

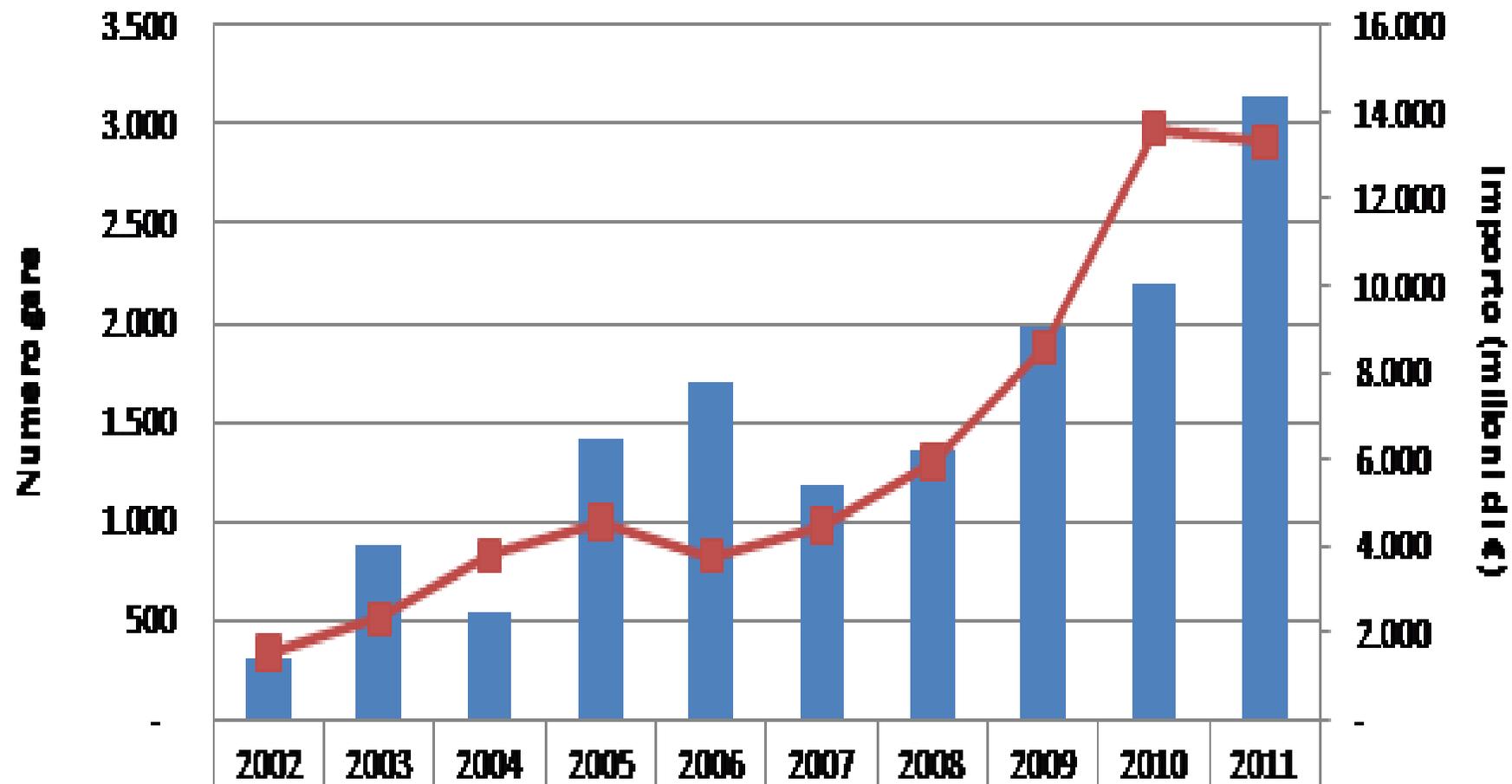


La Giornata dei Contratti Pubblici

Castel Mareccio Bolzano - 10 aprile 2015

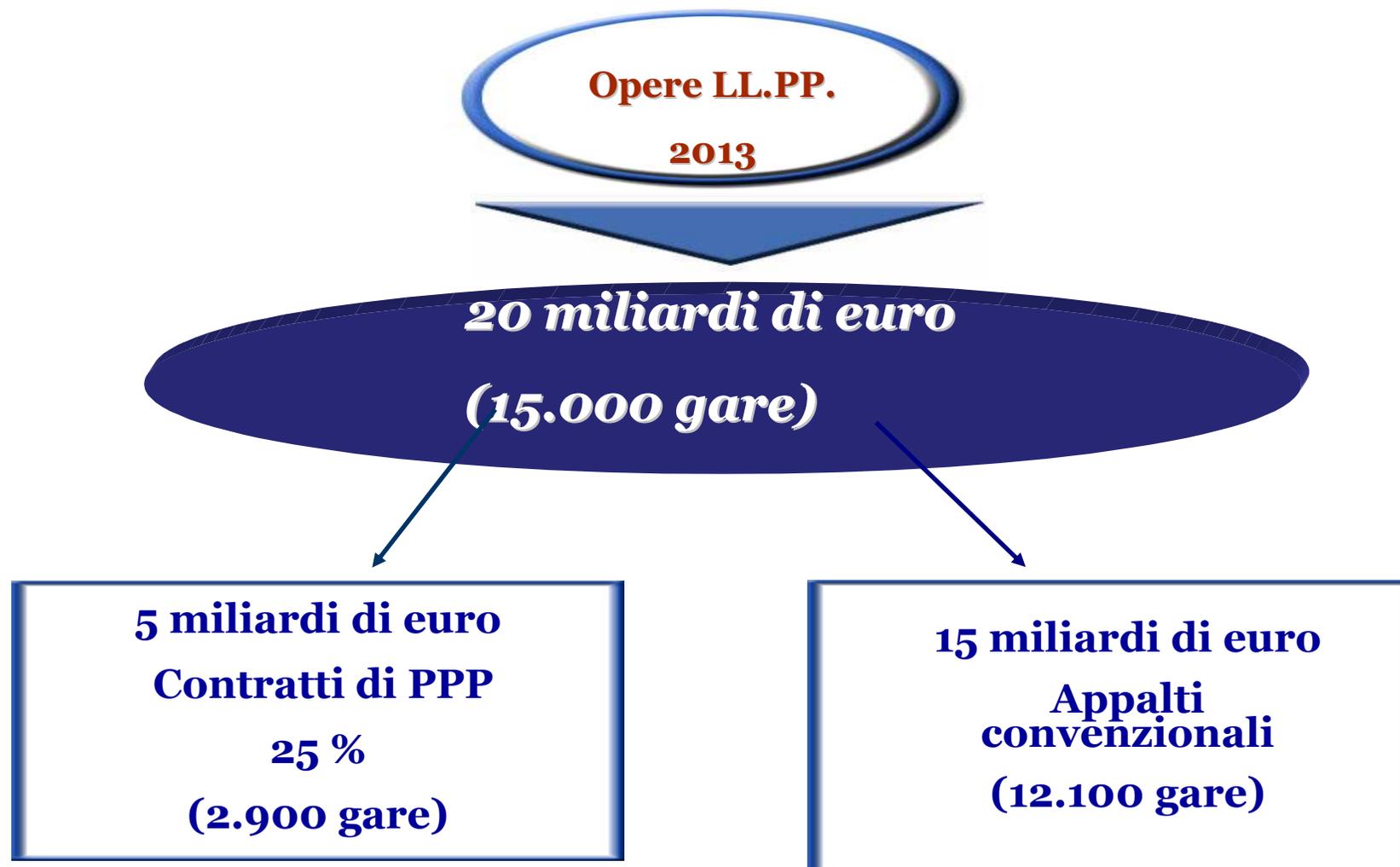
**La nuova Direttiva concessioni 2014/23/UE e
l'impatto nell'ordinamento nazionale**

MASSIMO RICCHI

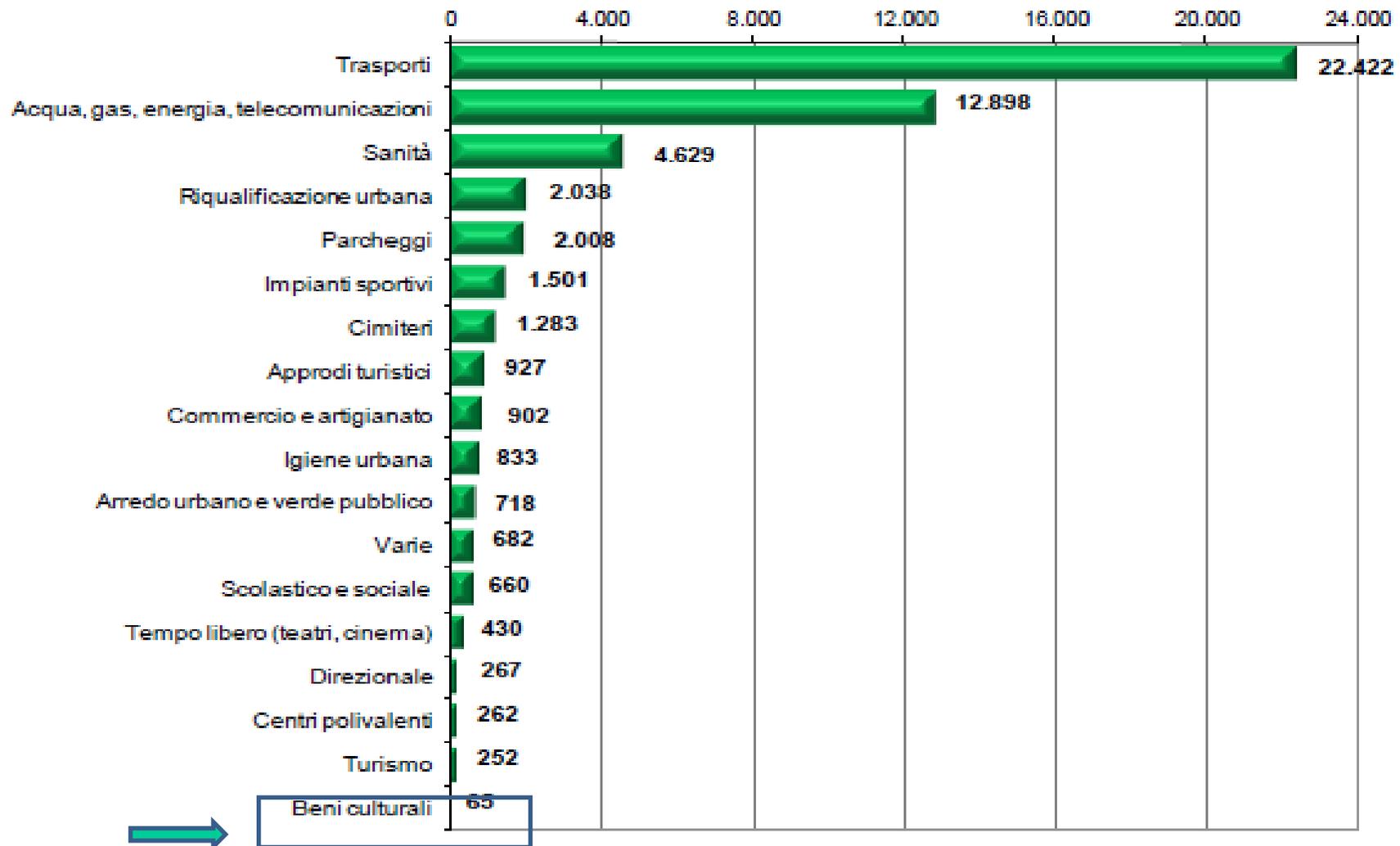


Importo	1.435	4.019	2.494	6.441	7.728	5.364	6.218	9.041	10.037	14.317
Numero	339	509	827	992	820	976	1.299	1.876	2.979	2.912

MERCATO COMPLESSIVO LL.PP. PPP SU APPALTI ITALIA - 2013

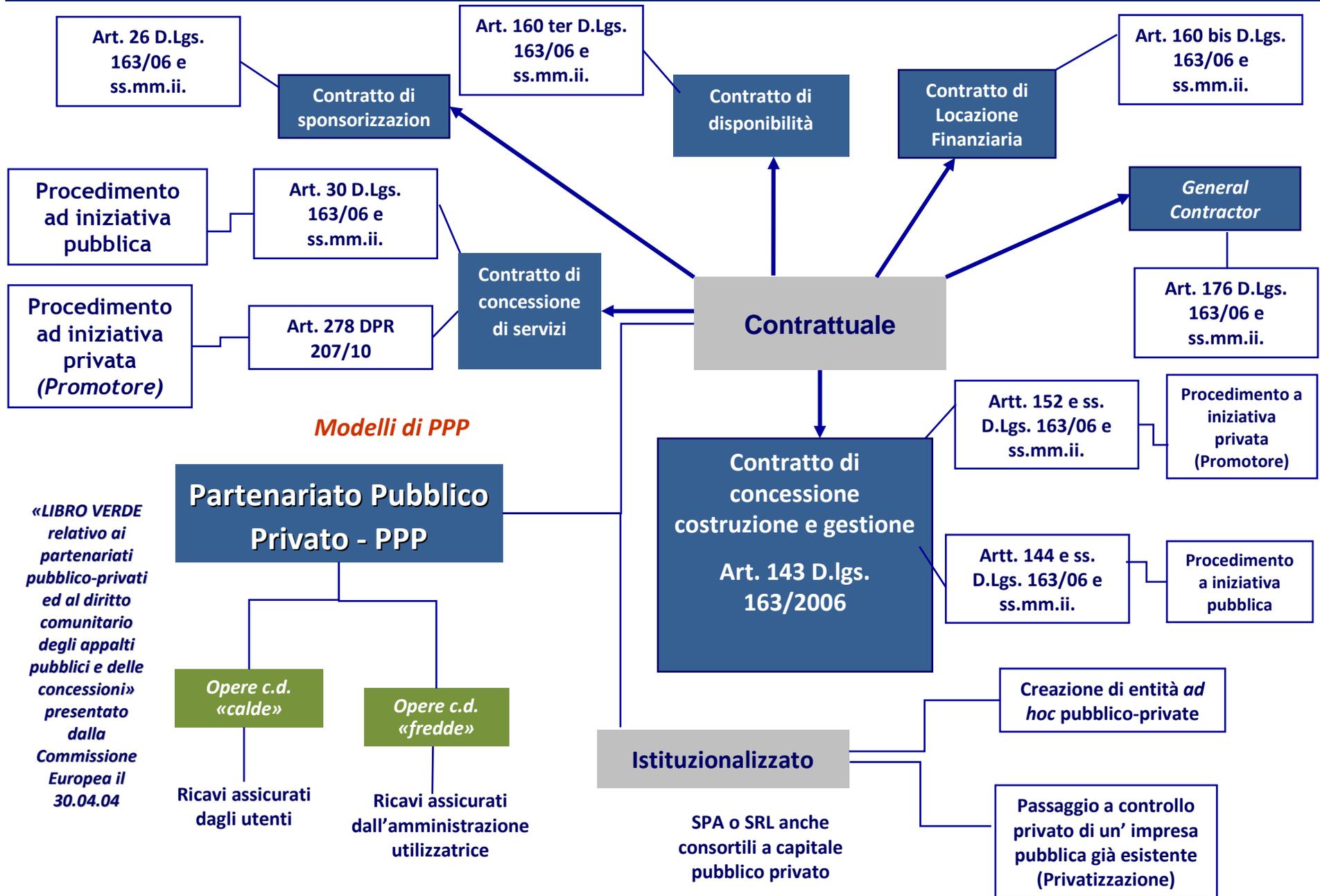


IMPORTO (Milioni di euro)



Fonte: Cresme

Il PPP in Italia



NOZIONE DI CONCESSIONE DI LAVORI

ART. 3, comma 11 (d. lgs. n. 163/2006)

Le <<concessioni di lavori pubblici>> sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

NOZIONE DI CONCESSIONE DI LAVORI E SERVIZI

ART. 5, comma 1, lett a) e b) della Direttiva 2014/23/UE

concessioni di lavori (**di servizi**): 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 dei lavori (**la fornitura e la gestione dei servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lett. a)** 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.

Calda

I tipi concessione:

Progetti dotati di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza. I ricavi commerciali di tali progetti consentono al settore privato un integrale recupero dei costi di investimento nell'arco della vita della concessione. L'amministrazione pianifica, autorizza, indice la gara per l'assegnazione della concessione, ad esempio un'autostrada.

I SOGGETTI PAGATORI SONO GLI UTENTI - IL RISCHIO DOMANDA E' CARICO DEL PRIVATO CONCESSIONARIO

Fredda

Opere pubbliche, quali carceri ed ospedali, per le quali il soggetto privato che le realizza fornisce direttamente i servizi alla PA e trae la propria remunerazione principalmente da pagamenti della stessa PA. La gara ottimizza i requisiti quantitativi/qualitativi delle specifiche per la costruzione e gestione dell'opera. Il canone pubblico comprenderà tutti i servizi resi dal concessionario e includerà degli elementi di incentivazione /penalizzazione in funzione del raggiungimento degli *standard*.

IL SOGGETTO PAGATORE E' LA PA - IL RISCHIO DOMANDA E' CARICO DELLA PA IL RISCHIO DI DISPONIBILITA' A CARICO DEL PRIVATO CONCESSIONARIO.

ART. 3 , COMMA 15-ter del Codice

“Ai fini del presente codice i contratti di partenariato sono contratti ... **con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti**”

A titolo esemplificativo:

1. Concessione di lavori (art.143 del Codice);
2. Concessione di servizi - (art. 30, comma 1 Codice)
3. La locazione finanziaria (art.160 bis Codice);
4. L'affidamento di lavori mediante finanza di progetto art.153 Codice;
5. Le società miste;
6. Può rientrare l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi.
7. Il Contratto di disponibilità (art. 160 ter Codice)

Fatti salvi gli obblighi di comunicazione ... alle operazioni di partenariato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.

Comunicazione interpretativa sulle concessioni 2000 Libro Verde sul PPP 2004

Rischio di costruzione



Comprende eventi quali il rischio di ritardi nei tempi di consegna, di aumento dei costi, il non rispetto degli standard di progetto, inconvenienti di tipo tecnico



Il rischio è trasferito al privato se non sono previsti pagamenti pubblici non correlati alle condizioni di realizzazione dell'opera

Rischio di disponibilità



E' la capacità del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite sia per volumi che per standard di qualità



Il rischio è trasferito al privato se sono previste penali con applicazione automatica ed un significativo impatto sui profitti del partner (si escludono penali di tipo puramente simbolico)

Rischio di domanda



Riguarda le fluttuazioni della domanda che non derivino dalla qualità inadeguata o scarsa dei servizi ma da altri fattori quali il ciclo congiunturale, tendenze di mercato, concorrenza indiretta, obsolescenza tecnologica



Il rischio è trasferito al privato se la PA non esegue pagamenti indipendenti dal livello di domanda espresso dall'utente finale

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

Art. 5, comma 2

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.**

DIRETTIVA 2014/23/UE

Considerando 20

“Il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell’offerta”.

LE OPERE FREDDHE SONO REALIZZABILI TRAMITE CONCESSIONI

(Art. 143, comma 9 del Codice).

Possono rientrare nell'oggetto della concessione le opere destinate all'utilizzazione diretta della PA, in quanto funzionali alla gestione dei servizi pubblici **a condizione che resti al concessionario l'alea economico finanziaria della gestione dell'opera.**

DIRETTIVA 2014/23/UE

Art. 5, comma 2

1) Il rischio lato domanda

2) Il rischio lato offerta: considerando 18 e 20.

18. Qualora 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.

19. Per 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.

LA QUANTIFICAZIONE DEL RISCHIO / 1

DIRETTIVA 2014/23/UE

Art. 5, comma 2

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.**

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.**"

LA QUANTIFICAZIONE DEL RISCHIO / 2

DIRETTIVA 2014/23/UE

Considerando 20

Ai fini della valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

Le limitazioni del rischio ricorrenti nella prassi:

1. Limitazione della decurtazione dei canoni al disotto dei minimi garantiti
2. Clausole contrattuali che pongono limiti alle penali limitandole all'utile
3. Richieste a carico della PA di fidejussioni omnibus a garanzia del debito del concessionario
4. Pagamenti dalla PA al concessionario a fronte dei quali non c'è servizio o servizio esposto al rischio

LA QUANTIFICAZIONE DEL RISCHIO / 3

LA CLAUSOLA DI SALVAGUARDIA

DIRETTIVA 2014/23/UE

Art. 5, comma 2

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.

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

I CONTRATTI DI CONCESSIONE 2.€

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

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

La parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario **non sia puramente nominale** o trascurabile.

Effetti del monitoraggio *in streaming* 2.€ Project management + IT:

- 1) Trasferimento rischio effettivo – validità concessione
- 2) Decontabilizzazione Eurostat – Sec 95
- 3) Risparmio concessionario 30% - 35%
- 4) Controllo del concessionario in remoto in tutta le fasi di gestione e verifica del rispetto della compliance

I CONTRATTI DI CONCESSIONE 2.€: Il primo esempio in Italia di Istituto penitenziario da realizzare in Finanza di Progetto

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) 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**.



In tempi di crisi economica e con i crescenti vincoli imposti alla finanza pubblica dal Patto di stabilità resta comunque imprescindibile per le amministrazioni realizzare opere pubbliche senza mettere a repentaglio l'equilibrio del proprio bilancio. Questo spiega la fortuna della finanza di progetto, grazie alla quale le amministrazioni vedono garantita la realizzazione delle opere senza procedere all'esborso dei relativi costi di realizzazione e di gestione. Il quadro della disciplina, però, non è certo privo di incertezze.

Il Volume raccoglie 29 contributi in materie giuridiche ed economico finanziarie.

Volume **“Finanza di Progetto: Temi e Prospettive”**, Editoriale Scientifica – Napoli, II edizione 2010, a cura di **G. Cartei** e **M. Ricchi**, introduzione di **L. Giampaolino**.

Patrocinato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Conferenza delle Regioni, UTFP e ITACA e con il contributo di ABI, ANCE, ANCI Servizi, ASSILEA e ILSPA.

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**.

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

Componente Esperto Legale della Struttura Tecnica di Missione presso il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

**Docente e Referente scientifico Master LUISS Business School
EMIC - “Executive Master Imprese di Costruzione”**

Docente Master in “Procurement Management” Roma Università di Tor Vergata

Docente Master “BIM – Building Information modeling” Roma Università “La Sapienza”



+39 347 225 3268



ricchi.massimo@gmail.com