



DELEGA AL GOVERNO IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

Legge n° 78 del 21 giugno 2022

Analisi e proposte
per un codice dei contratti pubblici
moderno ed in linea con le Direttive
Europee:

***Regime delle Concessioni e del PPP adeguati ai
nuovi mercati finanziari***



Luglio 2022

INDICE

1. Una nuova regolazione delle concessioni e dei contratti di PPP distinta ed autosufficiente rispetto alla normativa sugli appalti ed effettivamente attrattiva per gli investitori professionali.....	3
2. Il Rapporto MIMS “investire in infrastrutture: strumenti finanziari e sostenibilità” contiene proposte valide per una nuova regolazione del PPP.....	8
3. Il tema complesso della soft law e dei contratti <i>standard</i>	9
4. Recepire in modo fedele la Direttiva Europea 23/2014 per disciplinare le modalità di affidamento dei contratti dei concessionari e disciplinare le concessioni in essere.....	10
ALLEGATO.....	13
Investire in Infrastrutture: Strumenti Finanziari e Sostenibilità.....	13

1. Una nuova regolazione delle concessioni e dei contratti di PPP distinta ed autosufficiente rispetto alla normativa sugli appalti ed effettivamente attrattiva per gli investitori professionali.

La legge delega al Governo in materia di contratti pubblici è stata approvata dal Parlamento il 21 giugno 2022 lasciando ai regolatori designati il gravoso compito di definire i decreti legislativi attuativi dei principi di riforma enunciati nella delega.

Riteniamo questa ennesima riforma un passaggio essenziale e strategico per dotare finalmente l'Italia di uno strumento normativo in materia di appalti e concessioni davvero in grado di rilanciare gli investimenti in modo efficace ed efficiente, intercettando i profondi cambiamenti avvenuti negli ultimi 20 anni sui mercati finanziari così da rendere possibile un aumento di competitività del sistema economico elevando la qualità della vita dei cittadini.

Non mancano in tal senso spunti interessanti nell'impianto di riforma dei contratti pubblici espresso dalla legge delega, accanto ad inserimenti normativi di segno conservativo introdotti in sede parlamentare. Ma la storia insegna che sono poi i decreti delegati a "bilanciare" e sviluppare – in un senso o nell'altro - i principi generali della legge delega.

E' pertanto questa la fase in cui si gioca davvero la sfida del cambiamento e dell'innovazione. Vale quindi la pena richiamare alcuni principi che a nostro avviso meritano particolare attenzione e sostanziale attuazione.

a) L'aderenza alle direttive dell'UE

Il primo punto meritevole di attenzione è l'indicazione espressa nella lettera a), comma 2 dell'art. 1 del testo della Legge Delega laddove prevede il: “*perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse*”.

Una previsione che tenta di contenere lo storico divario tra il nostro Paese e gli altri membri dell'Unione Europea, sempre giustificato in nome di una presunta specificità italiana che - evidentemente - non si intende superare, e divenuto nel tempo sempre più evidente e penalizzante per l'efficienza del sistema di regolazione in Italia, ancora distante dalle molte innovazioni nel frattempo intervenute sui mercati finanziari.

Del resto, le stesse ripetute formule del “*fermo rimanendo*” inserite nel testo di Legge Delega evocano la presunta “atipicità” del nostro Paese, circolarmente determinata proprio dalla stessa presunzione di partenza e dalle conseguenti distintive scelte normative. Determinando “l'atipicità” come conseguenza dell'azione regolatoria piuttosto che come presupposto.

Appare dunque arrivato il momento di un sostanziale allineamento alla regolazione europea nella normativa italiana sugli affidamenti degli appalti e concessioni e sul sistema di controllo di gestione dei contratti sottoscritti, riattribuendo alle stazioni appaltanti autonomia e

capacità di scelta nelle procedure da adottare nell'ambito di una normativa d'indirizzo chiara, senza labirintiche disposizioni primarie e secondarie, che legano le mani agli amministratori capaci e avvalorano gli alibi per quelli inefficienti.

Naturalmente in un quadro di riorganizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti, come indicato nel testo della legge delega.

b) La riforma dei regimi concessori e del PPP: distinzione e autonomizzazione dall'appalto di lavori

Decisamente essenziale appare la disposizione inclusa alla lett. aa), comma 2, art. 1 della Legge Delega, nella quale si afferma la necessità di procedere alla *“razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alla concessione di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti”*.

L'attuale regolazione delle concessioni e del PPP in Italia è caratterizzata da limiti e anomalie rispetto agli *standard* internazionali ed alla direttiva europea sulle concessioni che ha accresciuto la distanza con i moderni mercati dei capitali e il *gap* con gli altri paesi, rendendo più difficile l'ingresso nel settore delle infrastrutture degli investitori istituzionali (assicurazioni, fondi pensione e casse di previdenza, direttamente o tramite fondi di Equity o di debito), nonostante i molteplici stimoli normativi che questi ricevono dalle rispettive regolamentazioni.

Il peccato originale di questo ritardo è la visione ancora meramente appaltistica e di finanza pubblica fino ad oggi insita nella regolazione italiana delle concessioni e del PPP (ovvero l'idea che si tratti in sostanza unicamente di un altro modo per affidare lavori di costruzione), che sfocia nella disciplina “atipica” della Finanza di Progetto. Come noto, infatti, l'Italia è l'unico paese dell'UE nel quale il promotore di un progetto deve necessariamente avere i requisiti del costruttore ovvero, in mancanza, presentarsi in ATI con un costruttore (ovvero con un suo fornitore) ovvero ancora, in mancanza, effettuare una selezione del costruttore tramite “gara pubblica”.

Appare del resto evidente la subordinazione storica della nostra disciplina in materia di concessioni e PPP alla disciplina degli appalti di lavori, laddove l'UE ha emanato due direttive distinte e separate: una per gli appalti di lavori, che parla ai costruttori, e una per le concessioni e il PPP diretta agli investitori-promotori.

Il ritardo culturale in tale ambito – derivate dalla tradizionale e ormai da tempo desueta catena costruttore–banca-PA e dalla scarsa conoscenza dei mercati finanziari che tipicamente ha avuto fino ad oggi il regolatore nazionale in materia di appalti (si pensi che in sede di audizioni parlamentari non sono stati auditi investitori istituzionali e promotori

professionali italiani ed europei, con la sola eccezione di Arpinge Spa) – appare del resto inequivocabile se si considera la storica difficoltà di ogni regolatore del settore nel comprendere le profonde ragioni che sono dietro alla necessità di una separazione della disciplina appalti da quella delle concessioni (nell’idea di poter normare la seconda semplicemente con una serie interminabile di richiami e rimandi erroneamente giudicati “neutrali” rispetto alla specificità e diversità dell’oggetto e del soggetto interlocutore).

Una autonomizzazione e una modernizzazione della regolazione delle concessioni e del PPP può dunque creare le condizioni per un salto di qualità capace di attrarre investitori professionali con un effetto moltiplicatore per l’economia italiana anche in vista dei piani di investimento previsti nel PNRR.

In tutti i paesi dell’area OCSE, ormai il risparmio istituzionale (fondi pensioni, assicurazioni vita, Casse di Previdenza) è cresciuto in modo esponenziale – superando il livello del PIL - e questa massa rilevante di “risorse professionali e responsabili” ha indotto gli investitori istituzionali ad investire, direttamente o tramite veicoli societari, Sicaf o fondi comuni di investimento specializzati in prodotti alternativi (immobiliare, infrastrutture e private equity), nell’economia reale ed in particolare in infrastrutture, anche urbane e sociali.

Investitori “puri”, senza conflitti di interesse rispetto alla fase della costruzione, che, assumendosi tutti i rischi di un’operazione di costruzione e gestione, devono prestare attenzione all’efficienza e all’innovatività del progetto, in tutte le sue fasi, e necessitano di un contesto di regolazione incoraggiante e credibile, in linea con le prassi internazionali e con le Direttive Europee.

E proprio l’adozione di una distinta ed autonoma regolazione delle concessioni e del PPP (così come del resto avviene in Europa), costituisce a nostro giudizio un passaggio innovativo fondamentale per un effettivo ammodernamento della nostra disciplina nazionale e un’apertura ai cambiamenti intervenuti sui mercati finanziari europei negli ultimi decenni (anche in una prospettiva di Green Capital Market Union).

Occorre dunque acquisire una maggiore chiarezza e una più appropriata distinzione tra un appalto, che guarda necessariamente al solo costruttore per la mera realizzazione dell’opera e un rapporto concessorio, che guarda all’investitore-gestore per la costruzione e gestione del bene nel medio lungo termine (che può naturalmente essere anche, ma non necessariamente o obbligatoriamente, un costruttore piuttosto che un investitore professionale, costituito come società o fondo comune infrastrutturale o immobiliare).

Si tratta di una scelta normativa non solo coerente con l’impianto dell’Unione Europea ma soprattutto più efficace e moderna, idonea a superare l’attuale visione “appaltistica” delle concessioni che introduce significativi profili di rendita di posizione, distorsione commerciale e incertezza giuridica. Costituendo un rilevante fattore di riduzione dell’attrattiva *per gli investitori professionali*.

Qualora non si voglia prevedere un distinto decreto legislativo per le concessioni e il PPP, si ritiene opportuno inserire uno specifico “libro” all’interno del codice, con una regolazione distinta ed autosufficiente per i contratti di concessione ed i contratti di PPP, senza interferenze e richiami con la normativa sugli appalti.

A mero titolo di esempio, segnaliamo che tra i principali vincoli ravvisabili nella legislazione italiana, derivanti da una visione puramente appaltistica del PPP, che limitano ed alterano la concorrenza nelle operazioni *greenfield*, si segnalano le seguenti:

- Un investitore aggiudicatario di un contratto di concessione di costruzione e gestione, qualora non abbia i requisiti tecnici di un’impresa di costruzioni, deve obbligatoriamente costituirsi in ATI o costituire una società di progetto con una o più imprese esecutrici (e/o gestori di servizi).
- Qualora l’investitore non abbia i requisiti tecnici e non si sia costituito in ATI o non abbia costituito una società di progetto con le imprese esecutrici, per sua legittima scelta volta ad evitare i conflitti di interesse e le rendite tipiche delle società con propri fornitori, deve necessariamente affidare i lavori con una gara ad evidenza pubblica (art. 164 del D.lgs. 50/2016), come se fosse una stazione pubblica appaltante pur essendo un operatore privato (previsione questa, come la precedente, non prevista in nessun ordinamento dell’UE).

Questa impostazione, oltre a garantire una rendita di posizione alle imprese di costruzione, limitando lo spazio concorrenziale, finisce col penalizzare l’investitore professionale e istituzionale che rischiando *equity* ha come obiettivo primario non la sola fase di costruzione (peraltro da ottimizzare nel costo e nel risultato), ma l’organizzazione dell’intera operazione di costruzione e gestione di un bene infrastrutturale, al fine di ricavarne un ritorno target, operando in collaborazione con la PA concedente durante le fasi del processo e intervenendo direttamente su tutti gli elementi che determinano la redditività dell’iniziativa.

Da segnalare che l’investitore-promotore “puro” – ovvero privo di conflitti di interesse legati a specifiche fasi del progetto – si assume tutti i rischi dell’operazione, compreso il rischio costruzione, e deve pertanto poter organizzare liberamente i fattori produttivi per rispondere complessivamente alle obbligazioni sottoscritte.

Peraltro, non si comprende come l’investitore concessionario, in virtù del fatto che la gara con evidenza pubblica sia già stata esperita a monte, non possa selezionare l’impresa esecutrice tramite gara privata (pur nel rispetto dei requisiti tecnico/economici e reputazionali indicati nel bando), rendendo quindi efficiente ed efficace l’intera operazione con soddisfazione dell’Amministrazione concedente e degli utenti che utilizzeranno i servizi dell’investimento realizzato.

Al riguardo, una analisi effettuate nei principali paesi europei sulle legislazioni di recepimento della Direttiva Europea sulle concessioni evidenzia come l’obbligo per il concessionario di avere i requisiti del costruttore o costituirsi in ATI o società di

progetto con le imprese esecutrici l'obbligo di selezionare l'impresa esecutrice con gara pubblica, sia una peculiarità della legislazione italiana.

Una prima risposta a questa anomalia (ingiustificata) è stata inserita nella legge di conversione n° 55/2019 del decreto-legge n°32/2019 (sblocca cantieri), all'art.183 del codice dei contratti pubblici, comma 17 bis, che definisce il perimetro degli investitori istituzionali abilitati a presentare autonomamente proposte di PPP senza l'obbligo di indicare nella fase di offerta le imprese esecutrici dei lavori e/o il gestore dei servizi né tantomeno di costituire un ATI con l'impresa esecutrice dei lavori e/o gestore dei servizi.

Resta tuttavia poco chiaro quale sia la procedura a valle del contratto di concessione acquisito dopo una gara ad evidenza pubblica. Un elemento chiave da definire nella riforma della regolazione del PPP, auspicando che vada nella direzione sopra indicata. Si propone pertanto una modifica radicale dell'art. 164 dell'attuale codice.

Se il comma 17-bis dell'art.183 del D.Lgs. 50/2016 è stato un inserimento positivo nella legislazione perché delinea il perimetro degli investitori istituzionali abilitati a presentare proposte senza l'obbligo di associarsi ad imprese esecutrici e/o gestore di servizi, non si capisce il motivo per il quale sia stato introdotto l'obbligo ad associarsi a studi di progettazione o società di ingegneria. Nell'idea davvero vetusta che vi debbano essere elenchi di qualificazione per investitori istituzionali (che possono essere di diversa natura giuridica) piuttosto che la verifica della rispettiva disponibilità di risorse e competenza professionale acquisita sul mercato (track record).

Infatti, il comma 17-bis dell'art. 183 del D.lgs. 50/2016 afferma che gli investitori istituzionali, individuati dalla stessa norma, "possono presentare proposte, associati o consorziati, qualora privi dei requisiti tecnici, con soggetti in possesso dei requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici per i servizi di progettazione".

Si sottolinea che l'introduzione di tale obbligo appare irragionevole, oltre che non rispondente ad alcuna particolare esigenza, visto che l'investitore che apporta l'equity si assume tutta la responsabilità dell'operazione, ivi compresa la progettazione che dovrà essere comunque eseguita da un progettista dotato di tutti i requisiti previsti dalla normativa e dal bando.

Non si comprende, quindi, la ratio di tale obbligo visto che il progettista non è interessato a partecipare all'equity dell'operazione e sarà impegnato per le sue prestazioni professionali per il tempo necessario ad esplicare la propria attività e maturare i propri onorari. Viene imposto un obbligo e non una facoltà che non si ritrova nella Direttiva Europea sulle concessioni e nelle legislazioni di recepimento dei paesi membri della UE. **Si propone di cancellare tale obbligo nella nuova regolazione del PPP.**

2. Il Rapporto MIMS “investire in infrastrutture: strumenti finanziari e sostenibilità” contiene proposte valide per una nuova regolazione del PPP.

A conferma delle considerazioni sopra riportate si richiama il Rapporto MIMS “Investire in infrastrutture: strumenti finanziari e sostenibilità”, che è stato redatto dalla Commissione di studio coordinata dal prof. Fabio Pammolli, istituita dal Ministro Giovannini, diffuso nel febbraio 2022

È un rapporto molto denso pieno di analisi, valutazioni e proposte sui criteri, metodi e strumenti per finanziare le infrastrutture con particolare attenzione alle operazioni di PPP.

Si ritiene utile richiamare l'attenzione sul capitolo 6 Governance ed in particolare sul paragrafo 6.4 “Quadro normativo e regolazione del PPP” (in allegato l'estratto dal Rapporto MIMS).

Anche tale rapporto, al quale questa società ha potuto contribuire, ha evidenziato l'anomalia della regolazione del PPP in Italia rispetto agli standard internazionali ed alle Direttive europee e la conseguente penalizzazione degli investitori istituzionali soprattutto, ma non solo, nelle operazioni *greenfield*.

Tra le proposte e soluzioni del Rapporto MIMS:

- *“introduzione di un chiaro quadro normativo del PPP (a regime) a livello nazionale mediante una apposita sezione del Codice dei Contratti Pubblici che chiarisca, semplifichi e abiliti l'utilizzo del PPP in Italia”.*
- *“L'abilitazione degli investimenti in equity da parte di investitori istituzionali nelle società concessionarie anche qualora privi dei requisiti tecnici con possibilità di affidare i lavori ad imprese esecutrici”, con chiaro riferimento all'anomalia dell'art. 164 dell'attuale Codice dei contratti pubblici.*
- *“l'istituzione di una unità tecnica o agenzia o diverso soggetto o struttura che possa, tra l'altro, fornire adeguato supporto alle stazioni aggiudicatrici nelle attività di valutazione, programmazione e pianificazione degli investimenti in PPP e (ii) supporto nell'attività tecnico-economico, giuridico, progettuale e di ingegneria finanziaria”.*

Tutte le proposte riportate nel paragrafo 6.4 sono, secondo noi, condivisibili.

Anche nel paragrafo 7.3 “Incentivare il coinvolgimento degli investitori istituzionali” (in allegato estratto del Rapporto MIMS) del Capitolo 7 Strumenti finanziari, viene messa in evidenza **l'incertezza della regolazione attuale a valle dell'aggiudicazione di un contratto di concessione ad un investitore istituzionale privo di requisiti tecnici.**

Il paragrafo si chiude con il richiamo alla legge delega in materia di contratti pubblici che dovrebbe risolvere il problema rendendo “effettivamente attrattiva per gli investitori professionali” la normativa evidenziata.

È pertanto auspicabile che le indicazioni espresse dal Rapporto MIMS in materia di regolazione del PPP siano accolte nei decreti legislativi attuativi della legge delega.

3. Il tema complesso della soft law e dei contratti *standard*.

Nella legge delega sono previsti contratti-tipo e bandi- tipo (art. 1, comma 2, lett. aa) nell'ambito della razionalizzazione e semplificazione della regolazione del PPP.

In questa direzione va, ad esempio, il tentativo di codificare un contratto standard per tutti i PPP posto in essere dal MEF, che pur avendo molti meriti, ha assunto una prospettiva non necessariamente applicabile a tutte le soluzioni (ad esempio si muove nell'assunto – tipicamente italiano ma non condiviso da altri paesi europei come la Germania – che un PPP debba necessariamente implicare benefici di finanza pubblica in piena aderenza alle regole Eurostat piuttosto che, per esempio, benefici sostanziali in termini di efficienza, sostenibilità ed innovazione anche con impatto sul bilancio degli enti locali).

In generale, si tratta di strumenti di utile supporto per le stazioni appaltanti che si prefiggano di avviare operazioni di PPP, ma devono essere utilizzati come schemi di riferimento in funzione della tipologia di operazioni da attivare e non diventare di fatto elementi formali e cogenti in tutte le situazioni, con il rischio di irrigidire l'approccio della PA rispetto alle opportunità offerte dal mercato.

Si ritiene inoltre utile una riflessione sull'opportunità di abbandonare linee guida (soft law) in particolare laddove si vuole andare a regolare in modo puntuale, inappropriato ed artificioso aspetti che vengono solitamente definiti dal libero mercato (es. rendimenti target degli investimenti prefissati sulla base delle linee guida ANAC e quindi in chiave amministrativa piuttosto che in base alla percezione dei mercati finanziari della peculiarità di settori/contesti/rischi specifici e di dei singoli investimenti). Tali criteri caratterizzati da un approccio teorico non calato nella realtà concreta del mercato internazionale, hanno costituite un concreto impedimento o ritardo al lancio di operazioni di PPP. Inoltre, appare evidente il rischio di selezione avversa, ovvero di allontanamento dalle gare degli operatori più qualificati, rispetto ad operatori più spregiudicati.

Si ritiene pertanto utile sviluppare una riflessione sulle funzioni e i limiti dell'eventuale soft law ANAC, tornando allo spirito originario della sua costituzione ovvero quello di una vigilanza sui temi anticorruzione.

Alla lett. b, comma 2 dell'art.1 della legge delega viene previsto "*revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti*".

Del resto, la stessa Anac è un elemento estraneo rispetto al recepimento delle direttive europee e la congerie di compiti di cui è stata caricata -ancora oggi largamente inattuati o attuati parzialmente – determina a sua volta un crescente disallineamento a valle della normativa italiana rispetto a quella dell'UE.

La scelta, fatta al tempo, di mettere insieme le funzioni di vigilanza tecnica sui contratti pubblici e le funzioni di lotta alla corruzione con una sorta di vigilanza preventiva a una ulteriore funzione regolamentare (*soft law*) non ha fino ad oggi i risultati attesi, anche per la marcata specializzazione giuridica dell'autorità e il suo "istinto" alla massima attrazione possibile nella sfera della disciplina appalti anche in casi davvero limite (si pensi alla richiesta di gara pubblica da parte della Casse di Previdenza Privatizzate nella scelta del gestore di propri investimenti).

Si ritiene per le operazioni di PPP più appropriato la costituzione di un soggetto istituzionale qualificato e specializzato in campo finanziario "che possa, tra l'altro, fornire adeguato supporto alle stazioni aggiudicatrici nelle attività di valutazione, programmazione e pianificazione degli investimenti in PPP e (ii) supporto nell'attività tecnico-economico, giuridico, progettuale e di ingegneria finanziaria" così come proposto nel Rapporto MIMS sopra citato, ed in linea con le esperienze di altri paesi europei. Una sorta di possibile riqualificazione dell'Unità di Finanza di Progetto.

4. Recepire in modo fedele la Direttiva Europea 23/2014 per disciplinare le modalità di affidamento dei contratti dei concessionari e disciplinare le concessioni in essere.

Nella legge delega è stata inserita l'esigenza di "*razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari, anche al fine di introdurre una disciplina specifica per i rapporti concessori riguardanti la gestione di servizi e, in particolare, dei servizi di interesse economico generale*" (art. 1, c. 2, lett. gg,) primo periodo).

Sono obiettivi che condividiamo e dai quali auspichiamo possa scaturire una chiara, distinta regolazione dei contratti di concessione e dei contratti di PPP, che possa rendere questo mercato efficiente e trasparente in linea con gli *standard* internazionali e con le direttive europee.

Suscita, invece, forti perplessità l'integrazione al testo dell'art.1, c. 2, lett. gg), secondo periodo, aggiunta in Senato in prima lettura su richiesta di talune associazioni di categoria (es. ANCE), che recita "*disciplina delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1 e non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto [attuale] dell'Unione europea, con specifico riguardo alle situazioni nelle quali sussiste l'obbligo, secondo criteri di gradualità e proporzionalità e tenendo conto delle dimensioni e dei caratteri del soggetto*

concessionario, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto e del suo valore economico, di affidare a terzi, mediante procedure di evidenza pubblica, parte dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle medesime concessioni, garantendo la stabilità e la salvaguardia delle professionalità del personale impiegato". **Si tratta, in sostanza, di una integrazione che reintroduce, seppur in modo edulcorato, l'ex art. 177 del Codice dei contratti pubblici, ritenuto illegittimo dalla Corte Costituzionale con la netta pronuncia n° 218 del 2021 che non lascia molto spazio alla riedizione di un principio quale quello introdotto in Senato.**

Nel nuovo dispositivo in effetti – anch'esso totalmente estraneo alla disciplina dell'UE – si intende dare l'impressione di aver colto il ragionamento espresso dalla Corte Costituzionale nella pronuncia di illegittimità sopra ricordata, che è stato tanto netto quanto inequivocabile.

Mente si è omesso di ribadire in modo chiaro il punto cardine della pronuncia della Corte Suprema a tutela della libertà di impresa del concessionario che non può essere svuotato – peraltro retroattivamente – nelle sue attività operative rendendolo un “*soggetto preposto ad attività esclusivamente burocratica di affidamento di commesse, cioè, nella sostanza, in una stazione appaltante*”. Un principio talmente radicale da non poter essere graduabile senza tradirne il contenuto effettivo, salvo approcci formalistici e astratti che avrebbero l'effetto di allontanarci ulteriormente dal quadro regolamentare dell'UE.

La Corte Costituzionale, sul punto, ha inoltre affermato che il “*legislatore ha poi omesso del tutto di considerare l'interesse dei concessionari che, per quanto possano godere tuttora di una posizione di favore derivante dalla concessione ottenuta in passato, esercitano nondimeno un'attività di impresa per la quale hanno sostenuto investimenti e fatto programmi, riponendo un relativo affidamento nella stabilità del rapporto instaurato con il concedente*”. Infine, la Corte Costituzionale ha sottolineato come l'affidamento dei concessionari “*... riguarda, inoltre, anche al di là dell'impresa e delle sue sorti, la prestazione oggetto della concessione, e quindi l'interesse del concedente, degli eventuali utenti del servizio, nonché del personale occupato nell'impresa. Interessi tutti che, per quanto comprimibili nel bilanciamento con altri ritenuti meritevoli di protezione da parte del legislatore, non possono essere tuttavia completamente pretermessi, come risulta essere accaduto invece nella scelta legislativa in esame*”.

Il richiamo alla libertà d'impresa ed al legittimo affidamento degli investitori, mal si conciliano con norme dal pervasivo effetto retroattivo e da un mal celato intento punitivo.

L'esercizio della delega in questo ambito appare pertanto davvero molto complicato con elevate probabilità di ulteriori ricorsi alla Corte Costituzionale qualora dovessero rientrare ancora nel perimetro di applicazione concessioni in essere con limitazioni di qualsiasi tipo alla libertà di scelta del modello gestionale.

La massima attenzione per i principi espressi dalla Corte Suprema è d'obbligo ma a nostro avviso – proprio in virtù della nettezza della bocciatura – appare difficile disegnare un perimetro di applicazione esente da concreti rischi di ricorso.



E' tuttavia del tutto evidente che non si può decisamente ricadere nello stallo creato dall'introduzione dell'art. 177 nel Dlgs n°50 del 2016 (mai entrato in vigore) fino alla pronuncia n° 218 della Corte nel novembre del 2021 (che ne ha decretato l'illegittimità). L'art. 177, dunque, non è stato mai applicato nei 6 anni nei quali è entrato in vigore, per evidenti incompatibilità con i principi dell'ordinamento e con l'efficienza di funzionamento del mercato.

Un ripristino dell'art.177, peraltro, avrebbe certamente un effetto negativo sulla eleggibilità e bancabilità della nostra disciplina in materia di concessioni e deve pertanto anche essere letto nella prospettiva di relazione con i mercati finanziari, come qualsiasi altra norma che riguarda concessioni e PPP.

Per affrontare l'esigenza di razionalizzare la disciplina delle modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari e disciplinare le concessioni in essere non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, la soluzione è semplice: bisogna soltanto applicare la Direttiva Europea 23/2014, che non a caso tutti i Paesi dell'Unione hanno recepito in modo fedele.

Luglio 2022



ALLEGATO

Investire in Infrastrutture: Strumenti Finanziari e Sostenibilità

ESTRATTO

Capitolo 6 Governance

6.4 Quadro normativo e regolamentazione del PPP

Capitolo 7 Strumenti finanziari

7.3 Incentivare il coinvolgimento degli investitori istituzionali

MIMS

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E MOBILITA' SOSTENIBILI

(Gennaio 2022)

Capitolo 6

Governance

6.4 Quadro normativo e regolamentazione del PPP

6.4.1 Stato dell'arte e individuazione dei fabbisogni

Per attuare con successo i progetti PPP è necessario disporre di peculiari capacità amministrative, che possono scaturire solo in presenza di quadri istituzionali e normativi adeguati, oltre che da una lunga esperienza nell'attuazione di progetti in PPP.

Gli investitori che, assumendosi tutti i rischi di un'operazione di costruzione e gestione, devono operare in un contesto di regolazione certa in linea con le prassi internazionali e con le Direttive Europee, cosa che non si riscontra in Italia, dove la legislazione sembra per lo più focalizzata sui contratti di appalto ed impedisce di fatto agli investitori di operare in modo efficiente. Nel nostro Paese vi sono anomalie regolatorie sia con riguardo alle operazioni *greenfield* che *brownfield*.

Nel complesso, le difficoltà riscontrate nel mercato europeo possono essere così sintetizzate:

- confusione normativa tra tipologie contrattuali (concessioni di costruzione e gestione o eventualmente concessioni di servizi) e modalità di finanziamento (project financing, leasing, project bond, etc);
- non chiara differenziazione di disciplina tra cd. "opere calde" e "opere fredde" in termini di contributi pubblici, canone di disponibilità e corrispettivi;
- limite del 49% al contributo pubblico;
- assenza di analisi preliminari sulle opzioni alternative rispetto alla scelta del PPP, come il Public Sector Comparator; non viene dunque dimostrato che l'opzione del PPP garantisca il miglior rapporto tra benefici e costi e tuteli l'interesse pubblico assicurando parità di condizioni tra i PPP e gli appalti tradizionali;
- assenza di una diligenza particolare nelle analisi preliminari che spesso si fondano su scenari eccessivamente ottimistici in merito alla domanda e all'utilizzo futuri delle infrastrutture pianificate (e che invece risulta fondamentale stante la vasta portata, gli elevati costi e la lunga durata del tipico PPP per infrastrutture);
- ritardi anche conseguenti alla necessità di negoziare aspetti complessi in questo genere di operazioni;

- ripartizione dei rischi tra partner pubblici e privati spesso inadeguata, incoerente e inefficace, mentre gli alti tassi di remunerazione del capitale di rischio del partner privato non sempre rispecchiano i rischi sostenuti;
- assenza di politiche e strategie chiare per il PPP, ad esempio anche per l'ingresso da parte di investitori istituzionali che invece ben potrebbero investire equity in infrastrutture in PPP e che invece risultano penalizzati (es. un investitore aggiudicatario di un contratto di concessione di costruzione e gestione, qualora non abbia i requisiti tecnici di un'impresa di costruzioni, deve obbligatoriamente costituirsi in ATI o costituire una società di progetto con una o più imprese esecutrici (e/o gestori di servizi));
- mancanza di incentivi e normativa abilitante nell'adozione di strumenti di impact investing in logica di concessioni outcome based.

Si rinvia inoltre alla relazione n.9/2018 della Corte dei Conti Europea in tema di partenariati pubblico-privati nell'UE e alle criticità riscontrate ivi descritte.

Infine si evidenzia che non si rinvengono strumenti di semplificazione per l'affidamento dei progetti in PPP a differenza di quanto previsto in materia di appalti pubblici (cfr. Sezione 2).

Pag. 88

6.4.2 Proposte e Soluzioni

A fronte dei prospettati gap, si individuano le seguenti aree di intervento con alcune proposte esemplificative.

- Individuazione di una disciplina semplificata per l'affidamento di progetti inclusi nel PNRR in forme di PPP (parimenti a quanto già previsto dal Decreto Semplificazioni e dal Decreto Governance e Semplificazioni in materia di appalti pubblici)
- Introduzione di un **chiaro quadro normativo del PPP** (a regime) a livello nazionale mediante una apposita sezione del Codice dei Contratti Pubblici che chiarisca, semplifichi e abiliti l'utilizzo del PPP in Italia:
 - revisione della disciplina del PPP contrattuale, quale macrocategoria e introduzione della disciplina del PPP istituzionalizzato, ad oggi per lo più assente;
 - chiara distinzione tra le tipologie contrattuali per l'affidamento e le modalità di finanziamento del progetto;
 - disciplina ad hoc delle modalità di affidamento in concessione PPP (indipendentemente dalle modalità di finanziamento);
 - distinzione nelle modalità di pagamento dei contributi pubblici e corrispettivi tra "opere calde" e "opere fredde";
 - chiarimenti su limiti e portata del canone di disponibilità nelle opere fredde, al fine del rispetto del criterio dell'effettivo trasferimento dei rischi;

- espressa esclusione del canone di disponibilità dal limite del 49% non trattandosi di un contributo ma di un corrispettivo per la disponibilità dell'opera o la domanda di servizi in conformità alle recenti pronunce della Corte dei Conti;
 - abilitazione degli investimenti in equity da parte di investitori istituzionali nelle società concessionarie anche qualora privi dei requisiti tecnici con possibilità di affidare i lavori ad imprese esecutrici;
 - modifica alla disciplina delle penali in caso di grave inadempimento del concessionario;
 - individuazione dei corrispettivi e proposte in logica di impact investing (sulla base di determinati KPI) e introduzione di una specifica disciplina delle concessioni outcome based - pay by results e definizione di contratto standard (es. UK). Trasformazione degli affidamenti da acquisto di "mezzi" a obbligazioni di "risultato", attraverso indicatori di performance (KPI). L'adozione di outcome-based contract e strumenti di finanziamento pay by results consente, infatti, di ancorare i pagamenti al raggiungimento di risultati, generando un miglioramento della capacità amministrativa e parimenti un risparmio di spesa per l'amministrazione, nonché - al contempo - di trasferire agli attori economici il rischio operativo del raggiungimento degli obiettivi convenuti. Previsione di meccanismi incentivanti di natura transitoria per l'utilizzo di tali strumenti e modalità di affidamento.
- Introduzione di criteri o indici che possano indirizzare o agevolare le amministrazioni nella **valutazione comparativa preliminare** tra l'opzione per il PPP o il finanziamento pubblico; standardizzazione della matrice dei rischi in linea con l'allegato A del Reg.UE 549/2013.

Come già evidenziato nei paragrafi precedenti, è inoltre ipotizzabile l'**istituzione di una unità tecnica o agenzia o diverso soggetto o struttura** che possa, tra l'altro, fornire adeguato supporto alle stazioni aggiudicatrici nelle attività di valutazione, programmazione e pianificazione degli investimenti in PPP e (ii) supporto nell'attività tecnico-economico, giuridico, progettuale e di ingegneria finanziaria.

Capitolo 7

Strumenti finanziari

7.3 Incentivare il coinvolgimento degli investitori istituzionali

Le testimonianze raccolte nel corso delle audizioni organizzate da parte della Commissione concordano nel sottolineare l'importanza crescente del ruolo che, in prospettiva, gli investitori istituzionali potrebbero essere chiamati a svolgere nella promozione, sviluppo, realizzazione e gestione di investimenti infrastrutturali.

In particolare, in considerazione della convinta adesione di questa categoria di attori agli obiettivi di sostenibilità, è plausibile ritenere che le relative scelte allocative tendano ad orientarsi verso tipologie di investimento che presentino coerenti caratteristiche.

Il loro coinvolgimento si presta pertanto a costituire un potente strumento per favorire il tendenziale allineamento di interessi (sotto lo specifico aspetto della sostenibilità di infrastrutture e sistemi di mobilità) tra il risparmio privato e la domanda pubblica.

A legislazione corrente, nella cornice del Codice dei Contratti Pubblici, la specificità di questa tipologia di investitori viene presa in considerazione sotto due aspetti:

- a) quanto al regime di circolazione delle quote di partecipazione al capitale delle società di progetto, laddove a mente dell'articolo 184 (Società di progetto), comma terzo, si prevede che *“L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.”*
- b) quanto alla presentazione di proposte ad impulso privato, laddove a mente dell'articolo 183 (Finanza di progetto), comma 17-bis, si prevede che *“17-bis. Gli investitori istituzionali indicati nell'elenco riportato all'articolo 32, comma 3, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015, secondo quanto previsto nella comunicazione (COM (2015) 361 final) della Commissione, del 22 luglio 2015, possono presentare le proposte di cui al comma 15, primo periodo, associati o consorziati, qualora privi dei requisiti tecnici, con soggetti in possesso dei requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici per servizi di progettazione.”* (15)

Tuttavia, anche alla luce della prassi di mercato e di taluni orientamenti raccolti, restano alcune ambiguità definitorie ed interpretative che sembrerebbe utile sciogliere mediante lievi interventi correttivi da apportare al Codice dei Contratti Pubblici (vigente) o, in prospettiva



ed in modo più sistematico, nel più ampio contesto dell'attuazione della delega al Governo in materia di contratti pubblici.

Al riguardo, si segnala che il disegno di legge contempla tra i principi ed i criteri direttivi, all'articolo 1, primo comma, lettera (n), l'opportunità di procedere alla *“razionalizzazione, semplificazione anche mediante la previsione di contratti-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riferimento alla finanza di progetto, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti.”*

Gli interventi correttivi in argomento si collocherebbero pertanto in piena sintonia con l'oggetto della delega.

(15) Comma introdotto dall'art. 1, comma 20, lettera cc), della legge n. 55 del 2019.

Pag. 102