



Spazi di Sport

settore nazionale UISP
sede operativa presso Costruire in Project
via Delle Monache, 2 – 41057 Spilamberto (Modena)
t. 059.785422 - www.spazidisport.it – info@spazidisport.it

Prof. **Fabio Casadio**
Responsabile di progetto e Presidente UISP di Bologna - t. 051.6013511 – uispbologna@uispbologna.it
Ing. **Luciano Rizzi**
Capo progetto e a.d. di Costruire in Project - t. 335.6232113 - rizzi@costruireinproject.it

HEPA EUROPE
rete europea per la
promozione della salute e
migliorare l'attività fisica
è un progetto dell'U.M.S.

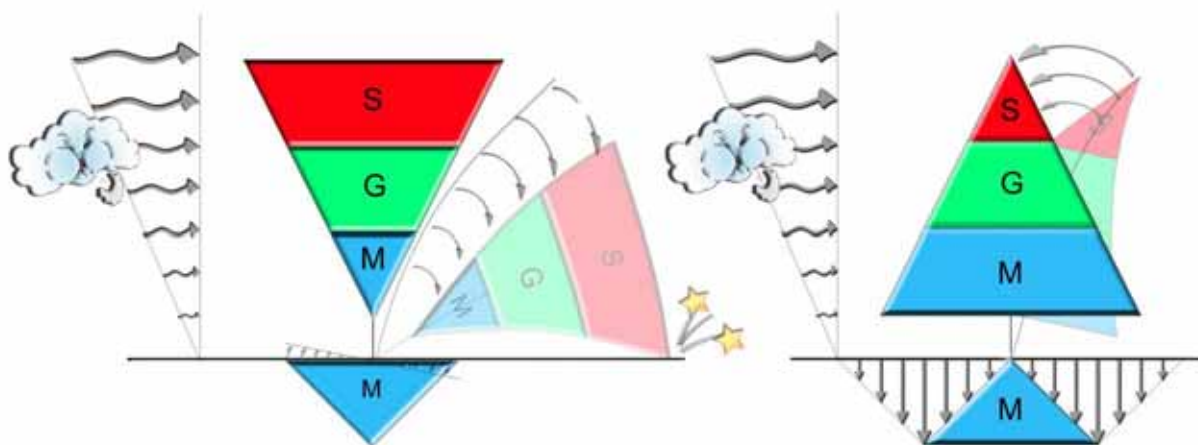


CORRIERE DEL MOVIMENTO

.....per stare bene!

SPAZI di SPORT (UISP) con il "corriere del movimento ... per stare bene" inizia oggi la presentazione e la divulgazione di quanto è stato fatto.
Il progetto "corriere del movimento ... per stare bene" verrà inviato, tramite mail a tutte le sedi della UISP in Italia con cadenza possibilmente settimanale (al lunedì) e ogni numero conterrà un solo articolo.
Il sito internet di Spazi di Sport (www.spazidisport.it) è stato AGGIORNATO si possono scaricare i numeri pubblicati
Ing. Luciano Rizzi (Capo Progetto "tecnico" di SPAZI di SPORT)

N° 41 – lunedì 18 ottobre 2010



Volume 4 (PROJECT FINANCING nello SPORT) – capitolo 12

La NUOVA FINANZA di PROGETTO nel

CODICE dei CONTRATTI

IL PROJECT FINANCING NELLO SPORT E LE PISCINE IN PROJECT
LA FINANZA DI PROGETTO SOCIALE GARANTITA

INTRODUZIONE

Il Legislatore italiano con il terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152), rivoluzionando il procedimento con il promotore, continua nella sperimentazione del project financing e, in linea con quanto fatto dall'esordio nel 1998, preferisce consegnare alla pubblica amministrazione (PA) una serie di opzioni alternative, articolate in più fasi semplici.

Tale impostazione ha contribuito in modo sostanziale allo sviluppo della finanza di progetto, trascinando anche l'altra forma di aggiudicazione del contratto di concessione, rappresentata dalla procedura ristretta ad iniziativa pubblica.

Con queste riflessioni si intende evidenziare l'accresciuta discrezionalità regolatoria in capo alla PA. L'esercizio della discrezionalità regolatoria consente alla PA, negli spazi lasciati dalla norma, di adattare l'affidamento del contratto alla situazione concreta.

Infine, è sembrato utile fornire alla PA dei criteri per orientarsi nella scelta dei diversi procedimenti, che consentono l'affidamento dei contratti di concessione o, secondo la nuova definizione più estesa, dei contratti di Partenariato Pubblico Privato (PPP).

Uno degli aspetti problematici del previgente procedimento con il promotore era quello della durata, scandito sostanzialmente da tre potenziali gare. La molteplicità dei passaggi obbligati lo esponevano ad una inusitata possibilità di ricorsi giurisdizionali per un unico procedimento: naturalmente anche il tempo impiegato in se per arrivare alla conclusione non giocava a favore di un suo mantenimento. Con il terzo decreto correttivo al Codice è intervenuta la riforma del promotore che ha gemmato due procedimenti alternativi originali entrambi caratterizzati dalla semplificazione dell'articolazione del processo di gara e un terzo percorso, condizionato dall'inattività della PA, che apre a tre possibili sub procedimenti: per comodità espositiva, cogliendo le caratteristiche di ciascuno, sono stati denominati rispettivamente:

- ▶ promotore monofase
- ▶ promotore bifase
- ▶ promotore additivo.



IL COINVOLGIMENTO DEI TERZI NELLA PROGRAMMAZIONE

E' stato migliorato il processo propositivo di inserimento nella programmazione di opere tramite il promotore da parte di terzi esterni all'amministrazione; infatti, i soggetti che possono presentare i suggerimenti da inserire negli atti programmatori, devono possedere dei requisiti di qualificazione molto più rigorosi a garanzia della serietà del loro impegno.

Questa modalità programmatica, ora disciplinata dal comma 19 dell'art. 153 del Codice, circostringe i requisiti di qualificazione posseduti dagli operatori economici privati solo a quelli indicati al comma 8 (i proponenti qualificabili come concessionari) e al comma 20 (i proponenti qualificabili con altri specifici requisiti), e non più genericamente riferibili a tutti soggetti pubblici e privati. Si noti come i soggetti pubblici non siano più menzionati.

Lo studio di fattibilità, redatto dai terzi qualificati, diventa l'unico documento da sottoporre alla PA ai fini dell'inserimento dell'opera nella programmazione pubblica.

Rimane inalterato l'impianto autorizzatorio che dà facoltà alla PA di decidere se accettare la proposta di inserimento nella programmazione, senza l'obbligo di corrispondere un prezzo anche in caso di accoglimento e di acquisizione dello studio di fattibilità del privato.

Inoltre, è stato imposto alla PA il termine sollecitatorio di 6 mesi per decidere se adottare gli studi di fattibilità proposti dai terzi: ciò a tutela dei privati che investono sulla redazione dello studio di fattibilità proprio per l'opportunità di vederlo accolto nei documenti programmatori in tempi certi, guadagnando così un vantaggio competitivo lecito sull'operazione successiva.

Il vantaggio competitivo lecito pone in capo al soggetto privato, che presenta la proposta di programmazione in finanza di progetto, una transitoria posizione dominante, destinata a dissolversi nelle procedure concorrenziali successive o per il rifiuto della PA ad accogliere il suggerimento programmatico.

Il vantaggio competitivo lecito, nonostante si affievolisca in caso di sviluppo del procedimento, persiste in capo all'operatore economico solo se si pone attenzione al fatto che il privato ha acquisito in esclusiva una forte competenza sull'operazione per avere prima degli altri concorrenti studiato il caso, avere predisposto la matrice progetto (lo studio di fattibilità) adottata dalla PA per la quale ha già pronta l'offerta e nell'aver già intrapreso un dialogo tecnico con la PA precedente.



IL PROMOTORE MONOFASE

L'attuale art. 153 del Codice delinea il procedimento del promotore monofase dal comma 1 al comma 14.

In estrema sintesi la PA, dopo avere pubblicato un bando, aggiudica il contratto di concessione al concorrente che ha sottoposto la proposta migliore, valutata con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa.

Le precisazioni riferite all'obbligo di predisposizione di uno studio di fattibilità prima di lanciare la gara, la possibile programmazione nell'elenco annuale delle opere pubbliche solo sulla base dello studio di fattibilità, la necessità di condizionare la pubblicazione del bando, che da l'avvio alla selezione del promotore, alle modalità previste ex art. 66 o 122 del Codice, rispondono ad esigenze minime di individuazione degli obiettivi pubblici e di comunicazione al mercato europeo .

I commi 2 e 3 dell'art. 153 del Codice fuggono ogni possibile equivoco sulla necessità di pubblicare un vero e proprio bando, utilizzando tutti i mezzi di pubblicità obbligatori che gli sono propri a seconda che il valore del contratto da affidare sia sopra o sottosoglia.

I CONTENUTI DEL BANDO E LA NEGOZIAZIONE DEL PROGETTO

Gli stessi commi 2 e 3 dell'art. 153 del Codice stabiliscono i contenuti obbligatori del bando riferendosi a quelli standard per le concessioni previsti dall'art. 144 del Codice; nel procedimento monofase, però, sono stati aggiunti due contenuti specifici.

Questi nuovi contenuti del bando, elencati nell'art. 153, comma 3, sub lett. a) e b), costituiscono il fondamentale meccanismo regolatorio del nuovo procedimento fissato dalla legge, in particolare sub lett. a) l'amministrazione aggiudicatrice, una volta individuato il promotore, ha la possibilità di chiedergli di apportare alla sua offerta quelle modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e i conseguenti adeguamenti del piano economico finanziario (PEF).

La soluzione offerta dalla nuova formulazione dell'art. 153, comma 3, lett. a) non lascia dubbi riguardo la possibilità di apportare le modifiche prescritte in sede di conferenza di servizi.

Neppure deve mettersi in dubbio la possibilità di richiedere modifiche progettuali e del PEF dalla stessa PA precedente in fase di approvazione del progetto.

A questo punto si impone una riflessione. Se dovessimo accettare la soluzione interpretativa che limita le richieste alle sole modifiche progettuali dell'amministrazione e a quelle emerse in conferenza di servizi, la PA si esporrebbe alla circostanza di poter sottoscrivere un contratto di concessione comprensivo di cospicue rendite non giustificate dai rischi assunti dal concessionario. Il limite della procedura monofase risiede nell'impossibilità di sottoporre a confronto concorrenziale la proposta prescelta per ridurre gli ingiustificati margini di profitto.

Questo esito si evita se la PA si comporta come un'Autorità: con la capacità di valutare ed imporre, in fase di approvazione del progetto, l'eliminazione delle rendite, ad esempio ridimensionando i costi esposti di costruzione, i canoni richiesti alla PA per le opere fredde, il contributo pubblico in conto costruzione o



gestione e procedere ad una più equa distribuzione dei rischi, etc, in altre parole far sopportare alla collettività un costo congruo per servizi pubblici .

In una ricostruzione sistematica, la PA soddisfa il pubblico interesse non solo imponendo le modifiche progettuali ritenute opportune ma, anche attraverso una appropriata negoziazione, pagando al mercato il prezzo giusto per l'opera pubblica e per i servizi erogati alla collettività.

Il secondo contenuto obbligatorio del bando, ai sensi dell'art. 153, comma 3, lett. b) del Codice, prescrive che, in caso di rifiuto del promotore di apportare le modifiche indicate, l'amministrazione ha la facoltà di chiedere ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione del contratto con le modifiche. Il primo dei concorrenti in ordine di chiamata che esprime il consenso succede al promotore e si assicura la sottoscrizione del contratto. Questa disposizione tiene il promotore sotto pressione per l'accettazione delle modifiche alla sua offerta e, soprattutto, solleva la PA dal "ricatto" della mancanza di aggiudicatari alternativi. Il potere regolatorio della PA di ottenere le modifiche dal promotore è fortificato dalla minaccia di poter perdere il contratto. Si osservi come la sanzione sia necessaria specialmente quando la PA interviene sulla proposta negoziando le eventuali rendite ingiustificate, quando invece la richiesta di modifiche impone nuovi costi, il promotore non ha ragioni per rinunciare al contratto perché il PEF viene obbligatoriamente riequilibrato ai sensi dell'art. 153, comma 3, lett. a) del Codice.

Al promotore che dovesse recedere è, comunque, garantita una compensazione economica pari al costo di predisposizione dell'offerta non superiore al 2,5% del valore di investimento ai sensi del comma 12 dell'art. 153 del Codice. Il concorrente subentrato è tenuto al pagamento dell'indennizzo al promotore receduto e senza dubbio ne sopporterà integralmente il costo, non potendolo inscrivere nel PEF che regolerà il suo rapporto concessorio con la PA.

Ai sensi dell'art. 153, comma 10, lett. d), qualora si dovesse verificare il caso che la proposta non necessiti di modifiche, la PA procede direttamente alla stipula della concessione; la previsione certamente stimolerà gli aspiranti promotori a sottoporre "l'offerta perfetta" e la PA sarà tenuta a verifiche approfondite.

IL TEMPO DELLE MODIFICHE DELLA PROPOSTA

La nuova disciplina all'art. 153, comma 10 risolve la gran parte del problema del cosiddetto rischio amministrativo, imponendo l'attivazione obbligatoria della conferenza dei servizi sul progetto preliminare presentato dal promotore anche ai fini della valutazione di impatto ambientale. Questo rischio è legato ai pareri, autorizzazioni, nulla osta comunque denominati che devono essere rilasciati da quegli enti della PA che presiedono la tutela di interessi pubblici specifici come quello ambientale, paesaggistico territoriale, storico artistico, della salute e della pubblica incolumità.

La soluzione prospettata dal Codice, imponendo l'utilizzo la conferenza di servizi sul progetto preliminare del promotore, rimuove con forza di legge gran parte del rischio amministrativo ma non risolve quello di efficienza della gara; gli aspiranti promotori presentano le proposte già potenzialmente confliggenti con le prescrizioni che verranno rese dalle varie autorità pubbliche.

I costi delle modifiche progettuali imposte dalla conferenza di servizi e dalla valutazione di impatto ambientale devono essere sostenute dal promotore stesso, ai sensi del comma 10, lett. c) dell'art. 153 del Codice.



La norma accollando al promotore aggiudicatario il carico dei costi di modifica del progetto, lo fidelizza ancor di più nel suo proposito di proseguire nella gara.

In altre parole la PA può permettersi di scegliere anche quelle proposte di cui ha coscienza che avranno necessità di importanti modifiche, richieste sia dalla stessa PA concedente come dalle altre "anime" della PA che si pronunceranno in sede di conferenza di servizi.

Ai sensi dell'art. 153, comma 11 del Codice, la stipulazione del contratto di concessione è sospensivamente condizionata: a) dalla conclusione positiva della procedura di approvazione del progetto; b) dall'accettazione delle modifiche da parte del promotore o del diverso concorrente aggiudicatario.

IL CRITERIO PER COMPARARE LE OFFERTE

Il momento valutativo delle offerte nel procedimento monofase è determinante perché la scelta individua immediatamente l'aggiudicatario, salva la sua facoltà di recedere in caso di modifiche non gradite.

Il criterio di valutazione delle proposte è stato sensibilmente modificato rispetto a quello che presidiava la dichiarazione di pubblico interesse: infatti, ai sensi dell'art. 153, comma 4 del Codice, "le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83".

Il Legislatore pur facendo propri i vincoli imposti alla discrezionalità dall'offerta economicamente più vantaggiosa (OEV) ha comunque tenuto conto della specificità dei contratti complessi con due prescrizioni:

- 1) la prima, indicata al comma 5 dell'art. 153 del Codice, riguarda gli elementi di giudizio. I tradizionali criteri di valutazione dell'OEV, elencati dalla lett. a) alla lett. o) dell'art. 83, comma 1 del Codice, sono stati estesi "agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione". Questi criteri aggiuntivi di valutazione devono intendersi obbligatori e non esemplificativi, senza la possibilità di essere omessi secondo le circostanze, come invece è possibile per quelli indicati dall'art. 83 del Codice;
- 2) la seconda, inserita al comma 5 dell'art. 153 del Codice, impone che i criteri vengano inseriti nel bando "secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base alla quale si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte".

La combinazione di queste due prescrizioni costituisce un sistema flessibile di valutazione delle offerte, che introduce degli elementi che vincolano la discrezionalità della PA ma non al punto da indurla a commettere scelte indesiderate in nome della trasparenza.

Il nuovo sistema, introducendo l'obbligatorietà dell'OEV e l'indicazione dell'ordine di importanza dei criteri, ha mantenuto per la PA la capacità di cogliere le proposte con soluzioni innovative. Infatti, in questo modo la PA evita di essere costretta da ponderazioni fisse quando ancora non ha preso visione delle offerte che il mercato è stato capace di proporre; gli operatori economici puntano proprio sul valore dell'innovazione per assicurarsi l'aggiudicazione del contratto.

Inoltre, in questo caso si sottolinea l'importanza della valutazione qualitativa sul progetto, sulla convenzione e sul PEF, perché il giudizio su di essi consente di mirare alla sostanza dell'offerta.



LE FUNZIONI DELLO STUDIO DI FATTIBILITÀ

Ai sensi del comma 2 dell'art. 153 del Codice, alla base di ciascuna gara deve esserci la predisposizione dello studio di fattibilità redatto dall'amministrazione aggiudicatrice o adottato ad iniziativa di terzi ai sensi del comma 19.

Lo studio di fattibilità diventa il punto di origine della Finanza di Progetto.

Lo studio di fattibilità è lo strumento per orientare le decisioni della PA sul se fare, sul quanto fare, sul come fare, sul dove fare, sul procedimento, sul tipo di contratto, sulle valutazioni di budget, sull'impatto sul debito pubblico, sul timing, etc...

Lo studio di fattibilità è diventato anche un documento preordinato all'espletamento della gara, questa connotazione era poco evidente nella precedente normativa, adesso è una funzione imprescindibile.

La qualità dello studio di fattibilità e, dunque, le necessarie risorse finanziarie da spendere per la sua redazione, sono una necessaria posta di apertura per entrare in gioco.

E' evidente come il budget per lo studio di fattibilità, la cui determinazione da parte della PA dovrebbe essere obbligatoria prima di intraprendere qualsiasi affidamento di PPP, sia commisurato alla grandezza e alla complessità dell'operazione. Ciò comporta, di conseguenza, l'urgenza di stabilire quali siano i contenuti necessari dello studio di fattibilità per le operazioni di PPP, onde evitare che l'interpretazione soggettiva della loro qualità sviscisi l'effetto virtuoso di selezionare quelle PA che possono permettersi di sostenere anche i costosi processi di aggiudicazione e di monitoraggio della concessione.

Più è intenso l'investimento nello studio di fattibilità adeguato alla complessità del contratto e minori saranno i costi dei concorrenti per la redazione delle offerte e quelli sostenuti dalla PA per l'aggiudicazione della gara. Come opzione alternativa, qualora la PA decidesse di sostenere anche i costi di redazione del contratto di concessione, con una corretta distribuzione dei rischi, e del PEF, allora potrebbe attivare la finanza di progetto ad iniziativa pubblica ai sensi dell'art. 144 del Codice; questi costi aggiuntivi, da sostenere subito, sono un minimo esborso se paragonati al budget necessario per intraprendere procedimenti con il promotore a causa della negoziazione per la definizione del progetto inteso nel senso più ampio (progetto, PEF e contratto), o, in caso di incapacità di gestione dell'affidamento, per le perdite a carico della PA, che si generano solo quando l'opera entrerà in esercizio e per tutta la sua durata.

E' evidente che una PA non all'altezza di gestire l'affidamento per carenza di risorse e di competenza tende a sottoscrivere dei contratti di concessione, anche se formalmente ineccepibili, pagando eccessivamente l'infrastruttura e i servizi resi alla collettività o, ancor peggio, acquistando mediocri standard di servizi.

L'investimento della PA nello studio di fattibilità giustifica la "sparizione" della dichiarazione di pubblico interesse, disciplinata dal soppresso art. 154, o meglio la sua incorporazione nello studio di fattibilità; non c'è più la necessità procedimentale della dichiarazione quando il pubblico interesse sia stato descritto così adeguatamente nello studio di fattibilità.

Lo studio di fattibilità è anche la misura per stabilire il valore della concessione ai fini dell'applicabilità delle regole di pubblicazione del bando sopra e sottosoglia, e, ai sensi dell'art. 153, comma 9 del Codice, viene utilizzato per determinare il valore dell'investimento su cui calcolare il 2.5%, limite massimo del costo di predisposizione delle offerte.



I TERMINI E I CONTENUTI DELLE OFFERTE

La scansione del procedimento del promotore monofase deve osservare tempi di predisposizione documentale appropriati per una gara che abbia l'obiettivo di acquisire la migliore proposta realizzabile dal mercato.

Se da un lato sono stati introdotti degli elementi di flessibilità di valutazione delle offerte per catturare l'innovatività delle proposte, dall'altro si è cercato di ridurre al minimo la loro disomogeneità e ciò per la duplice ragione di renderle facilmente comparabili e allo stesso tempo di evitare al mercato il costo di redazione di proposte non bene allineate al pubblico interesse, che riscuoterebbero solo scarso apprezzamento.

Il comma 7 dell'art. 153 del Codice, quando sancisce che il "disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei", stabilisce appunto che ai futuri concorrenti deve essere offerta una potenziale matrice entro cui devono "disegnare" la propria offerta.

La nuova disciplina non indica il termine per la presentazione delle offerte: si devono evitare interpretazioni formalistiche e procedere avendo riguardo agli scopi che la PA si prefigge con la gara, i.e. stimolare la concorrenza e l'innovazione.

Per questa ragione non potrà essere adottato il termine eccessivamente breve di 52 gg dalla data di trasmissione del bando di gara, prescritto per l'assegnazione della concessione ad iniziativa pubblica, disciplinata dall'art. 144, comma 1 del Codice.

Poiché l'aggiudicatario è scelto in una sola battuta, deve essere individuato un termine sufficientemente ampio per consentire alle imprese di aggregarsi ed accettare la sfida di produrre innovazione e al mercato creditizio di sostenere finanziariamente la proposta.

Il termine minimo dovrebbe essere quello di 180 gg, collaudato dalla disciplina previgente nei procedimenti ad iniziativa privata.

Per analogia sistematica e a conferma dell'indicazione prospettata, il termine minimo di sei mesi per presentare le proposte dall'approvazione dell'elenco annuale è sancito dal nuovo comma 16 dello stesso art. 153 del Codice, con riguardo ad un ulteriore e diverso percorso di individuazione del promotore.

La definizione caso per caso del giusto termine è un potere regolatorio che permette di aprire le gare nazionali al mercato europeo, spesso bloccato da barriere all'entrata per termini eccessivamente ridotti, inadatti a presentare proposte credibili per progetti complessi (autostrade, metropolitane, ferrovie, aeroporti, etc.) .

Il contenuto obbligatorio delle offerte differisce rispetto alla previgente disciplina.

Ora ai sensi dell'art. 153, comma 9 del Codice è richiesto un minor numero di documenti, in particolare non sono più richiesti:

- ▶ studio di inquadramento territoriale ed ambientale
- ▶ studio di fattibilità



- ▶ indicazione delle garanzie offerte
- ▶ indicazione dei criteri da far utilizzare alla PA nella valutazione delle proposte.

Le ragioni di queste sottrazioni sono varie, mentre la richiesta dei criteri di valutazione delle offerte indicate dai promotori erano illogiche visto che la gara la conduceva la PA, invece è divenuta superflua l'indicazione delle garanzie perché l'attuale procedimento le impone obbligatoriamente.

Lo studio di inquadramento territoriale ed ambientale e lo studio di fattibilità sono resi inutili dallo studio di fattibilità valido per tutti i concorrenti predisposto dalla PA e posto a base di gara.

Anche in questo caso è importante una precisazione, l'analisi della domanda effettiva da cui sono desunte le linee di ricavo di un progetto e i costi di realizzazione e manutenzione ma anche altre specificità dell'offerta, tradizionalmente contenuti nello studio di fattibilità predisposto dal promotore non più richiesto, devono comunque essere rappresentati e motivati nella relazione al PEF, specialmente quando si discostino da quelli indicati nello studio redatto dalla PA e posto a base di gara.

IL SISTEMA DELLE GARANZIE

Le garanzie richieste per partecipare alla gara sono coerenti con il procedimento monofase.

Con la presentazione dell'offerta è obbligatorio produrre

- ▶ la cauzione del 2% del valore dell'investimento, ex art. 75, comma 1 del Codice
- ▶ la cauzione del 2,5% del valore dell'investimento, a copertura dei costi di predisposizione dell'offerta.

La cauzione del 2,5%, a carico del concorrente aggiudicatario, copre le spese di predisposizione della proposta del promotore nel caso rinunci all'aggiudicazione per non avere accettato le richieste di modifiche all'offerta.

Una volta individuato l'aggiudicatario questi dovrà presentare la consueta cauzione definitiva ai sensi dell'art. 113, comma 1 del Codice pari al 10% del valore dell'investimento.

L'importante novità, disciplinata dall'art. 153, comma 13, è costituita dall'obbligo di presentazione della garanzia gestionale nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio.

La norma non si limita all'introduzione della cauzione ed a indicare il massimale assicurato ma si spinge più in là, precisando che è costituita "a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera".

Si noti come l'obbligo di prestazione della garanzia contribuisca a selezionare a monte un gestore qualificato; nessun assicuratore la presterebbe ad un concessionario incapace. L'importanza di questa garanzia è talmente cruciale che la mancata presentazione configura un grave inadempimento contrattuale (art. 153, comma 13) e, ciò, consentirebbe alla PA di risolvere il contratto e incamerare la cauzione definitiva.

Al termine di questa disamina emerge un sistema autobilanciante di garanzie che sostiene il mantenimento delle performance contrattuali.

LE DISPOSIZIONI PER I FINANZIATORI

Emerge dall'art. 153, comma 9 del Codice che il PEF potrà essere asseverato solamente dalle banche e non più anche dalle società di servizi costituite dagli istituti creditizi e dalle società di revisione. Sembra che la



decisione di ridurre gli operatori abilitati al rilascio dell'asseverazione sia riconducibile alla specializzazione delle banche alla concessione del finanziamento; il più delle volte la banca asseveratrice è anche la banca che concede il credito per l'operazione ed, inoltre, proprio l'Associazione Bancaria Italiana ha sostanzialmente messo a punto un format di asseverazione che è diventato lo standard per le associate .

La qualifica espressa al comma 1 dell'art. 160 del Codice, riferita alle società di progetto, che queste possono essere sia "concessionarie" o "affidatarie", sembra implicare nel primo caso una gara e nel secondo un affidamento diretto. In entrambi i casi deve essere redatta e sottoscritta una concessione, comunque denominata, che regoli i rapporti tra PA e società mista o società affidataria senza gara; in ogni caso viene chiarito che la società di progetto o la società mista possono essere affidatarie di un contratto di partenariato. Nel complesso la disposizione del comma 1 dell'art. 160 del Codice, ha inteso rafforzare l'applicabilità della garanzia anche ai contratti di partenariato, appena introdotti, ed estenderla alle società miste affidatarie di contratti di partenariato, poiché per queste si tende a ragionare sul procedimento di gara per l'individuazione del socio privato piuttosto che sul contratto che le lega con la PA, e a quelle società investite della contratto di PPP senza gara.



IL PROMOTORE BIFASE

Il procedimento del promotore bifase, disciplinato al comma 15 dell'art. 153 del Codice, è scandito in due tempi:

- ▶ nel primo tramite una selezione competitiva viene scelto il promotore
- ▶ nel secondo, mediante il miglioramento concorrenziale della sua offerta, viene individuato il potenziale aggiudicatario; il promotore a questo punto potrà decidere se adeguare la propria offerta a quella risultante dalla seconda fase per assicurarsi il contratto.

Il bando deve essere pubblicato secondo le modalità già esaminate per il promotore monofase, ma deve contenere, invece della previsione dell'immediata aggiudicazione al promotore, l'attribuzione a questo del diritto di prelazione.

Il criterio di selezione del promotore in prima fase mediante l'OEV è il medesimo adottato dal comma 3, riferito al promotore monofase.

Il promotore potrà esercitare il diritto di prelazione, se lo valuti conveniente, adeguando la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa a conclusione della seconda fase concorrenziale; detto meglio, il promotore per scegliere se esercitare la prelazione attenderà l'esito della seconda fase, a cui non partecipa, per verificare l'esistenza di offerte migliorative rispetto alla propria, posta a base di gara. Nel caso in cui la gara della seconda fase vada deserta il contratto è aggiudicato automaticamente al promotore ai sensi dell'art. 153, comma 15, lett. d) del Codice.

IL DIRITTO DI PRELAZIONE

La reintroduzione del diritto di prelazione rende opportuno un approfondimento.

Il diritto di prelazione ha avuto l'effetto, sin dalla sua introduzione con la legge 166/02, di accelerare l'uso del procedimento con il promotore, portando in crescita il mercato delle concessioni, anche se ciò è avvenuto con ritmi tumultuosi senza la necessaria riflessione. L'euforia che ha accompagnato l'attivazione dei procedimenti in molti casi ha deresponsabilizzato la PA sulla delicatezza del processo a cui sovente seguiva la presentazione di proposte.

Quando il secondo decreto correttivo al Codice, il D.Lgs. 113/07, ha espunto il diritto di prelazione ci si spettava una contrazione del numero e del valore dei procedimenti con il promotore che, però, è stata smentita dai valori in crescita riportati dai principali Osservatori.

Una spiegazione verosimile di questi risultati controintuitivi è che il diritto di prelazione, in prima battuta, ha agito come innesco allo sviluppo del mercato del PPP; una volta esaurito lo slancio, a sostenere il mercato delle concessioni sono intervenute altre ragioni strutturali come la scarsità di risorse, i limiti all'indebitamento pubblico, l'efficacia come strumento di comunicazione politica, l'innalzamento della competenza della PA, etc.

Queste riflessioni consentono di gestire al meglio la prelazione ora che è stata reintrodotta nel Codice e di segnalare l'importanza del rimedio approntato, disciplinato dal comma 15, lett. e) dell'art. 153 del Codice, per mitigare gli effetti anticoncorrenziali che genera. Infatti il concorrente aggiudicatario, che subisce l'esercizio



della prelazione, deve ricevere una compensazione economica pari al costo sostenuto dal promotore per la predisposizione della proposta a base di gara nel limite del 2.5% dell'investimento. Poiché tale valore è di gran lunga superiore a quello sostenuto dal concorrente per migliorare l'offerta del promotore in questa seconda tornata, la compensazione dovrebbe essere uno stimolo efficace per indurre i concorrenti a partecipare anche in presenza della minaccia del diritto di prelazione. Nel caso in cui il promotore rinunci all'esercizio della prelazione, trascorsi 45 gg dalla comunicazione del vincitore, ritenuto, pertanto, un congruo periodo di riflessione se accettare o meno, ha diritto di essere compensato dall'aggiudicatario delle spese di predisposizione della proposta.

LA SECONDA FASE

Il procedimento bifase, rispetto a quello monofase, riduce l'ampiezza della discrezionalità esercitabile dalla PA nella conduzione della gara, in particolare introduce dei limiti alla richiesta di modifica dell'offerta del promotore e nelle modalità di esercizio dell'OEV nel successivo confronto concorrenziale. In ragione del fatto che la gara nella seconda fase consente di ridurre le rendite della proposta, le richieste di modifica dell'offerta al promotore dovrebbero limitarsi a quelle indicate dall'amministrazione precedente e a quelle emerse in conferenza dei servizi, sempre con i conseguenti adattamenti del PEF. La PA non potrebbe spingersi, salvo macroscopiche evidenze, a chiedere al promotore di diminuire i costi di costruzione dell'opera pubblica e dei servizi erogati alla collettività proprio perché sarà la concorrenza ad adeguarli ai valori di mercato nella seconda fase.

Mentre, ai sensi dell'art. 153, comma 15 del Codice, il criterio dell'OEV per l'individuazione del promotore ricalca quello del procedimento monofase, invece ai sensi dello stesso comma 15, lett. c) del Codice, il modello di OEV, che presiede questa gara è strettamente disciplinato dell'art. 83 del Codice, senza la possibile estensione del giudizio sul valore del progetto, del PEF e della convenzione.

Il disegno procedurale che emerge realizza una prima fase in cui la proposta del promotore viene modificata secondo le richieste della PA, costituendo una base unica per la successiva gara, poi nella seconda fase si realizza il confronto concorrenziale solo sugli aspetti riconducibili agli elementi economici.



IL PROMOTORE ADDITIVO

Questo terzo procedimento di aggiudicazione di un contratto complesso non è a soluzione unica, infatti, dopo una fase comune, che culmina con la dichiarazione di pubblico interesse, la PA può scegliere, a ragione delle diverse circostanze, uno dei tre percorsi di affidamento elencati nell'art. 153, comma 16, sub lett. a), b) e c).

La disciplina sostanziale di ciascun sub procedimento è un ibrido tra elementi del promotore monofase, ex art. 153, comma 1 del Codice, con, rispettivamente, il dialogo competitivo, ex art. 58 del Codice, l'aggiudicazione della concessione ad iniziativa pubblica, ex art. 144 del Codice, e il promotore bifase, ex art. 153, comma 16 del Codice.

Questi multipli esiti combinatori sono condizionati a monte dalla PA, la quale, dopo avere inserito nell'elenco annuale l'opera pubblica da realizzare, rimane inerte senza far seguire la pubblicazione del bando di gara.

La preconditione affinché s'inneschi il procedimento additivo è che l'opera sia inserita nel programma annuale; è opportuno precisare, comunque, come ciò non sia sufficiente, infatti è determinate che la PA abbia al contempo indicato di utilizzare uno dei due processi di affidamento del promotore, o il monofase o quello bifase.

L'azione di impulso del mercato sulla PA, mediante la presentazione delle proposte, può essere esercitata in una finestra temporale di quattro mesi: non prima che siano trascorsi sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale delle opere pubbliche e non oltre dieci mesi dallo stesso.

La possibilità di pubblicare il bando secondo le originarie intenzioni programmatiche si riapre allo scadere dei quattro mesi per la presentazione delle proposte additive senza che ci sia stata l'iniziativa compulsiva del mercato.

La presentazione anche di una sola proposta presentata dagli operatori privati mette fuori gioco l'intenzione procedimentale della PA espressa in fase programmatica.

La PA è tenuta, entro 60 giorni, a pubblicare un avviso seguendo le forme di pubblicità ordinarie dei bandi sopra o sottosoglia comunitaria in dipendenza del valore della concessione. L'avviso è un vero e proprio bando.

Inoltre, l'avviso deve dare il termine di tre mesi ai concorrenti per presentare sia le nuove proposte che quelle già presentate ma rielaborate alla luce dei criteri formulati per la dichiarazione di pubblico interesse.

L'ANALISI DELLE PROPOSTE ADDITIVE

A questo riguardo ci si domanda quali siano i limiti al potere della PA di esame, valutazione e comparazione delle proposte presentate nei quattro mesi consentiti per attivare il procedimento additivo, in considerazione del fatto che successivamente le stesse proposte potranno essere valutate così come sono o ulteriormente rielaborate e ripresentate a seguito della pubblicazione dell'avviso.

In altre parole cosa dovrebbe fare la PA tra l'esclusiva verifica della completezza formale della documentazione, quale condizione sufficiente per procedere alla pubblicazione dell'avviso, e l'analisi compiuta della proposta, prendendo ispirazione anche per l'elaborazione dell'avviso ?



In questa fase l'obiettivo principale della PA dovrebbe essere quello di verificare se il mercato abbia già elaborato delle proposte anche al fine di perfezionare l'avviso per la dichiarazione di pubblico interesse. Quelle prime proposte additive contribuiscono alla formazione progressiva della desiderata della PA e consegnano alla PA l'importante messaggio che il mercato è pronto e risponderà. Queste considerazioni implicano che la PA possa rimanere inerte volontariamente per consentirgli di "auscultare" il mercato e di precisare le idee piuttosto che procedere alla pubblicazione del bando a cui far seguire il procedimento con il promotore monofase o bifase.

LA DICHIARAZIONE DI PUBBLICO INTERESSE

Ai sensi dell' art. 153, comma 16 del Codice, la sollecitazione al mercato della proposta è denominata avviso e la sua pubblicazione segue le modalità dei bandi ai sensi dell'art. 66 o 122 del Codice, a seconda se l'investimento sia sopra o sottosoglia.

Nell'avviso deve essere indicato il termine perentorio minimo di 90 gg per la presentazione delle proposte e i criteri in base ai quali la PA procede entro 6 mesi successivi alla dichiarazione di pubblico interesse.

Non deve, invece, essere indicato il sub procedimento successivo alla dichiarazione di pubblico interesse: la scelta delle alternative è una prerogativa della PA, che potrà esercitare solo dopo aver eletto la proposta di pubblico interesse e che è tenuta ad attivare anche in mancanza di partecipanti a seguito della pubblicazione dell'avviso.

La PA procede alla dichiarazione di pubblico interesse valutando e comparando le proposte sollecitate dall'avviso.

Le modalità di valutazione e comparazione delle proposte sono quelle disciplinate dall'espunto art. 154 del Codice. In sintesi tale modalità di valutazione, utilizzando appieno la discrezionalità amministrativa più di ogni altro criterio di scelta presente nel Codice, consente di selezionare l'innovazione stimolando opportunamente il mercato.

Si evidenzia come l'art. 153, comma 17 del Codice, obblighi il promotore a presentare la garanzia provvisoria del 2% dell'investimento ai sensi dell'art. 75 del Codice, che potrà essere escussa nel caso in cui questi non partecipi al seguito del sub procedimento scelto dalla PA. Si noti come questa penale qualifichi la proposta del promotore, incentivando a mantenere fermo il suo proposito di andare fino in fondo.

I TRE SUB PROCEDIMENTI

La PA, una volta dichiarato il pubblico interesse della proposta, deve indicare quale sia il percorso di affidamento che vuole utilizzare tra:

- ▶ il dialogo competitivo ex art. 58 del Codice
- ▶ la procedura di affidamento ad iniziativa pubblica ex art. 143 (144) del Codice
- ▶ la seconda parte del procedimento bifase ex art. 153, comma 15 del Codice

Negli ultimi due casi la norma, il comma 16 sub lett. b) e c), specifica che, costituendo una deviazione dai modelli originali, il promotore dovrà essere, comunque, invitato alla gara.



La nuova disciplina facilita la scelta con una regola: qualora la proposta e il progetto necessitino di modifiche non si potrà adottare altro che il dialogo competitivo.

Quando, invece, il progetto e la proposta non necessitino di modifiche allora sono praticabili sia la procedura di affidamento ad iniziativa pubblica che il procedimento bifase, limitato però alla seconda fase.

Solo con riguardo a queste due procedimenti la norma, l'art. 153, comma 18, assicura al promotore il diritto di prelazione e al concorrente che lo subisce il rimedio incentivante.

Per completare lo spettro degli incentivi, sempre per entrambi procedimenti vale la compensazione delle spese sostenute, nella misura massima indicata nel comma 9.

Si sottolinea come in questa fase la strategia di adottare il dialogo competitivo piuttosto che gli altri due procedimenti dovrebbe essere dettata esclusivamente dall'esistenza o meno della necessità di modifiche al progetto. Se la scelta della PA fosse motivata da altre considerazioni, come ad esempio la difficoltà di attivazione del dialogo competitivo, orientando così verso gli altri due procedimenti senza procedere alle opportune modifiche della proposta, allora è certo il risultato distorsivo: la PA non sta conseguendo il pubblico interesse.



COME ORIENTARSI TRA I PROCEDIMENTI CON IL PROMOTORE

La moltiplicazione delle soluzioni procedurali per l'aggiudicazione delle concessioni rivela come il Legislatore abbia compreso a fondo il mercato dei contratti complessi.

Tale mercato è caratterizzato dal lato dell'offerta da una costante vocazione all'innovazione in campo progettuale, finanziario e contrattuale, finalizzata ad aggiudicarsi il contratto.

La PA a fronte di un mercato così instabile e variegato è opportuno che sia dotata di diversi procedimenti di aggiudicazione, che gli consentano di essere efficace scegliendo quello più adatto alle condizioni in cui opera di volta in volta.

Nella nomenclatura che segue si è voluto mantenere la distinzione tra procedimenti ad iniziativa pubblica e privata, anche se in senso stretto l'iniziativa è sempre pubblica; le due categorie sono ancora utili perché si mantengono nel solco della tradizione a cui le amministrazioni pubbliche sono abituate, inoltre l'iniziativa privata continua a poggiare sulla qualifica del promotore che ha l'obbligo di presentare un'offerta ben più complessa ed articolata di quella ad iniziativa pubblica limitata ad indicare solo alcuni parametri.

PROCEDIMENTO AD INIZIATIVA PUBBLICA – AFFIDAMENTO MEDIANTE PROCEDURA RISTRETTA

La procedura ristretta ex art. 144 del Codice, o finanzia di progetto ad iniziativa pubblica, si adatta ad una PA che non abbia particolare esperienza nella gestione di processi complessi e che non sia in grado finanziariamente di acquistare tale esperienza sul mercato delle competenze o per quelle amministrazioni che puntano ad ottenere risultati efficienti in termini di tempi e costi.

Il procedimento è costituito in modo tale da minimizzare la gran parte dei costi transattivi sia di parte pubblica che di quella privata. Inoltre, l'affidamento del contratto ad iniziativa pubblica ha tempi ridotti di aggiudicazione e l'esecuzione del contratto dovrebbe essere contenuta quando a base di gara sia stata predisposta un'accurata progettazione.

Tale sistema dovrebbe essere utilizzato per opere di valore medio piccolo, sufficientemente standardizzabili a basso tasso di complessità: parcheggi, impianti sportivi, edilizia cimiteriale, uffici pubblici, etc.

In questo caso la PA conosce esattamente quali siano i propri bisogni e le caratteristiche delle opere pubbliche che possono soddisfarli e si rivolge al mercato per cercare l'operatore economico che garantisca quegli standard realizzativi e di gestione del servizio pubblico al costo più conveniente.

PROCEDIMENTO AD INIZIATIVA PRIVATA - PROMOTORE MONOFASE

Il procedimento del promotore monofase ai sensi dell'art. 153, comma 1 e ss. del Codice, si colloca all'estremo opposto, adattandosi ad una amministrazione con forti competenze negoziali e spiccate capacità regolatorie; si ricorda come la PA debba simulare la concorrenza e negoziare con il promotore anche le necessarie modifiche economiche alla proposta. La PA deve essere dotata di un budget considerevole per



sostenere i necessari costi transattivi di gestione del processo senza lesinare sul reclutamento di specialisti e per il loro coordinamento. Le opere da realizzare sono di taglia medio grande con un elevato grado di complessità non standardizzabile, tale per cui si chiede al mercato di proporre soluzioni non immaginabili dalla stessa amministrazione. L'obiettivo di questo procedimento è di catturare l'innovazione avendo la capacità di corrispondere ai privati un prezzo equo.

PROCEDIMENTO AD INIZIATIVA PRIVATA - PROMOTORE BIFASE

Il procedimento con il promotore bifase, ai sensi dell'art. 153, comma 15 del Codice, differisce da quello monofase sostanzialmente per un elemento: in questo l'operazione di compressione delle rendite ingiustificate, e dunque di calmieramento dei costi di realizzazione dell'opera e di gestione dei servizi alla collettività, è realizzato da una fase competitiva. La previsione di una seconda fase di gara rende il procedimento bifase più facilmente gestibile dalla PA rispetto all'affidamento con il promotore monofase che si risolve in una sola tornata di selezione. Tuttavia, sarebbe opportuno utilizzarlo quando si valuti che per dimensioni, natura dell'opera e azioni della stessa PA si possa prevedere una certa pressione concorrenziale nella seconda fase, altrimenti si vanifica il vantaggio ottenibile con questa procedura.

PROCEDIMENTO AD INIZIATIVA PRIVATA - PROMOTORE ADDITIVO

Il promotore additivo, ai sensi del comma 16 dell'art. 153 del Codice, può essere a ragione ritenuto una alternativa procedimentale al promotore monofase e bifase, quando la PA deliberatamente ometta la pubblicazione del bando per provocare la reazione del mercato. Le ragioni che possono spingere la PA ad adottare questa legittima strategia sono:

- ▶ la volontà di sondare l'esistenza di un mercato disponibile quando ci sia incertezza sulla sua reale consistenza e determinazione di partecipazione alla competizione;
- ▶ la volontà di stimolare il mercato a mezzo della persistenza della comunicazione della domanda pubblica, prima a seguito dell'inserimento nella programmazione annuale, poi nell'avviso di ricerca del promotore ed infine nel bando che introduce uno dei tre sub procedimenti e senza dimenticare la facoltà della PA di pubblicare il bando secondo le originarie intenzioni programmatiche nel caso in cui gli operatori economici non abbiano presentato le proposte additive nel periodo concesso dalla norma.

CONCLUSIONI

In conclusione è utile rammentare come la scelta casuale di uno dei procedimenti con il promotore o dettata dalla tipica credenza della PA di risparmiare sui costi di redazione del progetto preliminare, della convenzione e del PEF, genera invece enormi costi per la collettività, causati dalle spese evitabili per gestire processi estremamente complessi e dall'inefficacia del procedimento così articolato rispetto al risultato che si vuole ottenere.

