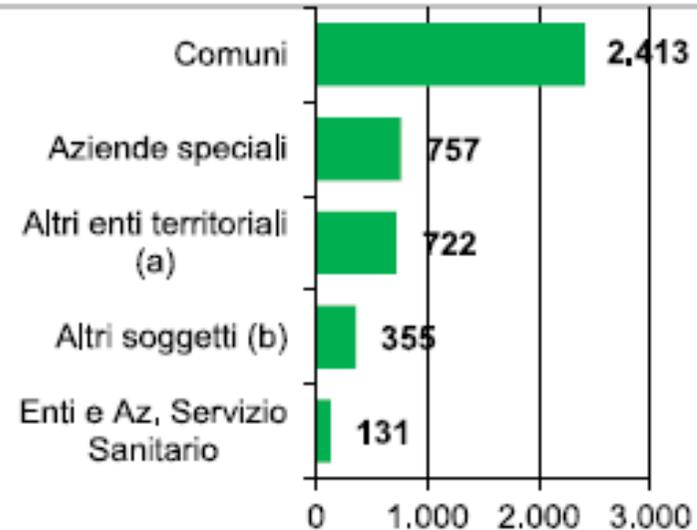


2014

Numero



Importo (Meuro)



# Il *Genus* della Concessione Europea

DIRETTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione

## Art. 5, comma 2, lett. a)

### Definizione formale di concessione nella Direttiva

«concessione di lavori»: un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

# Il *Genus* della Concessione Europea

DIRETTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione

## Art. 5, comma 2

### Definizione sostanziale di concessione nella Direttiva

L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi **comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi.**

# Il *Genus* della Concessione Europea

DIRETTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione

## Art. 5, comma 2 - Definizione sostanziale Dimensionamento del rischio

Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, **non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.**

### Art. 3 Il rischio operativo nel Codice D.Lgs. 50/2016

zz) «**rischio operativo**», il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario.

bbb) «**rischio di disponibilità**», il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità previsti.

ccc) «**rischio di domanda**», il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.

### LA NULLITA' DELLA CONCESSIONE PER EFFETTO DEL MANCATO TRASFERIMENTO DEI RISCHI SECONDO LE PRESCRIZIONI COMUNITARIE

1. TAR SARDEGNA N. 213 del 10 Marzo 2011 - **Il contratto di concessione posto in essere senza una adeguata distribuzione dei rischi in violazione dei principi comunitari, e ciò vale anche per tutti i contratti di PPP, è nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 del codice civile** recante “contratto in frode alla legge” per conseguire un risultato precluso dall'ordinamento.

2. Del. CORTE DEI CONTI Sez. Controllo N.352 del 2 Settembre 2011 –

- a) La locazione finanziaria (contratto di PPP) possa rappresentare una forma di indebitamento vietata agli enti che hanno violato il patto di stabilità; con la conseguenza indicata nell' art. 20, commi 10 e 12, della legge 111 del 2011 che così recita: **“I contratti di servizio e gli altri atti posti in essere dalle regioni e dagli Enti locali che si configurano elusivi delle regole del patto di stabilità interno sono nulli”**

- b) Qualora le sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti accertino che il rispetto del patto di stabilità interno è stato artificiosamente conseguito mediante una non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai pertinenti capitoli di bilancio o altre forme elusive, le stesse irrogano agli amministratori che hanno posto in essere atti elusivi delle regole del patto di stabilità interno la condanna ad una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di 10 volte l'indennità di carica percepita al momento della commissione dell'elusione e, al responsabile del servizio economico – finanziario una **sanzione pecuniaria fino a tre mensilità.**”

### Art. 3, Lett. UU) D.Lgs . 50/2016 (Contratto di Concessione) – DEFINIZIONE FORMALE

uu) «concessione di lavori», un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere;

### Art. 165 - La Concessione di lavori e servizi nel Codice D.Lgs . 50/2016 - DEFINIZIONE SOSTANZIALE

**Nei contratti di concessione** come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), **la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato.** Tali contratti comportano il **trasferimento al concessionario del rischio operativo** definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

### Art. 3, lett. fff) (Contratto di *Partenariato pubblico privato*) - DEFINIZIONE FORMALE

eee) «contratto di partenariato pubblico privato», il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di **un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa**, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-*bis*, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, **convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat;**

### Art. 180 D.Lgs . 50/2016 (Contratto di Partenariato pubblico privato) - DEFINIZIONE SOSTANZIALE

2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, **i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o** da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.
3. 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.**

### Art. 180 D.Lgs . 50/2016 (Contratto di Partenariato pubblico privato) - DEFINIZIONE SOSTANZIALE

2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, **i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o** da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna.
3. 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.**

### Art. 180 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) I CONTRATTI DI PPP

Comma 8. Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 (Contratto di PPP) rientrano **la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi** **che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti.**

### Art. 180 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) Le Forme della remunerazione

1. Infatti la prima opzione di remunerazione, quella tipica a canone, solo perché più nota, è chiaramente indicata al comma 4 dell'art. 180: “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”.
2. La seconda opzione di erogazione è collocata nella prima parte del comma 5 sempre dell'art. 180: “L'amministrazione aggiudicatrice **sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita ex ante**”.
3. La terza opzione di remunerazione è quella anzidetta inserita nella seconda parte del comma 5 dove il privato **“si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo”**. Tutte le opere c.d a domanda possono trasformarsi con il meccanismo dello *shadow toll* in operazioni remunerate dalla PA ma con rischio mercato a carico del privato: parcheggi, strade, mobilità ecc .

### Art. 166 D.Lgs . 50/2016 (CONTRATTO DI CONCESSIONE)

#### Le ricadute procedurali

1) Art.166: “Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, *fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte.*”

#### **LIBERA STRUTTURAZIONE GARA**

#### **O predefiniti:**

- a) Procedura aperta (art. 60);
- b) Procedura ristretta (art. 61);
- c) Procedura competitiva con negoziazione (art. 62);
- d) Dialogo competitivo (art. 64);
- e) Partenariato per l'innovazione (art. 65);
- f) Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (art. 63);
- g) Finanza di progetto (art.183);
- h) Finanza di progetto aprogrammatica o strettamente privata (art. 183, comma 15).

### Art. 166 D.Lgs . 50/2016 (CONTRATTO DI CONCESSIONE) Le ricadute procedurali – LA VARIANTE NEGOZIALE

Art. 171, comma 7

**“La stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti.** L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni”.

**La variante negoziale introduce potenzialmente un tasso di negoziazione con le potenziali controparti contrattuali mai visti in precedenza nella legislazione del *public procurement*.**

### Art. 181 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) Le ricadute procedurali

L'art. 181 del Codice (Procedure di affidamento relative ai PPP) circoscrive la libertà invece valida solo per le concessioni: “**La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo**”.

- 1. Si noti la preoccupazione di includere anche il dialogo competitivo, ma di escludere tutto ciò che sia a libera strutturazione, quello che non abbia un modello procedimentale definito nel Codice e anche tutto ciò che spinge a comportamenti con tassi di negoziazione non codificati**
- 2. pertanto la “variante negoziale” non potrà essere importata nei procedimenti di PPP.**

### Art. 181 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) Garanzie procedimentali – ADEGUATA ISTRUTTORIA

Art. 181, comma 3, dove “La scelta è preceduta da **adeguata istruttoria** con riferimento:

- 1) all’analisi della domanda e dell’offerta
- 2) della sostenibilità economico-finanziaria e
- 3) economico-sociale dell’operazione,
- 4) alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell’operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto”.

### Art. 181 D.Lgs . 50/2016 (Partenariato pubblico privato) Garanzie procedurali – LIVELLO DI PROGETTAZIONE

- 1) SPARISCE LO STUDIO DI FATTIBILITA' Art. 14 DPR 207/2010
- 2) Art. 181, comma 2 del Codice, relativo alle procedure di affidamento dei contratti di PPP, in cui la PA deve porre a base di gara un **progetto definitivo** e anche
- 3) Art. 183 (Finanza di progetto), dove l'amministrazione pone a base di gara un progetto di fattibilità tecnica ed economica - che costituisce il primo livello di progettazione ex art. 23 del Codice - ed i concorrenti sono tenuti a presentare **nell'offerta un progetto definitivo**”

**Art. 23** (Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi)

13. Le stazioni appaltanti possono richiedere per le nuove opere nonché per interventi di recupero, riqualificazione o varianti, prioritariamente per i lavori complessi, **l'uso dei metodi e strumenti elettronici specifici di cui al comma 1, lettera h) la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture.**

Tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e di non limitare il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. L'uso dei metodi e strumenti elettronici può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato e che dispongono di idonei sistemi di monitoraggio. **Con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sono individuati i tempi di progressiva introduzione dell'obbligatorietà del metodo,** valutata in relazione alla tipologia delle opere da affidare e tenuto conto dei relativi importi, nonché adeguati sistemi di monitoraggio.

**Art.181 (Procedure di affidamento) NUOVO CODICE**

4. L'amministrazione aggiudicatrice **esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti.** L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi.

**Art.182 (Finanziamento del progetto) NUOVO CODICE**

2. Il contratto definisce i rischi trasferiti le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del **rapporto contrattuale** e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del negozio tali da assicurare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico.

## Il PPP nel Nuovo Codice: il Sistema di Monitoraggio B.I.M.

### IL NUOVO MONITORAGGIO – BIM (Building Information Modelling) – IT – Project Management

- 1) La chiave per ottenere concessioni di servizi fredde (ma anche di lavori) è il sistema di monitoraggio che deve consentire in tempo reale h/24 e con un grado elevato di dettaglio di verificare gli scostamenti dagli standard costruttivi e gestionali e applicare automaticamente le penali consentendo al concessionario di intervenire per il ripristino.
- 2) E un sistema software di gestione delle informazioni win – win del concessionario (riduzione dei costi e dei tempi) e concedente (consegna ai cittadini servizi in piena efficienza e con effettiva distribuzione dei rischi per la decontabilizzazione).
- 3) La PA deve imporlo nei bandi delle concessioni ai concessionari in modo che il cruscotto delle informazioni sia a propria disposizione per il controllo della concessione in remoto.

**ANAC ha predisposto le “Linee guida sui sistemi di monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato” che costituiscono norma di azione amministrativa non eludibile.**

## **Effettività del trasferimento del rischio operativo e obbligo di monitoraggio *in streaming* della concessione**

(Direttiva 2014/23/UE Art. 5, comma 2)

### **IL PENITENZIARIO DI BOLZANO IN PPP**

Vedi i documenti di gara (bando del 14 luglio 2013 sul sito [www.bandialtoadige.it/sourcing/tenders/resume/id/50327](http://www.bandialtoadige.it/sourcing/tenders/resume/id/50327)) per la realizzazione del primo Istituto penitenziario di Bolzano in PPP.

In particolare nel disciplinare di gara è chiarito che **“per quanto concerne le penali, dovrà essere previsto un efficiente sistema di monitoraggio informatizzato delle inadempienze, per il rilevamento immediato “in tempo reale”, ed un sistema di applicazione delle penali automatico, conseguente al mero rilievo dell’inadempienza”**.

**Offerta economicamente più vantaggiosa.**

**Per il Sistema di monitoraggio ed applicazione delle penali in fase di costruzione sono assegnabili 5 punti e per il Sistema di monitoraggio ed applicazione delle penali in fase di gestione altri 5 punti.**

# Finanza di Progetto

e Partenariato Pubblico-Privato 2015

Temi europei,  
istituti nazionali  
e operatività

a cura di  
Gian Franco **Cartei**  
Massimo **Ricchi**

introduzione di  
Stefano **Gatti**



Editoriale Scientifica

## 2015

Volume “**Finanza di Progetto: e Partenariato Pubblico Privato 2015** - Temi europei, istituti nazionali e operatività”, Editoriale Scientifica – Napoli, edizione 2015, a cura di **G. Cartei** e **M. Ricchi**, introduzione di **S. Gatti**.

Il volume raccoglie 27 contributi giuridico amministrativi, economico finanziari e tecnici con un indice ragionato.

Patrocinato dalla Conferenza delle Regioni, e ITACA e con il contributo di ABI, ANCE, CNA ANCIteleenergia, Borghi Servizi & Ambiente, Servizi parlamentari e IGI.



## Avv. Massimo Ricchi

- Consulente e Formatore per la PA e le Imprese sul PPP e la Finanza di Progetto
- Già Componente dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto – Presidenza del Consiglio dei Ministri e della STM del Ministero delle Infrastrutture
- Componente del Gruppo di lavoro di supervisione del Documento di analisi della Direttiva 2014/23/UE in materia di contratti di concessione – Conferenza delle Regioni e ITACA
- Docente Master in Public Procurement – Università di Tor Vergata Roma
- Docente Master B.I.M Facoltà di Architettura – Università “La Sapienza” Roma
- Docente EMIC Executive Program Imprese di Costruzioni – LUISS Business School Roma



**+39 347 225 3268**



**ricchi.massimo@gmail.com**