

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE

Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*

Diritto dei contratti e delle obbligazioni

mod. I

Prof.ssa Bianca Nicla Romano

A.A. 2023-2024

# **LE CONCESSIONI E LA FINANZA DI PROGETTO**

## Le concessioni

La concessione è un contratto tra una Pubblica amministrazione e un'impresa, che può avere ad oggetto la progettazione o l'esecuzione di lavori pubblici (o entrambe), oppure l'erogazione di un servizio pubblico. Esso è stipulato per iscritto ed è a titolo oneroso.

All'impresa che si aggiudica una concessione pubblica (concessionario) viene riconosciuto come corrispettivo il diritto di gestire l'opera pubblica realizzata (in caso di concessione di lavori) o i servizi (in caso di fornitura di servizi).

Solo a volte tale diritto può essere accompagnato da un corrispettivo fisso (definito "prezzo").

---

## Le concessioni

Il concessionario affronta gli oneri dell'opera o del servizio, assumendosi il rischio di non recuperare gli investimenti che è tenuto ad affrontare per avviare l'esecuzione delle prestazioni del contratto di concessione.

Per ridurre tale rischio, però, ha la possibilità di rifarsi sull'utenza attraverso la riscossione di un canone o di una tariffa (ad esempio, il concessionario autostradale recupera i costi di gestione, realizzazione e manutenzione dell'infrastruttura, attraverso il pedaggio pagato dagli utenti).

---

## Le concessioni

Il rischio proprio di una concessione pubblica è *in primis* il **rischio operativo** (detto anche **rischio di gestione**), che per la legge consiste nell'esposizione agli andamenti del mercato e che può comportare perdite economiche non trascurabili.

Ad esso si affiancano i già evidenziati **rischio di costruzione**, proprio delle concessioni dei lavori; il **rischio di disponibilità**, legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite; ed il **rischio di domanda**, legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare. Si tratta del rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa che permettano di recuperare i costi sostenuti.

---

## Le concessioni

Nel nuovo Codice le concessioni sono disciplinate nella Parte II del Libro IV. In particolare, il Titolo I ne disciplina l'ambito di applicazione e i principi generali, il Titolo II l'aggiudicazione ed il Titolo III l'esecuzione.

Il comma 1 dell'art. 177 precisa l'assetto di interessi che connota il contratto di concessione, in cui l'ente concedente affida ad un operatore economico, selezionato mediante gara, l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di un servizio, remunerandolo unicamente attraverso «il diritto di gestire le opere o i servizi oggetto del contratto» ovvero tale diritto «accompagnato da un prezzo», e sempreché il concessionario si assuma il «rischio operativo legato alla gestione delle opere o dei servizi» (cfr. la definizione contenute nell'Allegato I).

---

## Le concessioni

Lo schema tipizzato dal legislatore incorpora, dunque, un piano di ripartizione dei rischi ben diverso rispetto all'appalto.

Nella concessione (e, in generale, nelle altre forme di partenariato) al rischio di costruzione proprio anche dell'appalto (ovvero il rischio legato ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a standard inadeguati), si aggiunge il rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, e segnatamente: il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata (rischio di domanda), oppure il rischio di disponibilità (rischio di offerta), oppure entrambi.

---

## Le concessioni

Per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto; per rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto.

In mancanza di rischio operativo la fattispecie si deve qualificare in termini di appalto.

---

## Le concessioni

Il comma 2 dell'art. 177 detta, invece, le condizioni in presenza delle quali il rischio può ritenersi 'traslato'. Il principale elemento definitorio del rischio operativo è, infatti, l'effettività della sua allocazione al partner privato. Il concessionario, in particolare, assume il rischio solo 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 parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

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

---

## Le concessioni

Il comma 3 precisa la differenza tra la traslazione del rischio operativo e altri accadimenti contrattuali.

Il rischio di gestione – in quanto conseguenza economica di un evento incerto – deve derivare da fattori posti al di fuori del controllo delle parti (come la sopravvenienza di accadimenti impreveduti, oppure la manifestazione di circostanze preesistenti ma ignote alle parti). Le condotte legate a cattiva gestione o a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione del rapporto come concessione. Per gli stessi motivi neppure rilevano i rischi connessi a causa di forza maggiore.

---

## Le concessioni

L'ambito applicativo della figura della concessione, in relazione alla classificazione delle opere suscettibili di realizzazione mediante strumenti alternativi all'appalto, si suddivide in tre categorie: opere calde, opere tiepide, opere fredde. Le prime sono quelle dotate di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e di remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione. Le seconde sono quelle che, pur avendo la capacità di generare reddito, non producono, tuttavia, ricavi di utenza in misura tale da ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo così necessario un contributo pubblico (di cui si occupa il successivo comma 6). Le opere c.d. "fredde" sono, infine, quelle per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica Amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa (ospedali,

## Le concessioni

In primo luogo, la disciplina si applica ai servizi erogati sul mercato dietro corrispettivo economico, dotati di una intrinseca capacità di generare ricavi commerciali, con la precisazione che i contratti remunerati dall'ente concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo si configurano come concessioni se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore dipende esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura.

Lo schema di Codice, fedele alla Direttiva Europea – che prefigura la traslazione del rischio operativo anche soltanto dal lato dell'offerta, prescindendo dalla struttura «trilaterale» del rapporto – estende in modo chiaro la concessione anche ai progetti nei quali l'operatore privato fornisca direttamente servizi alla pubblica amministrazione, traendo la propria remunerazione principalmente dai pagamenti della pubblica amministrazione. Il Codice del 2016, invece, aveva alimentato parecchi dubbi al riguardo (l'art. 165, comma 1, stabilendo che «la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato», sembrava circoscrivere la figura ai soli servizi in grado di finanziarsi prevalentemente con i corrispettivi pagati dagli utenti; l'articolo si poneva in contraddizione con l'art. 180, comma 2).

# Le concessioni

La scelta del legislatore nazionale del 2016 di assumere (apparentemente) una nozione di concessione più ristretta di quella desumibile dalla Direttiva Europea ha reso necessaria una correzione di rotta.

La ripartizione dei rischi tipica del PPP vale ovviamente anche in presenza di una infrastruttura incapace di produrre reddito (scuole, uffici pubblici, ospedali). Affinché tale condizione si realizzi, è necessario che al privato venga trasferito il c.d. “rischio di disponibilità”: l’esborso effettuato dall’amministrazione deve essere subordinato all’esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del privato concessionario, il che richiede una costante ed efficace attività di controllo da parte dell’Amministrazione aggiudicatrice non soltanto sulla corretta attuazione del contratto e sulla gestione del servizio.

---

## Le concessioni

Pertanto, al comma 4, è precisato che, nelle operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta, il contratto prevede che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera; prevede, inoltre, un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario.

Le variazioni del corrispettivo devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme dell'investimento, dei costi e dei ricavi.

Va pure sottolineato che, anche nella concessione di servizi 'trilaterale', non è richiesto che gli utenti beneficiari del servizio siano anche quelli che ne sopportano i relativi costi, potendosi avere anche ipotesi in cui il costo del servizio è remunerato dalla pubblica amministrazione.

---

## Le concessioni

L'assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. L'equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio.

Se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario, è ammesso un intervento pubblico di sostegno. L'intervento pubblico può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti.

Se l'ente concedente, attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale, sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto, non si applicano le disposizioni sulla concessione, ma quelle sugli appalti. La previsione di un indennizzo in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'ente concedente, oppure per cause di forza maggiore, non esclude che il contratto si configuri come concessione.

---

## Le concessioni

La **durata** delle concessioni (art. 178) è limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario.

Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale.

Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.

La durata massima della concessione deve essere indicata nei documenti di gara, a meno che essa non sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto.

La durata dei contratti di concessione non è prorogabile, salvo per la revisione nei casi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili.

---

## Le concessioni

Il comma 5 dell'art. 178 prevede che al termine della concessione, per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure di selezione del concessionario, la gestione delle tratte autostradali è affidata al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che, in relazione alla specificità della tratta autostradale, per garantire adeguati standard di sicurezza e viabilità, valuta il modello più idoneo della gestione transitoria anche in relazione alle condizioni economiche.

Ai sensi dell'art. 179, il **valore di una concessione** è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.

Tale valore è stimato al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto detto bando, al momento in cui l'ente concedente avvia la procedura di aggiudicazione della concessione. Se il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione è superiore al valore stimato di oltre il 20 per cento, si considera il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione.

---

## Le concessioni

Ai sensi dell'art. 180, nei casi di **contratti misti di concessione**, ovvero che abbiano per oggetto sia lavori che servizi, le concessioni sono aggiudicate in conformità alle disposizioni applicabili alla prestazione che caratterizza l'oggetto principale delle concessioni stesse; e se contengono elementi della concessione ed elementi dell'appalto pubblico sono aggiudicati in conformità alla disciplina degli appalti.

Sono **esclusi** dalla disciplina delle concessioni, ai sensi dell'art. 181, i servizi non economici d'interesse generale e le concessioni disciplinate dagli articoli 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17 della direttiva 2014/23/UE.

All'affidamento dei contratti di concessione esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina *de qua*, si applicano i principi dettati dal Titolo I della Parte I del Libro I, e cioè i principi generali.

---

# Le concessioni

Gli enti concedenti che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un **bando di concessione** (at. 182), nel quale sono contenute le informazioni indicate nell'allegato IV.1 e, ove opportuno, ogni altra informazione ritenuta utile dall'ente concedente, anche secondo il formato dei modelli uniformi predisposti dall'Autorità di regolazione del settore.

Gli enti concedenti:

- a) precisano nel contratto di concessione che i beni pubblici o a destinazione pubblica eventualmente assegnati al concessionario per la gestione del servizio non possono essere utilizzati per lo svolgimento di attività economiche che non siano espressamente oggetto della procedura di affidamento;
  - b) possono prevedere che, per l'esecuzione di una quota dei servizi accessori affidati con la medesima procedura di gara, il concessionario si avvale di operatori economici terzi.
-

## Le concessioni

Il bando indica i requisiti tecnici e funzionali che definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione.

Sia i bandi che i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. I bandi possono anche richiedere che le offerte siano corredate da manifestazioni di interesse dell'istituto finanziatore.

All'ente concedente non è richiesto di pubblicare un nuovo bando di concessione qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura o alcuna candidatura appropriata in risposta a una precedente procedura di concessione, purché le condizioni iniziali del contratto di concessione non siano sostanzialmente modificate; in tal caso va presentata una relazione all'Autorità di regolazione del settore.

Un'offerta è ritenuta non appropriata se non presenta alcuna pertinenza con la concessione ed è quindi manifestamente inadeguata, a meno di modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze e ai requisiti dell'ente concedente specificati nei documenti di gara.

---

# Le concessioni

Il **procedimento di aggiudicazione** delle concessioni (art. 183) prevede che esse siano aggiudicate sulla base dei criteri di aggiudicazione stabiliti dall'ente concedente purché siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'offerta risponde ai requisiti minimi eventualmente prescritti dall'ente concedente;
- b) l'offerente ottempera alle condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica richieste nel bando;
- c) l'offerente non è escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi degli articoli 94, 95, con riferimento agli accordi internazionali elencati nell'allegato X alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 96, 97 e 98.

L'ente concedente comunica a tutti i partecipanti la descrizione della prevista organizzazione della procedura e un termine indicativo per il suo completamento. Le eventuali modifiche sono comunicate a tutti i partecipanti e, nella misura in cui riguardino elementi indicati nel bando di concessione, sono rese pubbliche per tutti gli operatori economici.

Inoltre, assicura il ricorso alla digitalizzazione della procedura.

---

## Le concessioni

Ai sensi dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 184, il **termine minimo** per la ricezione delle domande di partecipazione alla concessione, comprese eventualmente le offerte, è di **trenta giorni** dalla data di trasmissione del bando secondo le indicazioni degli articoli 84 e 85.

Se la procedura si svolge in fasi successive, il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di **ventidue giorni** dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte.

L'ente concedente comunica quanto prima, e in ogni caso entro **quindici giorni**, agli offerenti le decisioni prese riguardo all'aggiudicazione, in particolare il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto, i motivi del rigetto della domanda di partecipazione e dell'offerta, nonché i motivi per i quali ha deciso di non aggiudicare un contratto per il quale sia stato pubblicato un bando di concessione, o di riavviare la procedura.

Su richiesta della parte interessata, l'ente concedente comunica quanto prima, e in ogni caso entro **quindici giorni** dalla ricezione di una richiesta scritta, a ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata.

---

# Le concessioni

L'art. 185 disciplina i **criteri di aggiudicazione**.

L'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità. L'aggiudicatario provvede alla predisposizione del successivo livello progettuale. Le concessioni sono aggiudicate sulla base di criteri oggettivi, tali da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'ente concedente.

I criteri di aggiudicazione sono connessi all'oggetto della concessione e non attribuiscono una incondizionata libertà di scelta all'ente concedente. Essi includono, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione, accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti.

L'ente concedente verifica la conformità delle offerte ai criteri di aggiudicazione ed elenca i criteri in ordine decrescente di importanza. Prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice, i cui componenti devono essere altamente qualificati, verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario.

---

# Le concessioni

Il comma 1 dell'art. 186 prevede che agli appalti affidati dai concessionari che siano stazioni appaltanti si applicano le disposizioni del codice in materia di appalti.

Ai sensi, invece, dell'art. 187, che disciplina i **contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea**, è previsto che l'ente concedente può procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Il ricorso al **subappalto** da parte del concessionario è regolato dalle corrispondenti disposizioni in materia di appalto, di cui all'articolo 119.

Le concessioni possono essere **modificate** senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione nei casi previsti dall'art. 189.

---

## Le concessioni

Quanto, invece, alla disciplina della **risoluzione e del recesso**, l'art. 190 prevede che l'ente concedente può dichiarare risolta la concessione in corso di rapporto della stessa se:

- a) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione;
  - b) il concessionario si trovava, al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una delle situazioni che comportano l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione della concessione;
  - c) la Corte di giustizia dell'Unione europea constata, in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che uno Stato membro ha violato uno degli obblighi su lui incombenti in virtù dei trattati europei per il fatto che un ente concedente appartenente allo Stato membro in questione ha aggiudicato la concessione in oggetto senza adempiere gli obblighi previsti dai trattati europei e dalla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.
-

## Le concessioni

Nei casi che comporterebbero la risoluzione di una concessione per cause imputabili al concessionario, l'ente concedente comunica per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto. Gli enti finanziatori, ivi inclusi i titolari di obbligazioni e titoli analoghi emessi dal concessionario, entro centoventi giorni dal ricevimento della comunicazione, possono indicare un operatore economico che subentri nella concessione avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro. L'operatore economico subentrante assicura la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dall'ente concedente. Il subentro dell'operatore economico ha effetto da quando l'ente concedente presta il consenso.

---

# Le concessioni

Se l'ente concedente recede dal contratto di concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario:

a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario;

b) i costi sostenuti o da sostenere in conseguenza del recesso, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse;

c) un indennizzo a titolo di mancato guadagno compreso tra il minimo del 2 per cento ed il massimo del 5 per cento degli utili previsti dal piano economico-finanziario, in base ad una valutazione che tenga conto delle circostanze, della tipologia di investimenti programmati e delle esigenze di protezione dei crediti dei soggetti finanziatori. In ogni caso i criteri per l'individuazione dell'indennizzo devono essere esplicitati in maniera inequivocabile nell'ambito del bando di gara ed indicati nel contratto, tenuto conto della tipologia e dell'oggetto del rapporto concessorio, con particolare riferimento alla percentuale, al piano economico-finanziario e agli anni da prendere in considerazione nel calcolo.

---

# Le concessioni

Le somme dovute ai sensi del comma 4 dell'art. 190 sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di titoli emessi.

Senza pregiudizio per il pagamento delle somme dovute, in tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario questi ha il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento e di ristoro dei correlati costi. L'efficacia del recesso dalla concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'ente concedente delle somme previste dal comma 4.

---

## Le concessioni

La disciplina del **subentro**, è contenuta nell'art. 191 che prevede che, alla scadenza del periodo di affidamento e in conseguenza del nuovo affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali per la prosecuzione del servizio, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, sono assegnati al nuovo gestore. Analogamente si procede in caso di cessazione anticipata.

A questi sono ceduti anche i beni strumentali realizzati in attuazione dei piani di investimento concordati con l'ente concedente.

In caso di durata dell'affidamento inferiore rispetto al tempo di recupero dell'ammortamento oppure di cessazione anticipata, per causa non attribuibile al concessionario, si prevede, a carico del gestore subentrante, un indennizzo pari al valore contabile non ancora ammortizzato.

---

## Le concessioni

Infine, nell'art. 192 è contenuta la disciplina relativa alla **revisione del contratto di concessione**, la quale può verificarsi in caso di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto.

L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Il *project financing* è uno strumento di partenariato pubblico - privato che consente alla Pubblica Amministrazione di ottenere gli strumenti finanziari di cui la stessa non dispone per la soddisfazione degli interessi pubblici.

Esso crea una «leva finanziaria» tramite cui realizzare le infrastrutture e i servizi di pubblica utilità.

Nonostante la sua capacità di contribuire alla soddisfazione di interessi connessi alla realizzazione di opere pubbliche e di pubblico interesse, al potenziamento della rete infrastrutturale dell'intero territorio nazionale e alla realizzazione di opere funzionali alla tutela e alla preservazione dell'ambiente, il ricorso ad esso non è agevole; anzi, è piuttosto controverso.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Nella sua veste originaria, esso si configura come una complessa operazione economico-finanziaria rivolta ad un investimento specifico per la realizzazione di un'opera pubblica e/o la gestione di un servizio pubblico, su iniziativa di uno o più soggetti qualificati, i promotori privati o pubblici, i quali presentano un progetto alla pubblica amministrazione per la realizzazione dell'opera che, a sua volta, deve essere prevista nella programmazione triennale.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Il progetto deve contenere il piano finanziario, con il quale si prevedono tutti gli elementi economici, e cioè i costi, i tempi di realizzazione, i rischi di mercato o amministrativi, le forme di finanziamento, le procedure di monitoraggio in corso di realizzazione e di gestione, la redditività attesa dalla gestione imprenditoriale e le garanzie finanziarie.

Nella disciplina anglosassone il corrispondente del promotore è detto *sponsor*.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Secondo la definizione più comune, data dall'economista inglese Nevitt e che, quindi, ne evidenzia prettamente il profilo economico, il *project financing* è un finanziamento concesso ad una particolare unità economica, soggetto o gruppo, nel quale il finanziatore fa affidamento sui flussi di reddito di quell'unità come fonte di fondi per il rimborso di un prestito e sul patrimonio dell'unità come garanzia per lo stesso.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

La giurisprudenza italiana, invece, lo ha definito una tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la Pubblica Amministrazione e, dall'altra, si sostanzia in un'operazione di finanziamento di una particolare attività economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa. In altri termini, l'attività economica promossa deve avere la capacità di autofinanziarsi.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Le origini del *project financing* risalgono addirittura al XIV secolo, in quanto sembra che, nel 1300 circa, la banca fiorentina Frescobaldi finanziò attività estrattive di una miniera d'argento nella collina di Devon, promosse dalla Corona inglese e ripagate dal valore dell'argento estratto.

Per secoli non vi si è fatto più ricorso, fin quando, intorno agli anni Trenta - Quaranta del ventesimo secolo, non è stato riutilizzato nei Paesi del Nord America che lo hanno rilanciato in Europa nel settore infrastrutturale.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Nel nostro ordinamento esso non ha avuto ingresso in maniera agevole, perché rappresenta una figura molto complessa a causa innanzitutto del differente “linguaggio” che viene parlato dai molteplici soggetti coinvolti i quali sono portatori di diverse competenze e di diversi interessi.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Da un lato, infatti, c'è il pubblico, che è portatore di un interesse che tende fisiologicamente ed ontologicamente a prevalere sull'interesse del privato, perché è quello della collettività; dall'altro c'è il privato, che concorre a soddisfare l'interesse pubblico, puntando, ovviamente, ad un proprio tornaconto di tipo economico, se non immediato, quanto meno a lunga scadenza.

Le due posizioni possono non incontrarsi mai, col rischio, anche, che ciascuna di esse possa sbilanciarsi rispetto all'altra.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

A ciò si aggiunga che nei confronti del *project financing* si è sempre registrata una certa resistenza, derivante dalla convinzione, storicamente radicata, che la realizzazione delle opere pubbliche debba essere, come è sempre stato, finanziata con il prelievo fiscale, mentre la logica di tipo imprenditoriale alla base del *project financing* stravolge tale impostazione, perché i costi di realizzazione e gestione dell'opera vengono a gravare sull'utenza in proporzione della frequenza d'uso e dell'intensità.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

In pratica, il nodo principale è stato se tale strumento sia realmente compatibile con le esigenze del pubblico - alla cui soddisfazione concorre - essendo un istituto di diritto privato, ispirato a logiche completamente differenti, in considerazione anche del fatto che le difficoltà che lo riguardano non derivano solo dal problematico rapporto tra pubblico e privato, perché non c'è stata "armonia" neanche rispetto alla sua stessa definizione, alla sua nozione e, quindi, alla sua disciplina.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

La disciplina nazionale ha trovato spesso difficoltà nel conciliare la realizzazione di un'opera pubblica e/o la gestione di un servizio pubblico - che comporta una interazione con la Pubblica Amministrazione - con una complessa operazione economico-finanziaria nella quale è coinvolta una molteplicità di soggetti, sia di natura pubblica che di natura privata.

Altra difficoltà è stata quella di dovere adattare uno strumento nato secondo gli schemi tipici della contrattualistica anglosassone - caratterizzata dal sistema del *common law* – agli schemi di un sistema di *civil law* come il nostro in cui c'è la necessità della norma codificata.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Altra problematica è stata quella relativa alla sua struttura multi contrattuale, perché è molto difficile - se non addirittura impossibile - *reducere ad unum* le complesse e varie fattispecie che lo caratterizzano.

Infatti, dal punto di vista economico il *project financing* rappresenta un'unica operazione negoziale; ma da quello giuridico è costituito da una pluralità di contratti tipici - che vanno da quello di fornitura a quello di appalto, o, ancora, a quello di finanziamento - i quali ne costituiscono la struttura, continuando a mantenere, però, la propria individualità, nel senso che non si fondono e non confluiscono in un unico contratto.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Ulteriori difficoltà sono sorte circa la figura cardine dell'intera procedura, vale a dire il promotore, del quale si è tentato di “agevolare” il ruolo, per alleggerire il suo già gravoso impegno che potrebbe tradursi in un ostacolo al ricorso al *project financing*.

Infatti, il promotore è colui che, nel presentare il progetto alla Pubblica Amministrazione per la realizzazione dell'opera, si assume la responsabilità, attraverso il piano finanziario, degli elementi economici del progetto e se ne accolla il relativo rischio, anche se la legge gli consente di dividerlo con altri soggetti di natura privata - come i realizzatori, i finanziatori, i gestori.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Il *project financing*, dunque, è una valida alternativa al finanziamento di opere pubbliche e di pubblica utilità da parte della Pubblica Amministrazione che sempre più ha problemi nel reperire le risorse finanziarie.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Esso nasce proprio da quel rapporto di collaborazione tra pubblico e privato che si è sviluppato e reso necessario sempre più negli ultimi anni, vale a dire il partenariato (o *partnership*) pubblico-privato, che, a sua volta, è una forma di estrinsecazione della cd. “*governance*”, termine che deriva dal francese antico e che è privo di un sostantivo corrispondente nella lingua italiana, ma che negli ultimi venti anni è diventato popolare nel dibattito politico e accademico. Il suo significato, comunque, è in contrapposizione al termine “*government*”, con il quale si fa riferimento all’istituzione, all’apparato e all’organizzazione.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Si è sviluppato all'interno di un contesto fortemente modificatosi, all'interno del quale si è progressivamente diffusa la teoria del “*New Public Management*”, che mette in discussione l'esistenza di una cultura e di forme di gestione specifiche della Pubblica Amministrazione sostenendo la necessità di applicare ad essa, adattandoli opportunamente, i principi e le tecniche del management privato.

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

L'applicazione dei principi della aziendalizzazione, dal canto suo, ha favorito lo sviluppo di alcuni dei tratti distintivi della governance, che sono:

- l'attenzione alla partecipazione degli stakeholders (o soggetti portatori di interessi);
  - il coordinamento dei diversi interessi in gioco;
  - l'applicazione sistematica all'intervento pubblico dei principi di efficacia, efficienza, coerenza e trasparenza.
-

## Il *project financing* o finanza di progetto

A partire dalla metà degli anni '70 l'assetto del governo delle città è andato progressivamente modificandosi, a causa di tre principali fattori di mutamento:

- a) i processi di globalizzazione;
- b) l'unificazione europea;
- c) le trasformazioni dell'assetto di *welfare*.

L'incrociarsi di questi processi ha dato origine a profonde trasformazioni inerenti la posizione delle città in Europa, le modalità di azione dei governi locali, il ruolo dei vari attori sociali all'interno di esse.

Lo Stato non gestisce ed organizza più da operatore diretto, ma si limita a regolare e controllare quanto è sostanzialmente portato avanti da altri, allo scopo di superare il *deficit* infrastrutturale e organizzativo - anche nel settore delle *utilities* locali (rifiuti, acqua, gas, energia, telecomunicazioni).

---

## Il *project financing* o finanza di progetto

Nel nostro ordinamento il *project financing* è stato introdotto già dalla Legge Merloni, la n. 109 del 1994.

Successivamente esso è stato, dopo continue modifiche ed integrazioni apportate alla sua disciplina originaria, introdotto nel Codice del 2006 (D.Lgs. 163/2006).

Attualmente è disciplinato dall'art. 183, norma che è stata oggetto di modifiche non solo da parte del D. Lgs. 56/2017, ma anche da parte del Decreto Semplificazioni (D.L. 76/2020 conv. nella L. 120/2020).

---

# La finanza di progetto

Nel nuovo Codice la disciplina relativa alla finanza di progetto (nome rigorosamente in italiano) è contenuta nel Titolo IV, artt. 193, 194 e 195.

L'art. 193, (Procedura di affidamento) prevede che gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi. Ciascuna proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno.

---

# La finanza di progetto

Gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del D.L. 78/2010 conv., con modificazioni, dalla l. 122/2010, (ovvero, ad esempio, Stato, enti pubblici, organismi d'investimento collettivo del risparmio), nonché i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del reg. (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015 (ovvero banche o istituti nazionali di promozione), possono formulare le proposte di cui al primo periodo salva la necessità, nella successiva gara per l'affidamento dei lavori o dei servizi, di associarsi o consorziarsi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi investitori istituzionali ne siano privi.

---

# La finanza di progetto

Gli investitori istituzionali, in sede di gara, possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. Gli investitori istituzionali possono altresì impegnarsi a subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore venga comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

---

## La finanza di progetto

L'ente concedente valuta entro novanta giorni dalla presentazione della proposta, la fattibilità della medesima, invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il promotore non apporta le modifiche richieste, come eventualmente rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dallo stesso promotore per recepire le indicazioni dell'ente concedente, la proposta è respinta. L'ente concedente conclude la procedura di valutazione con provvedimento espresso, pubblicato sul proprio sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati. Il progetto di fattibilità, una volta approvato, è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente.

Ai sensi del comma 3 della norma in questione (193), il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione. Il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo.

---

## La finanza di progetto

La configurazione giuridica del soggetto proponente può essere modificata e integrata sino alla data di scadenza della presentazione delle offerte. Nel bando l'ente concedente dispone che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.

I concorrenti, compreso il promotore, in possesso dei requisiti previsti dal bando, presentano un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e le varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando.

Le offerte sono corredate delle garanzie di cui all'articolo 106. Il soggetto aggiudicatario presta la garanzia di cui all'articolo 117. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 117.

La mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

---

# La finanza di progetto

L'ente concedente:

- a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;
- b) redige una graduatoria e nomina aggiudicatario il soggetto che ha presentato la migliore offerta;
- c) pone in approvazione i successivi livelli progettuali elaborati dall'aggiudicatario.

Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario.

---

## La finanza di progetto

Se, invece, non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno.

L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara.

Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo.

In relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l'ente concedente tiene conto, tra i criteri di aggiudicazione, della quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica.

---

## La finanza di progetto

Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dagli stessi perseguiti, possono aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.

L'ente concedente può sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1, con le modalità disciplinate nel presente Titolo.

---

# La finanza di progetto

L'art. 194 disciplina, poi, la **Società di scopo**, che può essere costituita, in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, per gli affidamenti superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a), da parte dell'aggiudicatario se lo prevede il bando di gara per l'affidamento di una concessione nella forma della finanza di progetto.

Nel bando deve essere indicato anche l'ammontare minimo del capitale sociale della società; in caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata, a pena di esclusione, la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto.

I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società di scopo si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso in cui siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, originari o subentrati, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari.

---

# La finanza di progetto

La società di scopo, senza che ciò costituisca cessione di contratto, subentra nel rapporto di concessione senza necessità di approvazione o autorizzazione amministrativa. Essa sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'ente concedente.

Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte dell'ente concedente, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di scopo nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito.

In alternativa, la società di scopo può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci.

Le garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera.

---

# La finanza di progetto

L'art. 195, infine, disciplina le **Obbligazioni delle società di scopo**, la cui emissione è consentita esclusivamente per finanziare ovvero rifinanziare il debito precedentemente contratto per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità.

La documentazione di offerta contiene in modo chiaro ed evidente l'avvertimento circa il grado di rischio associato all'operazione.

Il collocamento delle obbligazioni e altri titoli di debito emessi dalla società di scopo avviene nel termine massimo di diciotto mesi, ovvero in quello inferiore fissato dal contratto di concessione, decorso il quale il contratto è risolto di diritto salvo che, nel frattempo, siano state reperite altre forme di finanziamento.

Ai sensi del comma 7, le garanzie reali, personali e di qualunque altra natura, incluse le cessioni di credito a scopo di garanzia che assistono le obbligazioni e i titoli di debito, possono essere costituite in favore dei sottoscrittori o anche di un loro rappresentante che sarà legittimato a esercitare in nome e per conto dei sottoscrittori tutti i diritti, sostanziali e processuali, relativi alle garanzie medesime.

---