

Restano, inoltre, le difficoltà legate alla corretta applicazione di tali norme da parte degli operatori del settore - soprattutto delle amministrazioni pubbliche - attuazione che oltre a richiedere competenze altamente qualificate e specializzate vorrebbe anche adeguati aggiornamenti e formazione, difficili da prevedere nell'attuale fase di restrizioni e tagli alla spesa pubblica.

Nel presente capitolo si descrivono le novità normative introdotte dai più recenti provvedimenti legislativi, quali: d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. "decreto Sviluppo") convertito con modificazioni dalla l. 12 luglio 2011, n. 106; l. 12 novembre 2011, n. 183 (c.d. "legge di stabilità"); d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, (c.d. decreto Salva Italia) convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214; d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, (c.d. decreto Cresci Italia), convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27; d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, (c.d. "decreto semplificazioni"), convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2012, n. 35.

2.1 Presentazione di proposte per la realizzazione di opere pubbliche non presenti negli strumenti di programmazione

Il decreto Sviluppo, all'articolo 4 ha riscritto i commi 19 e 20 dell'art. 153 del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ("Codice"), prevedendo che i soggetti privati possano presentare proposte per la realizzazione in concessione di lavori pubblici di opere non presenti negli strumenti di programmazione dell'amministrazione; le proposte contengono il progetto preliminare, una bozza di convenzione e un piano economico finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Dopo una prima fase di valutazione del pubblico interesse della proposta, finalizzata all'inserimento del progetto preliminare negli strumenti di programmazione, segue una seconda fase di gara volta all'aggiudicazione del contratto di concessione di lavori pubblici: nel bando di gara è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.

E' inoltre introdotta la possibilità che l'opera proposta dall'operatore economico venga realizzata, in alternativa alla concessione, mediante la locazione finanziaria di cui all'articolo 160-*bis* del Codice. In tal modo, la stazione appaltante non dovrà pagare l'intero importo dell'opera da realizzare ma sarà tenuta a pagare soltanto un canone di locazione finanziaria alla società di *leasing* che, invece, previa dimostrazione della sussistenza dei mezzi economici per eseguire l'appalto, finanzia il progetto pagando al privato il corrispettivo per la realizzazione dell'opera²¹.

Le predette modifiche dell'art. 153 del Codice sono finalizzate a favorire l'iniziativa privata, anche per opere non inserite negli strumenti di programmazione dell'amministrazione; la stessa riduzione da 6 a 3 mesi per la valutazione del pubblico interesse della proposta da parte dell'Amministrazione è un segnale di maggiore attenzione nei confronti delle esigenze operative dei privati proponenti.

Di contro, alcune perplessità suscitano in primo luogo la previsione del diritto di prelazione a favore del promotore nella fase di gara, a fronte delle possibili censure comunitarie (la Commissione europea aveva già lamentato la possibile lesione del principio di parità di trattamento attribuendo a tale diritto una posizione differenziata, in sede di gara, al promotore - cfr. causa C-412/04)²².

²¹ Cfr. Relazione illustrativa al disegno di legge n. 4357 AC del 13 maggio 2011.

²² Non appaiono sufficienti a compensare tali criticità i meccanismi correttivi previsti dalla legge (rimborso parziale delle spese sostenute al promotore o al concorrente, a seconda di chi si aggiudichi la concessione), che rischiano di generare ulteriori inefficienze. Infatti, da un lato, le imprese partecipanti alla gara sono indotte a presentare offerte migliorative minime rispetto alla proposta del promotore per ottenere lauti rimborsi, gonfiando le spese sostenute; dall'altro, il promotore potrebbe avere incentivo a dichiarare nel suo PEF il massimo valore possibile per i costi sostenuti per la partecipazione alla gara (e quindi il 2,5 per cento del valore dell'investimento), al fine di massimizzare il premio. Richiedendo un premio elevato, inoltre, il promotore può scoraggiare la partecipazione di imprese alla gara, dato che il migliore offerente – in caso in cui si aggiudichi la gara – dovrà corrispondere tale premio al promotore.

In secondo luogo, la richiesta di presentare direttamente un progetto preliminare sembra confliggere con la rilevanza attribuita allo studio di fattibilità (SdF) da quasi tutte le procedure di programmazione e approvazione di opere pubbliche di recente approvazione²³. Lo SdF costituisce un fondamentale strumento per valutare la convenienza economica per l'amministrazione del ricorso al PPP per realizzare l'infrastruttura pubblica rispetto agli strumenti tradizionali quali l'appalto. Proprio per questo la norma previgente dava ai privati la possibilità di presentare studi di fattibilità invece che progetti preliminari, consentendo così anche surrettiziamente alle amministrazioni di procurarsi, gratuitamente, studi di fattibilità da soggetti privati. Data la difficoltà per le amministrazioni di realizzare tali studi direttamente, per la mancanza di professionalità interne, o di appaltarli a terzi per carenza di risorse pubbliche o per l'impossibilità di spesa imposta dal patto di stabilità e crescita, l'istituto era molto utilizzato anche con questa ulteriore finalità.

In terzo luogo, atteso che la gran parte delle opere pubbliche necessitano di un contributo dell'amministrazione, in conto capitale o in conto gestione, il procedimento proposto non appare coerente con i tempi della programmazione finanziaria dell'amministrazione dal momento che le proposte possono essere presentate in qualunque momento dell'anno.

²³ Ci si riferisce, in particolare, al d.P.R. n. 207/2010 relativo al Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che, all'art. 14 introduce i contenuti minimi dello SdF; al d.lgs. n. 228/2011 recante "Attuazione dell'articolo 30, comma 9, lettere a), b), c), e d) della legge 31 dicembre 2009, n. 196, in materia di valutazione degli investimenti relativi ad opere pubbliche", che pone lo SdF al centro dell'attività di valutazione *ex ante* delle opere pubbliche e di pubblica utilità programmate dai singoli Ministeri; al decreto Salva Italia che all'art. 41 riafferma l'importanza dello SdF, redatto secondo modelli definiti dal Cipe e comunque conformemente alla normativa vigente, anche per la programmazione e realizzazione delle opere di interesse strategico.

2.2 Accelerazione dell'iter di approvazione dei progetti della legge obiettivo

Il decreto legge Salva Italia prevede misure per le opere di interesse strategico volte a semplificare l'iter procedurale per l'approvazione di tali infrastrutture. L'articolo 41 contiene disposizioni dirette ad intensificare il ricorso al partenariato pubblico privato per le infrastrutture strategiche e a rafforzarne l'efficacia. Tali misure intervengono, in primo luogo nella fase cruciale della programmazione degli interventi prevedendo che nel Documento di finanza pubblica, su proposta del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT), sia individuato l'elenco delle infrastrutture prioritarie, nell'ambito della programmazione delle infrastrutture strategiche, sulla base di diversi criteri tra i quali la possibilità di prevalente finanziamento con capitale privato. Al fine di favorire il contenimento dei tempi necessari per il reperimento delle risorse relative al finanziamento delle opere strategiche e per la loro realizzazione, si stabilisce inoltre che, per ciascuna infrastruttura, i soggetti aggiudicatori presentino lo studio di fattibilità al MIT, affinché ne verifichi l'adeguatezza anche in ordine ai profili di bancabilità dell'opera, anche avvalendosi del supporto dell'Unità tecnica di finanza di progetto ed eventualmente della Cassa Depositi e Prestiti.

In proposito occorre rilevare che i profili di bancabilità di un'operazione danno per avvenuta la valutazione dell'appropriatezza della modalità realizzativa prescelta, comportando valutazioni proprie di una fase più avanzata di definizione del progetto. Inoltre, appare prematuro parlare di bancabilità dell'opera nello SdF non essendo ancora disponibili, in tale fase, dati completi in relazione ai quali redigere un vero e proprio Piano Economico Finanziario (PEF).

Alla luce di ciò, sarebbe stato opportuno mantenere la precedente formulazione dell'art. 161, comma 1-bis del d.lgs n. 163/2006, che prevedeva la verifica dell'UTFP sull'esistenza dei presupposti per il ricorso a capitali privati

nell'ambito dello SdF, prima che quest'ultimo fosse trasmesso al MIT.

Tali valutazioni sono infatti propedeutiche all'individuazione della corretta e più conveniente modalità di realizzazione dell'opera, coerentemente con quanto indicato dall'art. 14 del d.P.R. n. 207/2010, con riferimento al contenuto dello studio di fattibilità per le c.d. infrastrutture ordinarie.

L'art. 41, comma 2, prevede poi che il CIPE, su proposta del Ministero infrastrutture, possa valutare il progetto preliminare ai fini dell'approvazione unica dello stesso, indicando un termine perentorio per l'approvazione del progetto definitivo con successivo decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dell'ambiente, della tutela del territorio e del mare, sentito il Dipartimento per la programmazione economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

2.3 Il promotore della legge obiettivo

L'articolo 175 del Codice relativo a *“Promotore e finanza di progetto”*, è stato riscritto dall'art. 41 del decreto legge Salva Italia, poi ulteriormente modificato dall'articolo 42 del decreto legge Cresci Italia.

L'articolo 41 del decreto legge Salva Italia prevede, per le amministrazioni aggiudicatrici che intendano ricorrere alle procedure della finanza di progetto, tre diversi procedimenti su proposta di soggetti privati: a) pubblicazione del bando di gara per l'affidamento del contratto di concessione di costruzione e gestione a valle dell'approvazione dello studio di fattibilità trasmesso dal soggetto aggiudicatore al CIPE ai fini dell'inserimento nella lista di cui al comma 1 dell'art. 175 di un'opera del programma infrastrutture strategiche (PIS) (art. 175, commi 1-12); b) trasmissione di studi di fattibilità da parte di privati per la realizzazione di infrastrutture inserite nel PIS, ai fini del loro inserimento nella lista di cui al comma 1 dell'art. 175 (comma 13); c) affidamento del contratto di

concessione di lavori pubblici attraverso la presentazione di proposte – comprensive di un progetto preliminare, una convenzione e un piano economico finanziario - per la realizzazione di infrastrutture presenti nel PIS ma non inserite nella lista delle infrastrutture per le quali le amministrazioni aggiudicatrici intendono ricorrere alla finanza di progetto (comma 14).

In particolare, con riferimento al procedimento sub a) le importanti novità rispetto alla precedente formulazione riguardano: i) la necessaria preventiva delibera CIPE sullo studio di fattibilità con l'indicazione delle risorse pubbliche disponibili per l'operazione, con ciò conferendo al mercato certezza sui finanziamenti prima dell'indizione della gara (prima il CIPE deliberava solo sul progetto preliminare predisposto dall'aggiudicatario); ii) le obbligatorie forme di pubblicità della lista delle opere da realizzare in finanza di progetto e del bando prima della gara; iii) la previsione secondo la quale i concorrenti per partecipare alla gara devono presentare il *pre-commitment* di un istituto finanziario all'integrale copertura dell'investimento, al fine di risolvere a monte il problema della difficoltà del *closing* finanziario successivo all'aggiudicazione.

Si riportano di seguito gli effetti delle nuove norme sulle attività dell'UTFP nei procedimenti relativi alle infrastrutture strategiche:

- 1) l'UTFP è ora chiamata dal MIT a "verificare l'adeguatezza" degli SdF presentati dai soggetti aggiudicatori (nella norma previgente era l'UTFP che forniva ai soggetti aggiudicatori le valutazioni sugli SdF dirette a verificare le forme per il ricorso a capitali privati ed i presupposti per la concreta attuabilità);
- 2) l'UTFP non è più chiamata dal CIPE, ai fini delle proprie deliberazioni, a fornire le proprie valutazioni per le infrastrutture strategiche che prevedono il ricorso a capitali privati (è stata abrogata la relativa norma).

2.4 Finanza di progetto per la nautica da diporto

Il decreto Cresci Italia, all'art. 59-*bis* sostituisce l'art. 153 del Codice "*Finanza di progetto*" con altro articolo, dal medesimo contenuto ma che estende – con l'introduzione di norme *ad hoc* - l'applicabilità degli istituti in esso previsti anche alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto.

In realtà essendo l'articolo 153 generale ed astratto, applicabile a qualsiasi infrastruttura suscettibile di essere realizzata in PPP, era già attuato per i porti turistici. Le difficoltà procedurali principali erano legate all'intrecciarsi delle complesse procedure per l'affidamento del contratto di concessione con la procedura prevista per la richiesta della concessione demaniale marittima di cui all'art 5 della L. n. 84/1994 e al regolamento di attuazione (DPR 509/1997)²⁴.

Le modifiche normative introdotte sono volte a semplificare l'intersecarsi dei due procedimenti con la previsione che la pubblicazione del bando esaurisce gli oneri di pubblicità previsti per il rilascio della concessione demaniale marittima e che il rilascio della concessione demaniale marittima, ove necessaria, avviene

²⁴ Quest'ultimo procedimento, che si avvia su richiesta di parte, necessita, infatti, della presentazione del progetto preliminare dell'intervento, sul quale sono chiamate ad esprimersi, in sede di conferenza di servizi, diverse amministrazioni coinvolte per le rispettive competenze (Regione, comune, autorità competente al rilascio della concessione demaniale marittima, ecc.). Ciò significa, nell'ambito di un affidamento in finanza di progetto, che la procedura per il rilascio della concessione demaniale si inseriva nel corso della procedura di gara, comportando un evidente aumento del rischio amministrativo-procedimentale. Le procedure di affidamento della concessione di lavori pubblici disciplinate dai commi 1-14 e dal comma 15 dell'art. 153 del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) prevedono infatti che l'amministrazione aggiudicatrice ponga a base di gara lo studio di fattibilità dell'opera da realizzare, dovendo presentare il progetto preliminare i concorrenti alla gara in sede di offerta. Parimenti problematica appariva la procedura ad iniziativa privata per le opere fuori programmazione, introdotta dal d.l. Sviluppo attraverso le previsioni del citato nuovo comma 19 dell'art. 153 del Codice. Dal punto di vista dell'economicità e dell'efficienza dei mezzi procedurali risultava dunque più conveniente la procedura di aggiudicazione tradizionale, ai sensi dell'art. 144 del Codice, in cui l'amministrazione aggiudicatrice pone a base di gara un livello di progettazione almeno preliminare, sulla quale si sia già ultimato il procedimento preordinato all'acquisizione del consenso delle amministrazioni coinvolte.

sulla base del progetto definitivo, redatto in conformità al progetto preliminare approvato²⁵.

Resta tuttavia l'anomalia di aver inserito, in procedimenti di evidenza pubblica applicabili a tutti i settori infrastrutturali, un settore specifico prevedendo una disciplina "speciale". Ciò soprattutto ove si consideri che vari altri settori presentano difficoltà applicative dell'articolo 153 in esame (metropolitane; trasporto pubblico locale; ecc.), superabili tuttavia, come il precedente, in via interpretativa o attraverso strumenti di *soft law* (linee guida; contratti *standard*, diffusione di *best practices*).

2.5 Semplificazione nella redazione e accelerazione dell'approvazione dei progetti

L'articolo 52 del decreto legge Salva Italia modifica l'articolo 93 del Codice relativo ai livelli della progettazione per gli appalti e per le concessioni di lavori aggiungendo al comma 2 il seguente periodo: «È consentita altresì l'omissione di uno dei primi due livelli di progettazione purché il livello successivo contenga

²⁵ In materia di porti turistici, il decreto Sviluppo all'art. 3, comma 7 aveva previsto una norma finalizzata a semplificare gli adempimenti amministrativi relativi alla navigazione da diporto per scopi commerciali ed alla realizzazione di pontili galleggianti a carattere stagionale. Il comma 8 del medesimo articolo, invece, era finalizzato ad incentivare la realizzazione di porti e approdi turistici e a razionalizzare il procedimento di rilascio delle relative concessioni demaniali marittime prevedendo che:

a) all'articolo 5, della legge 28 gennaio 1994, n. 84, dopo il comma 2, è inserito il seguente:

"2-bis. Nel caso di strutture o ambiti idonei, allo stato sottoutilizzati o non diversamente utilizzabili per funzioni portuali di preminente interesse pubblico, nella predisposizione del piano regolatore portuale, deve essere valutata, con priorità, la possibile finalizzazione delle predette strutture ed ambiti ad approdi turistici come definiti dall'articolo 2 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 2 dicembre 1997, n. 509.";

b) ferma restando la disciplina relativa all'attribuzione di beni a regioni ed enti locali in base alla legge 5 maggio 2009, n. 42, nonché alle rispettive norme di attuazione, al procedimento di revisione del quadro normativo in materia di rilascio delle concessioni demaniali marittime per le strutture portuali di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a) e b), del decreto del Presidente della Repubblica 2 dicembre 1997, n. 509, si applicano i criteri e le modalità di affidamento appositamente definiti nell'ambito dell'intesa raggiunta ai sensi dell'articolo 1, comma 18, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, in sede di conferenza Stato – Regioni".

tutti gli elementi previsti per il livello omissivo e siano garantiti i requisiti di cui al comma 1, lettere a), b) e c)».

All'articolo 97 del Codice "Procedimento di approvazione dei progetti", dopo il comma 1, aggiunge il seguente:

«1-bis. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di sottoporre al procedimento di approvazione dei progetti un livello progettuale di maggior dettaglio rispetto a quanto previsto dalla normativa di cui al comma 1, al fine di ottenere anche le approvazioni proprie delle precedenti fasi progettuali eventualmente omissive. La dichiarazione di pubblica utilità di cui agli *articoli 12 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327*, e successive modificazioni, può essere disposta anche quando l'autorità espropriante approva a tal fine il progetto esecutivo dell'opera pubblica o di pubblica utilità».

Tali norme in materia di progettazione volte ad accelerare la fase di progettazione delle opere hanno riflessi anche sulle operazioni in PPP andando auspicabilmente a ridurre il c.d. rischio di costruzione di cui la progettazione è parte integrante.

2.6 Sponsorizzazione per i beni culturali

Il decreto legge n. 5 /2012 (c.d. Semplifica Italia), all'articolo 20, ha previsto una procedura *ad hoc* per l'affidamento dei contratti di sponsorizzazione tecnica per i beni culturali²⁶.

²⁶ L'articolo 20 del decreto semplificazioni modifica alcuni articoli del Codice dei contratti pubblici, tra i quali l'articolo 26 relativo ai "contratti di sponsorizzazione". In particolare, per tali contratti, sono introdotti: i) il limite di euro 40.000 per l'applicabilità della disciplina indicata nell'articolo; ii) un nuovo comma 2-bis a tenore del quale "ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture aventi ad oggetto beni culturali si applicano altresì le disposizioni dell'articolo 199-bis del Codice".

Tale articolo introduce il nuovo articolo 199-*bis* del Codice rubricato “*Disciplina delle procedure per la selezione di sponsor*”, relativo ai contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture aventi ad oggetto beni culturali.

La nuova norma, al fine di assicurare il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità relativi ai contratti esclusi dall'applicazione del Codice - di cui il contratto di sponsorizzazione fa parte - indica la procedura che le amministrazioni aggiudicatrici competenti per la realizzazione degli interventi relativi ai beni culturali devono seguire per l'affidamento del contratto di sponsorizzazione.

La norma distingue espressamente la *sponsorizzazione di puro finanziamento*, caratterizzata dall'accollo, da parte dello *sponsor*, delle obbligazioni di pagamento dei corrispettivi dell'appalto dovuti dall'amministrazione, dalla *sponsorizzazione tecnica*, consistente in una forma di partenariato estesa alla progettazione e alla realizzazione di parte o di tutto l'intervento a cura e a spese dello *sponsor*.

Mentre nel primo caso si realizza una mera forma di finanziamento - totale o parziale - dei lavori, servizi o forniture a carico del privato, nel secondo caso si attua una vera e propria forma di partenariato pubblico-privato - ai sensi dell'art. 3, comma 15-*ter* del Codice dei contratti pubblici, pur non essendo il contratto di sponsorizzazione espressamente citato - in cui il privato finanzia, progetta e realizza, con rischi a proprio carico, l'intervento programmato dall'amministrazione aggiudicatrice.

La distinzione, già presente all'articolo 26 del Codice, era tuttavia soltanto implicita, essendo precisato che, solo nel caso in cui i lavori, servizi e forniture sono acquisiti o realizzati direttamente dallo *sponsor* si applicano i principi del Trattato per la scelta dello *sponsor* nonché le disposizioni in materia di requisiti

di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto, nulla dicendo, tuttavia, sulla sponsorizzazione di puro finanziamento.

Il nuovo articolo 199-*bis* prevede che le amministrazioni aggiudicatrici integrano il programma triennale dei lavori con un apposito allegato che indica i lavori, i servizi e le forniture in relazione ai quali intendono ricercare *sponsor* per il finanziamento o la realizzazione degli interventi e la pubblicazione di un bando di gara per la ricerca dello *sponsor*²⁷.

2.7 Contratti di partenariato

2.7.1 Contratto di concessione di lavori pubblici

L'art. 42 del decreto legge Salva Italia prevede misure volte a favorire l'attrazione di capitali privati per la realizzazione di infrastrutture pubbliche, introducendo modifiche all'articolo 143 del Codice sulla concessione di lavori pubblici. In particolare: *a)* l'ampliamento delle possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di cedere, a titolo di prezzo, in proprietà o in diritto di godimento beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati, anche se questi non sono strettamente connessi o funzionali alle opere da realizzare; *b)* la previsione che la gestione funzionale ed economica possa anche riguardare, eventualmente in via anticipata, opere o parti di opere direttamente connesse a quelle oggetto della concessione o da ricomprendere nella stessa; *c)* l'estensione della durata minima della concessione a cinquanta anni per le opere di importo superiore a un miliardo di euro.

²⁷ Successivamente all'espletamento della procedura di gara indicata nell'articolo, l'amministrazione procede alla stipula del contratto di sponsorizzazione con il soggetto che ha offerto il finanziamento maggiore, in caso di sponsorizzazione pura, o ha proposto l'offerta realizzativa giudicata migliore, in caso di sponsorizzazione tecnica. Nella circostanza in cui la gara non vada a buon fine è previsto che la stazione appaltante può, nei successivi sei mesi, ricercare di propria iniziativa lo *sponsor* con cui negoziare il contratto di sponsorizzazione, ferme restando la natura e le condizioni essenziali delle prestazioni così come richieste nel bando di gara.

Tali norme sono volte sia ad agevolare il cofinanziamento pubblico delle infrastrutture sia a favorire la bancabilità dei progetti. In particolare, la norma che prevede l'anticipo della fase di gestione nelle nuove concessioni – possibilità già utilizzata nella prassi già prima della novella legislativa - consente al concessionario di anticipare l'acquisizione dell'afflusso dei proventi della gestione, che restano, comunque, correlati ai costi di investimento e di ridurre l'onerosità finanziaria derivante dal ricorso al mercato finanziario per ottenere la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento.

L'estensione delle possibilità di erogazione del prezzo da parte delle amministrazioni pubbliche ha "liberalizzato" le modalità di cessione di beni immobili nella disponibilità delle PA o allo scopo espropriati a soggetti privati a titolo di proprietà o diritto di godimento al fine del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario della concessione. L'eliminazione della connessione strumentale con l'opera da realizzare e dell'obbligo di seguire la procedura di cui all'art. 53, commi 6 e seguenti per l'alienazione di immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, già indicate nel programma triennale dei lavori pubblici, rende più agevole l'utilizzazione di tale modalità di erogazione del prezzo. Tuttavia l'amministrazione pubblica conserva il ruolo di regista del progetto, dovendo identificare, nella documentazione di gara o nello studio di fattibilità (nel caso di procedimenti ex art. 153 del Codice), le modalità di utilizzazione o valorizzazione dei beni da cedere come prezzo che non possono essere decise autonomamente dal privato: ciò al fine di rispettare il pubblico interesse delle operazioni da porre in essere nonché i limiti posti dagli strumenti urbanistici vigenti.

Tali misure appaiono coerenti con le finalità di incentivazione del coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di infrastrutture senza ovviamente aggirare i limiti posti all'indebitamento degli enti pubblici, i limiti

posti a tutela della concorrenza, nonché indurre un incremento del costo finale dell'opera con maggiori oneri a carico delle amministrazioni aggiudicatrici.

Nella valutazione dei progetti in PPP presentati dai soggetti privati, le amministrazioni aggiudicatrici dovranno prestare particolare attenzione alla corretta allocazione dei rischi di progetto tra le parti ed alla congruità del prezzo da erogare con le nuove possibilità offerte dalle norme in esame, anche avvalendosi del supporto dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto o di personale specializzato nella valutazione dei progetti in PPP all'interno delle stesse amministrazioni.

2.7.2 Principi generali per favorire la bancabilità degli interventi già in fase di gara

La legge n. 27/2012 di conversione del decreto legge Cresci Italia ha previsto, all'articolo 50, anche per la concessione di lavori pubblici (art. 143, comma 7 del Codice), che le offerte diano conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori del progetto, norma precedentemente introdotta per l'istituto del promotore della legge obiettivo, così come riscritto dal D.L. 201/2011, convertito con modificazioni dalla L. n. 214/2011.

Il succitato decreto legge Cresci Italia ha altresì inserito all'art. 144 del Codice il seguente comma 3-bis *"i bandi e 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 dell'opera"*. La norma è descrittiva di come le amministrazioni aggiudicatrici devono redigere i documenti da porre a base di gara nelle procedure di affidamento delle concessioni di lavori pubblici, al fine di rendere bancabile l'operazione per la cui realizzazione i privati sono chiamati a presentare le offerte.

Soltanto per il promotore della legge obiettivo è invece stato indicato che il promotore *“ai fini dell’aggiudicazione definitiva della concessione, deve dare adeguato conto dell’integrale copertura finanziaria dell’investimento, anche acquisendo la disponibilità di uno o più istituti di credito a concedere il finanziamento previsto nel piano economico-finanziario correlato al progetto preliminare presentato dal promotore ed eventualmente adeguato a seguito della deliberazione del CIPE”*.

Questa norma non è stata prevista per le procedure relative alla realizzazione delle opere ordinarie. Probabilmente, in ossequio al principio della proporzionalità tra le richieste formulate dal bando di gara e l’oggetto da realizzare, per non rendere eccessivamente complessa la partecipazione dei potenziali offerenti alle procedure di gara per la realizzazione delle opere ordinarie, con effetto limitativo della concorrenza.

Tuttavia al fine di rendere più agevole il *financial closing* e/o ridurre i tempi che intercorrono tra la sottoscrizione del contratto di concessione ed il *financial closing* con l’istituto finanziario, per le opere di maggiore complessità o di importante costo di investimento, le amministrazioni aggiudicatrici potrebbero prevedere nel bando, quale *lex specialis* della gara, un punteggio maggiore in fase di valutazione per quelle offerte che *“diano conto della copertura finanziaria dell’investimento”*.

2.7.3 Contratto di disponibilità

L’articolo 44 del decreto legge Cresci Italia introduce nel nostro ordinamento giuridico un nuovo contratto di PPP: il contratto di disponibilità, definito come il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Per messa a disposizione si

intende l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti.

I corrispettivi previsti a carico dell'amministrazione sono: il canone di disponibilità (commisurato alla prestazione), l'eventuale contributo in corso d'opera (non superiore al 50 per cento del costo di costruzione dell'opera), l'eventuale prezzo di trasferimento della proprietà al termine del contratto (parametrato al valore di mercato residuo dell'opera).

La gara per l'affidamento del contratto è basata su un bando e un capitolato prestazionale indicante le caratteristiche tecniche e funzionali dell'opera e le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità. L'amministrazione aggiudicatrice valuta le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'affidatario assume i rischi di progettazione, costruzione e di disponibilità.

E' prevista la possibile applicazione anche alle infrastrutture strategiche.

Tale contratto, prevedendo che l'opera sia di proprietà privata e che tutti i rischi relativi alla fruibilità dell'opera sono a carico del soggetto privato, non crea in capo alle amministrazioni alcun problema di classificazione dell'*asset* in bilancio. In caso di eventuale trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice, la norma prevede che l'eventuale prezzo di trasferimento a carico dell'amministrazione sia parametrato all'eventuale contributo in corso d'opera – che non essere deve superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera – e al valore di mercato residuo dell'opera. La *ratio* di tali precisazioni normative sembra proprio essere quella di impedire l'iscrizione in bilancio dell'opera da parte dell'amministrazione anche in caso di successivo trasferimento della proprietà in capo alla stessa amministrazione.

2.8 Strumenti finanziari

2.8.1 *Project Bond*

L'articolo 41 del decreto Cresci Italia rivede la disciplina di cui all'art. 157 del Codice dei contratti pubblici in materia di emissione delle obbligazioni da parte delle società di progetto nell'ambito delle operazioni di finanza di progetto, introducendo l'emissione di obbligazioni e di titoli di debito da parte delle società di progetto garantiti, da parte del sistema finanziario, anche durante il periodo di costruzione dell'opera, tradizionalmente scoperto.

La nuova norma elimina la previsione che le obbligazioni siano garantite mediante ipoteca nel caso in cui superino il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili; è previsto che le obbligazioni siano sottoscritte da investitori qualificati, così da poter coinvolgere nel finanziamento delle opere pubbliche non solo il sistema bancario ma il sistema finanziario nel suo complesso. E' inoltre previsto che, per la fase di costruzione dell'infrastruttura, durante la quale la stessa non è ancora in grado di produrre flussi di cassa per remunerare il capitale investito, le obbligazioni godano della garanzia da parte del sistema finanziario; con il meccanismo del *project bond* si introduce dunque uno strumento, di natura privatistica, atto ad alimentare i flussi per la realizzazione di infrastrutture ed a garantire la copertura dei rischi di costruzione; a differenza degli attuali strumenti, dove le obbligazioni vengono ripagate tramite il *cash flow* (pedaggi, canoni ecc.) delle opere infrastrutturali già realizzate, si andrebbe a coprire la parte di tempo in cui il progetto non ha ancora iniziato a generare flussi di cassa. Si dovrebbe agevolare in tal modo il reperimento, da parte del realizzatore privato dell'opera pubblica, delle risorse finanziarie da utilizzare per la realizzazione dell'opera.

L'emissione dei *project bond*, dal punto di vista finanziario, può essere effettuata sia in fase di costruzione che in fase di gestione. In fase di costruzione