

*OSSERVAZIONI SULLA NUOVA DIRETTIVA CONCESSIONI:
DEFINIZIONI, RISCHIO OPERATIVO E IMPATTO SULLA
NORMATIVA VIGENTE*

*Massimo Ricchi**

SOMMARIO: L'impatto della Direttiva sui contratti di concessione - La disciplina comune delle concessioni di lavori e di servizi - Il rischio operativo - Il rischio dal lato della domanda e dell'offerta - La clausola delle condizioni operative normali - Le concessioni nei settori regolamentati - Le esclusioni dal campo della Direttiva - L'importanza di strutturare una concessione.

L'impatto della Direttiva sui contratti di concessione. La definizione di concessione di lavori e di servizi delineata dalla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (COM (2011) 0897 – C7 – 0004/1012 – 2011/0437 (COD)) (Direttiva concessioni), appena approvata dal Parlamento europeo, è quanto mai rivoluzionaria, se con questo si vuole intendere l'impatto che avrà al momento del recepimento sulla scrittura contrattuale delle nuove concessioni e sull'interpretazione e valutazione di quelle esistenti.

Con riguardo a quest'ultime ci si dovrà da domandare quali siano gli esiti di uno *stress test* alla luce delle puntualizzazioni della nuova definizione, in altre parole se siano o no vere concessioni e, poi, quali siano le conseguenze di un mancato superamento del test sia sul piano esecutivo (i contratti potrebbero essere “rettificati” in sede di riequilibrio ?) e sia sul piano dell'eventuale riclassificazione della contabilizzazione pubblica degli investimenti privati secondo SEC 95.

* Avvocato, Consulente e Formatore PPP per PA e Imprese, componente del Comitato scientifico Master EMIC (Executive Master in Management delle Imprese di Costruzioni) presso la LUISS Business School, Roma. Collabora alle iniziative dell'Osservatorio sul Diritto Comunitario e Nazionale degli Appalti Pubblici dell'Università di Trento.

L'operazione definitoria è stata portata avanti nella Direttiva concessioni sia in positivo, descrivendo gli elementi costitutivi di un contratto di concessione, sia in negativo escludendo alcune tipologie contrattuali dalla disciplina delle concessioni, che si trovano al limite e che avrebbero potuto generare dei dubbi.

La disciplina comune delle concessioni di lavori e di servizi. Le definizioni della concessione di lavori e di servizi dell'art. 5, comma 1, lett. a) e b) della Direttiva concessioni non differiscono sostanzialmente dalle definizioni riportate dall'art. 3, commi 11 e 12 del D.Lgs. 163/2006, Codice dei contratti pubblici (Codice).

Infatti le concessioni, operando in questa sede una fusione definitoria della Direttiva concessioni per la loro parziale sovrapposibilità, sono contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione (dei lavori e dei servizi o dei soli servizi) ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

In questo caso le “aggiunte” comunitarie riguardano la possibile pluralità dei soggetti dal lato della domanda pubblica (amministrazioni aggiudicatrici e enti aggiudicatori), chiarendo una possibile pratica di accorpamento per soddisfare la domanda di bacini perimetrati sulle competenze territoriali delle singole amministrazioni, e dal lato dell'offerta, in questo caso ribadendo il possibile affidamento a raggruppamenti di imprese, utile in questi casi di offerte complesse.

Il legislatore comunitario ha presente che ai fini di una definizione delle concessioni poco importa la titolarità dell'opera costruita, che può rimanere privata anche al termine della concessione, quanto

piuttosto sia determinante l'esercizio del servizio pubblico in capo al privato. Tale servizio rimane, comunque, una prerogativa dell'ente pubblico il quale, al termine della concessione, potrà liberamente disporre una nuova concessione (questa volta di solo servizi) o optare per la gestione diretta.

Il rischio operativo. La novità rispetto al Codice, portatrice di future necessità di adeguamento, sempre inserita nello stesso comma 1 dell'art. 5 della Direttiva concessioni, riguarda la puntualizzazione di cosa comporta l'aggiudicazione di una concessione, in altre parole quale sia il contenuto necessario di un contratto di concessione: i.e. il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi.

Che i rischi siano centrali nelle concessioni non è una novità per il Codice, infatti, prima la previsione nell'art. 143, comma 9, indica la necessità nelle concessioni fredde – in cui il main payer sia la PA – di mantenere a carico del concessionario “l'alea economico - finanziaria della gestione dell'opera”, ciò implica che tale allocazione di rischio sia, invece, scontata nelle concessioni ordinarie dove i proventi della gestione sono pagati dagli utenti; poi il Codice con la definizione dei contratti di partenariato pubblico-privato (di cui fanno parte le concessioni), ai sensi dell'art. 3, comma 15-ter del Codice, indica che deve esserci una “allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni comunitarie vigenti”. Questa previsione del Codice sull'allocazione dei rischi nei contratti di PPP ha natura prescrittiva e non programmatica con conseguenze in ordine alla responsabilità della PA che sia sprovvista nell'allocare malamente i rischi e nel definirli squalificando, così, il contratto di concessione.

Fino ad ora questa è stata una normativa “debole” per via del solo rinvio alle prescrizioni comunitarie vigenti al concetto di allocazione corretta dei rischi e, soprattutto, sull'ubi consistam del rischio non

ancora definito normativamente. Ora il vuoto della previsione sostanziale di rischio a livello comunitario è stata colmata, non ci sono più alibi ed è una definizione compiuta e al contempo piuttosto direttiva perché non consente ai concessionari e agli istituti finanziatori di introdurre in modo strisciante forme di attenuazione o eliminazione del proprio rischio, restituendolo alla PA.

In primo luogo viene identificato il rischio operativo, sgombrando il campo dall'assimilazione alle conseguenze derivanti dalla cattiva gestione, inadempimenti o cause di forza maggiore, giustamente queste evenienze sono comuni ai contratti di appalto e non possono valere a qualificare il rischio operativo della concessione.

Il rischio operativo di natura economica comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati o i costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi. Si precisa, dunque, il valore potenziale di perdita economica del rischio, ciò su cui si è giocato sino ad oggi riguarda l'entità della perdita.

L'asticella della possibile perdita, in mancanza fino ad ora di un qualunque parametro quantitativo, sovente è stata posta dal contraente privato con maggiore competenza e specializzazione, dunque con una forza negoziale superiore alla PA, ad un livello tale da uscirne indenne: per fare degli esempi ricorrenti nella prassi contrattuali, nei contratti di PPP la previsione che i canoni da corrispondere dalla PA al privato non possano essere decurtati al disotto di minimi garantiti e in genere corrispondono al valore periodico di restituzione del debito contratto con gli istituti finanziatori, oppure vi sono delle disposizioni che mettono un limite alle penali e consentono di tagliare solo l'utile di impresa o ancora, mutando forma, vengono richieste alla PA in modo diretto delle fidejussioni omnibus a garanzia del debito contratto, oppure vengono richiesti alla PA dei pagamenti a fronte dei quali non è reso alcun servizio o è reso un servizio non esposto al rischio.

L'art. 5, comma 1 puntualizza ancora che la potenziale perdita del concessionario non debba essere trascurabile, contrariamente lo solleverebbe dal rischio, e non sia puramente nominale: con questo non riferendosi alla potenziale entità della perdita, che potrebbe essere ben commisurata alle indicazioni della Direttiva concessioni, quanto piuttosto ai meccanismi di riconoscimento della perdita che potrebbero essere macchinosi e, per questo, frustranti (per la PA) l'effettiva esposizione del privato al rischio.

Il rischio dal lato della domanda e dell'offerta. Il rischio operativo a cui il privato deve essere esposto può riguardare il lato della domanda, tipicamente il rischio di domanda consiste nel fatto che la fruizione di quel servizio possa avere un calo sia per la presenza di un'offerta maggiormente competitiva di altri operatori, come per la mancanza di appeal della gestione dello stesso privato oltretutto a fattori del tutto esogeni come quello di una contrazione dei consumi generata da una crisi economica. Inoltre, l'articolo precisa che l'esposizione al rischio può riguardare anche il lato dell'offerta o entrambi, e qui è necessario indagare su quali siano le caratteristiche economiche di tale rischio dal lato dell'offerta.

Un aiuto interpretativo viene in particolare dai consideranda nn. 18, 19 e 20 della Direttiva concessioni, dove si ipotizza il rischio operativo dal lato dell'offerta per quei contratti di concessione nei quali i privati vengono “remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore ... qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda ... dalla loro fornitura” e ancora “per il rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta di lavori e servizi che sono oggetto del contratto, in particolare che la fornitura non corrisponda alla domanda”.

Il primo indizio interpretativo riguarda il fatto che il rischio dal lato dell'offerta è stato configurato solo per i contratti di concessione dove la pubblica amministrazione paga un canone periodico a fronte della realizzazione di una struttura e nella gestione di un servizio tramite quella, oppure solo nella gestione di un servizio. Insomma il riferimento è alle opere fredde come gli ospedali, le carceri, gli uffici pubblici ecc. o alle concessioni di servizi freddi di global service e assimilati.

Quando la capacità dell'offerta, stabilita contrattualmente per qualsiasi ragione venga meno, con conseguenze di ordine economico che valgano ad intaccare anche la parte degli investimenti e dei costi di gestione, allora quello dovrebbe configurare il rischio operativo dal lato dell'offerta. Sembra, allora, potersi identificare tale rischio con il rischio di disponibilità, anche se viene da domandarsi perché la Direttiva concessioni non l'abbia esplicitato almeno nei consideranda, quando il rischio di disponibilità ha già un'ampia casistica definitoria ed è espressamente richiamato da comunicazioni interpretative, documenti comunitari e di contabilità Eurostat.

Il motivo di questa mancata ripresa terminologica potrebbe risiedere nel fatto di voler andare oltre l'analisi di rischio necessaria per la decontabilizzazione Eurostat, dove i rischi da trasferire devono essere necessariamente due: quello di costruzione e almeno uno dei rischi di domanda o di disponibilità.

La Direttiva concessioni, lungi dal voler prendere le distanze da questi punti fermi, ne ha, piuttosto individuato il comune denominatore economico: il valore che i rischi di domanda e di disponibilità devono assumere per poter rientrare nella categoria generale di rischio operativo, appunto devono essere tali da poter intaccare l'intero investimento e i costi di gestione. C'è un'evidente apertura della Direttiva concessioni alle variabili economiche del mercato delle concessioni, che per sua natura non può riguardare esclusivamente le

strette norme di procedimento ma deve leggere il mercato con strumenti economici e quantitativi che gli sono propri.

La clausola delle condizioni operative normali. C'è un altro particolare che merita attenzione nella definizione di rischio operativo legato alla necessità che non sia garantito il recupero degli investimenti o dei costi inerenti alla gestione, infatti, l'art. 5 comma 1, stabilisce una salvezza per il contraente privato con l'inciso "in condizioni operative normali" all'assunzione del rischio operativo in capo al concessionario. Sembrerebbe che sia stato escluso dal rischio operativo quello generato dal rischio finanziario sistemico a fronte del quale, per entità e forza d'urto, nulla può l'operatore privato.

Ci sono delle prassi nazionali e internazionali che quantificano quale sia la fluttuazione eccezionale dei tassi finanziari che esonera il privato dall'assunzione del rischio corrispondente, imputandolo più alla forza maggiore, soverchiante e non prevedibile, che ad una mancanza di capacità di gestione di scenari finanziari difficili. La crisi presente e soprattutto l'azione di "pressione" degli istituti finanziari ha fatto inserire l'inciso per evitare che le depressioni critiche dei cicli economici non debbano essere sopportate dal sistema bancario, traslando così sul pubblico il corrispondente rischio.

Le concessioni nei settori regolamentati. Come è stato accennato la tecnica definitoria della Direttiva concessioni si è spinta nell'isolare e risolvere la casistica che ha ingenerato dubbi nel far ritenere alcuni contratti concessioni o meno, con conseguenti effetti sull'applicazione della stessa Direttiva.

Il primo focus prospettato nei consideranda 17 e 19, riguarda i campi settoriali caratterizzati da tariffe regolamentate:

- qualora non ci siano pagamenti diretti al contraente da parte degli utenti finali o della PA e la remunerazione si basi esclusivamente su un calcolo tariffario che copra integralmente i costi e gli investimenti, allora la Direttiva concessioni non si applica. Si può pensare a quelle attività finanziate dagli enti pubblici con la fiscalità generale sulla base di un programma di investimenti e costi integralmente ricoperti, anche se poi lo stesso ente pubblico rientra attraverso la tariffazione degli utenti (es. smaltimento rifiuti) ma senza una corrispondenza biunivoca con quanto ricevuto dal privato. A ben vedere si tratta di un accordo in cui da una parte è escluso il rischio di interfaccia con gli utenti, comprensivo del rischio delle loro insolvenze e dall'altra la PA, pagando una somma che garantisce investimenti, costi e utili d'impresa, costituisce un diaframma per il privato che rimane escluso da qualsiasi forma di efficientamento generato dall'esposizione al mercato;
- qualora sia prevista una garanzia pubblica per il recupero degli investimenti e dei costi a piè di lista, durante tutto l'arco della concessione, anche questi accordi non rientrano nell'alveo della Direttiva concessioni;
- invece, nei medesimi campi regolamentati, la previsione di una compensazione in caso di cessazione del contratto per cause di forza maggiore o di inadempimento della PA, consente l'applicazione della Direttiva sulle concessioni. In verità questa ultima circostanza in Italia è disciplinata in tutte le concessioni mediante l'art. 158 del Codice: l'articolo, infatti, prevede che in caso di risoluzione per inadempimento della PA o di revoca per pubblico interesse sia corrisposto al privato il danno emergente e il lucro cessante, differenziando il caso in cui l'evento risolutivo sia accaduto prima o dopo il completamento dei lavori. Il tema della compensazione e delle termination clauses meriterebbe di essere approfondito per

l'asimmetria informativa degli istituti finanziatori che dettano prassi al mercato e alla PA sui contenuti del danno emergente e del lucro cessante, mentre è necessaria un'equilibrata riflessione che non consenta di scaricare sul pubblico rischi inappropriati (es. da derivati, swap, future, ecc.) nelle fasi critiche dei contratti di concessione.

In questi casi citati l'elemento discriminante all'applicazione della Direttiva concessioni non sono *tout court* le attività private nei settori regolamentati (autostrade, energia, gas, TPL ecc.) che sono da sempre campi di ampia utilizzazione delle concessioni, ma sono piuttosto le strutturazioni contrattuali che eliminano l'esposizione al rischio operativo o con pagamenti periodici a piè di lista degli investimenti e dei costi sostenuti o con le prestazioni di garanzie pubbliche ai finanziamenti privati o con la remunerazione del privato sganciata dal rischio di mercato.

E' evidente che le casistiche vanno aldilà di questi esempi e che si debbano formulare giudizi caso per caso sullo scrutinio analitico delle condizioni contrattuali.

Le esclusioni dal campo della Direttiva. La riflessione sulle concessioni viene completata, sempre nei consideranda, con delle chiare esclusioni all'applicazione della Direttiva relative all'affidamento di risorse demaniali come porti, aeroporti, (spiagge per la balneazione), oggetto di richiesta del soggetto privato o aggiudicate dalla PA. In questo caso vengono siglati degli accordi con una regolamentazione generale sull'esercizio di un servizio pubblico.

Rientrano in queste categorie escluse dalla Direttiva concessioni l'affitto o la locazione di beni e terreni pubblici in cui sia presente solo una regolamentazione generale, in particolare riferita al rispetto della destinazione d'uso, agli obblighi del locatore sulla manutenzione e sul

versamento del canone concessorio, alla restituzione del bene al termine della locazione. Anche in questo caso non vale per escludere l'applicazione della Direttiva la natura pubblica o demaniale del bene concesso quanto piuttosto la strutturazione dei contenuti dell'accordo dove la PA non chiede di acquisire lavori o servizi specifici sulla base di un PEF.

L'importanza di strutturare una concessione. Le conseguenze di un'errata strutturazione del contratto di concessione, senza che sia configurato il rischio operativo, comporta la "debolezza" del procedimento di affidamento che potrebbe essere attaccato con ricorsi giurisdizionali da quegli operatori economici che non hanno le qualifiche per essere concessionari ma solo quella per essere appaltatori: verrebbe sostenuto in sede contenziosa che si tratta di un contratto di appalto e non di concessione con la richiesta di annullamento della gara e la ripetizione con le regole dell'appalto.

La natura prescrittiva, come è stato accennato, della distribuzione dei rischi e della strutturazione del rischio operativo secondo le prescrizioni comunitarie vigenti pone a carico degli operatori pubblici un obbligo di diligenza specifico che non ammetterebbe dilettezzismi, pena la responsabilità contabile sia per i costi di duplicazione della gara e sia per avere strutturato un contratto in perdita. Verrebbe, infatti, meno la sinallagmaticità contrattuale delle obbligazioni, tra PA e privato, per la mancanza del rischio operativo, costitutivo dei contratti di concessione, con ciò garantendo al privato dei vantaggi economici indebiti.

Dall'altra parte anche un eccesso di traslazione di rischi a carico del privato o una traslazione non appropriata, contraria alle prescrizioni comunitarie vigenti, potrebbe consentire la richiesta di riallineamento a queste perché pongono rischi ingestibili (o sottraggono la

remunerazione del rischio trattenuto) a carico del privato che possono mettere in pericolo l'intera operazione.

Le considerazioni conclusive portano a ribadire come in questo ambito sarebbe necessaria una forte azione di promozione delle centrali di committenza regionali, innalzandone la competenza e specializzazione per le operazioni di project financing, e obbligando gli enti locali alla loro utilizzazione quando intendano lanciare un'operazione di PPP.