



MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE



# PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO: UNA PROPOSTA PER IL RILANCIO

Guida alle pubbliche amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato

**RELAZIONE ILLUSTRATIVA**

2021



# PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO: UNA PROPOSTA PER IL RILANCIO

*GUIDA ALLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI PER  
LA REDAZIONE DI UN CONTRATTO DI CONCESSIONE PER  
LA PROGETTAZIONE, COSTRUZIONE E GESTIONE DI OPERE  
PUBBLICHE IN PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO*

RELAZIONE ILLUSTRATIVA

---



---

# INDICE

RELAZIONE ILLUSTRATIVA.....	1
<b>SEZIONE I - CONDIZIONI GENERALI.....</b>	<b>7</b>
ART. 1 – PREMESSE, ALLEGATI E DOCUMENTI CONTRATTUALI.....	7
ART. 2 – DEFINIZIONI .....	7
ART. 3 – CONDIZIONI GENERALI .....	7
ART. 4 – OGGETTO .....	8
ART. 5 – DURATA DELLA CONCESSIONE .....	9
<b>SEZIONE II - SOCIETA' DI PROGETTO.....</b>	<b>11</b>
ART. 6 – SOCIETA' DI PROGETTO .....	11
ART. 7 – MUTAMENTO DELLA COMPAGINE SOCIALE .....	13
ART. 8 – RESPONSABILITA' SOLIDALE DEI SOCI .....	14
<b>SEZIONE III – DELLE OBBLIGAZIONI DEL CONCESSIONARIO E DEL CONCEDENTE .....</b>	<b>17</b>
ART. 9 – AUTORIZZAZIONI .....	17
ART. 10 – OBBLIGHI E ATTIVITA' DEL CONCEDENTE .....	17
ART. 11 – OBBLIGHI E ATTIVITA' DEL CONCESSIONARIO .....	18
ART. 12 – RESPONSABILITA' DEL CONCESSIONARIO.....	21
ART. 13 – OBBLIGHI IN TEMA DI TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI .....	21
ART. 14 – FORZA MAGGIORE .....	21
<b>SEZIONE IV – PROGETTAZIONE E COSTRUZIONE .....</b>	<b>25</b>
ART. 15 – ESECUZIONE DEI LAVORI: APPALTI E SUBAPPALTI .....	25
ART. 16 – RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO, DIRETTORE DEI LAVORI E DIRETTORE DELL'ESECUZIONE.....	25
ART. 17 – COLLAUDO .....	26
ART. 18 – ESPROPRIAZIONI .....	26
ART. 19 – MODIFICHE DEL CONTRATTO .....	26
ART. 20 – SOSPENSIONE E PROROGA DELL'ATTIVITA' DI COSTRUZIONE .....	30
ART. 21 – CONTRIBUTO.....	31
ART. 22 – DECURTAZIONI E PENALI PER RITARDI IN FASE DI PROGETTAZIONE E DI COSTRUZIONE.....	32
<b>SEZIONE V – GESTIONE.....</b>	<b>35</b>
ART. 23 - FASE DI GESTIONE.....	35

ART. 24 – SERVIZI DI DISPONIBILITÀ E ACCESSORI .....	35
ART. 25 – FORNITURA DEI SERVIZI ACCESSORI ALLA DISPONIBILITÀ .....	36
ART. 26 – ALTRE CATEGORIE DI SERVIZI.....	37
ART. 27 – SOSPENSIONE DEI SERVIZI.....	38
ART. 28 – CORRISPETTIVI E TERMINI DI PAGAMENTO.....	38
ART. 29 – CORRISPETTIVO .....	38
ART. 30 – TARIFFE .....	40
<b>SEZIONE VI – EQUILIBRIO E REVISIONE DEL PEF .....</b>	<b>43</b>
ART. 31 – EQUILIBRIO ECONOMICO FINANZIARIO .....	43
ART. 32 – RIEQUILIBRIO ECONOMICO FINANZIARIO .....	46
<b>SEZIONE VII – ASSICURAZIONI, CAUZIONI E GARANZIE PER I FINANZIATORI.....</b>	<b>49</b>
ART. 33 – CAUZIONI.....	49
ART. 34 – POLIZZE ASSICURATIVE.....	49
ART. 35 - GARANZIE DEL CONCESSIONARIO PER I FINANZIATORI .....	51
<b>SEZIONE VIII - VICENDE DELLA CONCESSIONE .....</b>	<b>53</b>
ART. 36 – CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA .....	53
ART. 37 – RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO DEL CONCESSIONARIO.....	53
ART. 38 – RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER REATI ACCERTATI E PER DECADENZA DELL’ATTESTAZIONE DI QUALIFICAZIONE.....	54
ART. 39 – SOSTITUZIONE DEL CONCESSIONARIO .....	54
ART. 40 - RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO DEL CONCEDENTE .....	55
ART. 41 – REVOCA DELLA CONCESSIONE.....	57
ART. 42 – RECESSO .....	57
ART. 43 – EFFETTI DELLA CESSAZIONE DEL CONTRATTO .....	57
ART. 44 – RIFINANZIAMENTO .....	58
ART. 45 – MONITORAGGIO .....	59
ART. 46 – COMUNICAZIONI .....	59

## RELAZIONE ILLUSTRATIVA

Lo schema di “Contratto standard di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della Pubblica Amministrazione da realizzare in partenariato pubblico privato” è stato elaborato dal Gruppo di Lavoro interistituzionale istituito, con determina del Ragioniere Generale 8 agosto 2013, presso il Ministero dell’Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato (RGS) - Ispettorato Generale per la Contabilità e la Finanza Pubblica (IGECOFIP).

Il Gruppo di Lavoro è attualmente composto da rappresentanti del Ministero dell’Economia e delle Finanze – Ragioneria Generale dello Stato – Ispettorato Generale per la Contabilità e la Finanza Pubblica (IGECOFIP), dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) – Ufficio Regolazione Contratti Pubblici, della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica (DIPE), della Corte dei Conti, dell’Agenzia per la Coesione Territoriale, dell’Eurostat, dell’Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) – Direzione Centrale della Contabilità Nazionale, dell’Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI) – IFEL Fondazione e dell’Università Bocconi – SDA *School of Management and Policy*. I rappresentanti di Cassa Depositi e Prestiti (CDP) hanno contribuito ai lavori, su invito del Ministero.

Lo schema di Contratto è pensato con riferimento alla realizzazione e gestione di opere a tariffazione sull’Amministrazione, vale a dire a quelle opere per le quali i ricavi di gestione dell’Operatore Economico (OE) provengono in maniera sostanziale da un canone di disponibilità riconosciuto dall’Ente Concedente, che può comprendere anche una componente legata alla domanda, e non da tariffe corrisposte dagli utenti finali (es. scuole, strutture socio-sanitarie, ospedali, tecnologie sanitarie, penitenziari, biblioteche, strutture sportive a valenza particolarmente sociale). La componente di pagamento effettuato dalla PA legato alla domanda è da valutare attentamente, in quanto per queste tipologie di intervento la domanda è pressoché rigida e difficilmente influenzabile dall’OE.

Il Contratto è, in particolare, strutturato con riferimento a una operazione di Partenariato Pubblico Privato (PPP), aggiudicata sulla base di un progetto definitivo, nella quale a fronte delle prestazioni rese dal Concessionario (realizzazione investimento e gestione di servizi volti a consentire la disponibilità e il pieno funzionamento dello stesso), l’Amministrazione concedente paga un canone per la disponibilità dell’Opera nonché, ove previsto dal bando, un contributo pubblico a titolo di prezzo dei lavori realizzati, ai sensi degli articoli 165, comma 2, e 180, comma 6, del Codice.

La scelta di redigere uno schema di Contratto di concessione/PPP a tariffazione sulla PA deriva dalla necessità di allocare correttamente, attraverso clausole chiare e inequivocabili, i rischi propri delle operazioni di PPP, nel rispetto dei principi della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, delle previsioni del Codice dei Contratti Pubblici e delle indicazioni fornite da Eurostat per la contabilizzazione fuori bilancio delle medesime Operazioni (v. decisione dell’11 febbraio 2004, SEC2010, Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico, Regolamento UE n. 549/2013, e in particolare la Guida EPEC/Eurostat 2016 che affronta in dettaglio il tema del trattamento statistico dei PPP).

L'obiettivo è quello di incentivare e sostenere gli investimenti in infrastrutture, tutelando al contempo la finanza pubblica.

Carattere essenziale della Concessione – come evidenziato dalla Commissione già nella comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto europeo (2000/C 121/C) – è il diritto del Concessionario di gestire un'attività, sfruttando economicamente l'Opera, quale forma di remunerazione dell'investimento. Il diritto di gestione (dei lavori e dei servizi) implica necessariamente il trasferimento della responsabilità di gestione. Tale responsabilità investe al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'Opera. Di conseguenza, spetta al Concessionario effettuare gli investimenti necessari perché l'Opera possa utilmente essere messa a disposizione della PA e/o degli utenti e sopportarne l'onere di ammortamento e quello finanziario. Il Concessionario assume i rischi inerenti le attività di costruzione e quelli connessi alla messa a disposizione dell'Opera in fase di gestione.

L'alea legata all'aspetto economico e finanziario dell'Operazione, il cd. «rischio operativo», rappresenta l'elemento qualificante della Concessione (Cons. St., Ad. Pl., 27 luglio 2016, n. 22). Con riferimento alle operazioni di PPP concernenti opere a tariffazione sulla PA il cd. «rischio operativo» a carico del partner privato è principalmente legato al concetto di disponibilità dell'Opera e/o dei servizi correlati.

La differenza fondamentale rispetto all'appalto risiede proprio nella circostanza che il Concessionario contribuisce con capitale proprio al finanziamento dell'Opera e sopporta il rischio operativo derivante dal relativo sfruttamento economico con particolare riferimento alla disponibilità dell'Opera (cfr. Corte Giust., III, 10 marzo 2011, n. C-274/2009; Corte Giust., II, 10 novembre 2011, n. C-348/10; Cons. St., V, 18 dicembre 2015, n. 5745; Cons. St., VI, 4 settembre 2012, n. 4682). In condizioni operative normali, al Concessionario non è garantito il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per le attività oggetto della Concessione (v. Cons. St., 6 aprile 2016, n. 1352). La parte di rischio trasferita in capo al Concessionario comporta una reale e concreta esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita non sia puramente nominale o trascurabile (articolo 3, comma 1, lett. zz, del Codice). Ciò detto, va in ogni caso considerato che la remunerazione dell'OE è, nella sostanza, legata alle *performance* delle prestazioni erogate dal partner privato in favore del partner pubblico, nell'ambito di un rapporto contrattuale di durata nel quale gli obiettivi istituzionali strategici della PA e gli obiettivi di profitto dell'OE devono essere allineati. Nel PPP, l'OE è co-responsabile con la PA del conseguimento di un determinato risultato, da cui deve dipendere la sua remunerazione.

Il trasferimento al Concessionario dei rischi economici insiti nella gestione affidata in Concessione costituisce la causa giustificativa tipizzante del Contratto. La componente «rischio» deve pertanto ricorrere sempre in concreto, ancorché eventualmente ridotta in ragione del riconoscimento in favore del Concessionario di un prezzo, di garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della PA.

Anche in questo caso, i rischi devono essere identificati, quantificati e chiaramente assegnati alla parte che è maggiormente in grado di assumerli (cfr. parere Comitato economico e sociale sul tema "Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico privato (PPP)" – 2001/C 14/19).

Di qui, l'esigenza di «codificare» correttamente l'allocatione dei rischi nel Contratto.

La scelta di avviare un'Operazione di PPP richiede per la Pubblica Amministrazione una preventiva attenta valutazione dei rischi e una corretta analisi del *value for money*, ai sensi dell'art. 181 comma 3, considerando la convenienza economico-finanziaria-sociale, valutando, quindi, anche i benefici sugli utenti finali/cittadini derivanti e non solo gli impatti

sul bilancio della PA. È, infatti, l’allocazione del rischio in capo all’OE specializzato che consente di ottenere benefici non conseguibili con uno o più contratti tradizionali di appalto. Tali benefici sono sintetizzabili nella possibilità di realizzare un investimento, con l’apporto maggioritario di risorse private, finalizzato all’erogazione di un servizio di interesse pubblico *on-time, on-budget, on-quality*, grazie a meccanismi contrattuali che, allocando in maniera corretta ed equilibrata i rischi, creino l’incentivo per l’OE a gestire i rischi stessi in modo tale che non si manifestino. È compito del Contratto definire e riflettere in termini adeguati la convenienza a ricorrere al PPP piuttosto che all’appalto, sulla base delle risultanze dell’istruttoria preventiva effettuata dall’Amministrazione con riferimento all’analisi della domanda e dell’offerta del servizio, della sostenibilità economico-finanziaria ed economico-sociale dell’Operazione, dell’analisi di value for money nonché della natura e intensità dei diversi rischi in essa presenti (art. 181, comma 3, del Codice).

Il tema della corretta allocazione dei rischi riguarda tutte le opere pubbliche realizzate attraverso il ricorso a forme di PPP e, in particolare, attraverso la Concessione di costruzione e gestione che è il principale istituto utilizzato per la strutturazione di Operazioni di PPP.

Ai sensi dell’articolo 180, comma 3, del Codice, il Contratto di PPP deve allocare: a) il rischio di costruzione (legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all’aumento di costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell’opera, e al mancato completamento dell’opera), b) il rischio di domanda (connesso ai diversi volumi di domanda che il concessionario deve realizzare oppure alla mancanza di utenza e dunque di flussi di cassa), e/o c) il rischio di disponibilità (riconducibile alla capacità del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti). L’allocazione corretta di detti rischi per l’eventuale contabilizzazione *off-balance sheet*, operazionalizza il rischio operativo del Contratto.

Nei Contratti di PPP, al rischio proprio dell’appalto derivante dalla cattiva gestione della fase di costruzione si aggiunge il rischio consistente nella possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l’Operazione, e quindi di subire perdite derivanti da possibili squilibri generatisi sul lato della domanda (inferiore alle previsioni) e/o sul lato dell’offerta (fornitura di servizi non in linea con i livelli di performance accordati). Tali squilibri si devono tradurre necessariamente in una contrazione dei ricavi nel caso in cui si manifestino situazioni la cui responsabilità ricade sull’OE. Generalmente, in un contratto di PPP a tariffazione sulla PA è critico e saliente il rischio di disponibilità piuttosto che quello di domanda, proprio perché si tratta di contratti in cui il principale pagatore è la PA.

In questo senso, il richiamato articolo 180, comma 3, del Codice si preoccupa di stabilire una relazione di proporzionalità diretta tra ricavi ritraibili dalle attività oggetto di Concessione, da un lato, ed entità e qualità delle prestazioni rese, dall’altro. Tale relazione deve necessariamente trovare un’adeguata definizione nel Contratto di PPP, nel senso di una chiara e stretta dipendenza tra la possibilità di recupero degli investimenti effettuati e/o dei costi sostenuti e l’effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell’Opera ovvero la qualità dei servizi erogati.

Presupposto per la corretta allocazione dei rischi è l’equilibrio economico-finanziario dell’Operazione, inteso come contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica (capacità del progetto di creare valore nell’arco di durata e di efficacia del contratto e di essere quindi conveniente sulla base dell’analisi del *value for money* per la PA) e sostenibilità finanziaria (capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento e la remunerazione dell’*equity*). Il PPP è il punto di incontro tra le esigenze di convenienza e di *value for money*, lato PA, e quelle di

remunerazione, lato investitori e finanziatori. Benché il contributo pubblico non sia in astratto un elemento essenziale e/o necessario per il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario di un'Operazione di PPP, l'Amministrazione in ogni caso può, ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario dell'Operazione stabilire, in sede di gara, un prezzo consistente in un contributo in denaro ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, fermo restando che l'ammontare di tale prezzo sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche ovvero a ulteriori meccanismi di finanziamento non deve comunque superare il 49 per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari (articolo 180, comma 6, del Codice). Il contributo può aiutare positivamente la valutazione del *value for money* di un PPP, sempre entro certi limiti oltre i quali può divenire elemento che determina l'automatica contabilizzazione *on balance* per Eurostat. Tra le varie forme possibili di contributo quella in denaro appare la soluzione più adeguata e semplice.

Il combinato disposto del limite percentuale all'apporto finanziario della parte pubblica con la disciplina relativa all'allocazione dei rischi connota strutturalmente il Contratto di PPP e valorizza il ruolo dell'OE quale principale finanziatore dell'Opera.

Non a caso, la sottoscrizione del Contratto è subordinata alla presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'Opera e, ove il finanziamento non si sia perfezionato entro un periodo massimo di diciotto mesi (art. 165 comma 5) dalla firma del Contratto, è prevista in favore della Pubblica Amministrazione la risoluzione di diritto del Contratto medesimo. Peraltro, la prassi conosce ipotesi nelle quali la documentazione di gara prevede l'obbligo per il concorrente di corredare la propria offerta con una lettera di *full commitment* dei soggetti finanziatori a finanziare l'operazione di PPP entro un termine predefinito (anche sei mesi) dalla data di aggiudicazione.

Alla luce delle premesse svolte, considerato che la gestione dei rischi nelle Operazioni di PPP costituisce da sempre una delle più serie criticità del settore infrastrutturale, appare quanto mai opportuno individuare adeguati strumenti di «governo del rischio» funzionali a calibrare in termini efficienti la struttura negoziale del rapporto concessorio, con riguardo alle prestazioni richieste, alla forma di remunerazione pattuita pur a fronte di una prestazione resa solo a favore della Pubblica Amministrazione e al corretto inquadramento del rischio, oltre che non da ultimo al trattamento statistico e contabile dell'Operazione. Tra questi strumenti, in particolare, risulta determinante lo schema di Contratto. L'articolo 181, comma 2, del Codice dispone, del resto, che le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara, insieme con il progetto definitivo, uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e OE.

Il governo del rischio nel Contratto rileva, infatti, anzitutto sotto il profilo giuridico, posto che la corretta allocazione dei rischi definisce la Concessione rispetto all'appalto; in secondo luogo, sotto il profilo economico, attraverso il conseguimento di un positivo *value for money* (convenienza del PPP per l'Amministrazione); infine, sotto il profilo contabile e statistico, in quanto l'esatta attribuzione dei rischi in capo al Concessionario permette di classificare l'Opera *off balance sheet* e di contabilizzare l'Operazione come non generativa di nuovo debito, con effetti positivi per la finanza pubblica. Con riferimento specifico a questo ultimo aspetto va considerato che il trattamento statistico dell'operazione è basato su un'analisi complessiva del contratto di PPP sia con riferimento alla fase della stipula che con riferimento agli eventi modificativi delle clausole del contratto, come dettagliatamente previsto nella Guida Eurostat/EPEC sul trattamento statistico delle operazioni di PPP.

Nello schema di Contratto, la principale fonte di remunerazione è data dal canone di disponibilità. Sono quindi allocati in capo all'OE il rischio di disponibilità e di performance dei servizi accessori alla disponibilità, il rischio costruzione e, nei casi di svolgimento di attività redditizia verso l'esterno da parte dell'OE, il rischio di domanda dei servizi resi per il periodo di gestione dell'Opera. Questi ultimi devono comunque rappresentare una parte marginale dei proventi complessivi del Concessionario.

Lo schema di Contratto è applicabile, con i dovuti adattamenti, a tutte le Operazioni di PPP – anche a tariffa sugli utenti –, essendo denominatore comune delle stesse la corretta allocazione dei rischi tra le Parti.

Tale strumento dovrebbe contribuire a migliorare la capacità negoziale delle Amministrazioni, soprattutto territoriali, e a evitare che il ricorso al PPP sia motivato essenzialmente dalla necessità di “aggirare” i vincoli di carattere finanziario.

Questa Relazione, che accompagna lo schema di Contratto, è redatta al fine di fornire una guida agli operatori pubblici e privati per un impiego funzionale ed efficace dello schema di Contratto.

Resta inteso che le Parti possono integrare, specificare, circostanziare e introdurre *ex novo* gli elementi caratterizzanti il rapporto concessorio specifico ritenuti necessari, opportuni o rilevanti con riferimento ad esempio alla tipologia di Opera, al settore di intervento cui l'Operazione PPP afferisce nonché all'importo della Concessione, senza in ogni caso disattendere il principio della corretta allocazione dei rischi e le regole Eurostat per un trattamento statistico dell'Operazione consapevole, possibilmente *off-balance sheet*.

## PREMESSE

Le premesse del Contratto dovrebbero richiamare in ordine cronologico tutti gli atti (strumenti di programmazione, approvazione del progetto di fattibilità, approvazione del progetto definitivo, approvazione del disciplinare di gara, pubblicazione del bando di gara, aggiudicazione, affidamento, costituzione Società di Progetto, ecc.) propedeutici alla stipula del Contratto di Concessione tra il Concedente e il Concessionario.

Assumono particolare rilievo i seguenti punti 3, 7 e 9. Il punto 3 fa riferimento all'affidamento della Concessione attraverso una procedura ad evidenza pubblica, ai sensi dell'articolo 164 del Codice) aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo (articolo 95 del Codice). Il punto 7 richiama la previsione che l'aggiudicatario costituisca, ad eccezione di opere minori, una Società di Progetto (*cf.* articoli da 6 a 8 del Contratto). Il punto 9 enuncia i presupposti e le condizioni di base che determinano l'Equilibrio Economico Finanziario del Piano Economico e Finanziario da allegare al Contratto. A tale punto rinvia espressamente l'articolo 33, comma 2, del Contratto.



## SEZIONE I - CONDIZIONI GENERALI

### ART. 1 – PREMESSE, ALLEGATI E DOCUMENTI CONTRATTUALI

Le premesse, gli Allegati e i Documenti Contrattuali formano parte integrante e sostanziale del Contratto.

Le Parti convengono che i Documenti Contrattuali, sottoscritti da Concedente e Concessionario e depositati presso la sede del Concedente, ancorché non materialmente allegati al Contratto, ma soltanto elencati nell'Allegato 1, costituiscono parte integrante e sostanziale dello stesso.

Sono Allegati al presente contratto tipo: 1) l'elenco dei Documenti Contrattuali; 2) le definizioni; 3) la matrice dei rischi. Invero, gli allegati a un contratto di concessione in PPP sono numerosi e coprono importanti profili di regolazione (costruzione, standard dei servizi, meccanismo di pagamento, requisiti assicurativi, ecc.). Il contratto stesso dovrebbe fissare da un lato la regola che in caso di difformità interpretativa prevale sempre il contratto rispetto all'Allegato, dall'altro, un ordine di prevalenza degli Allegati.

Le Parti in relazione alle peculiarità della singola operazione di PPP possono prevedere altri allegati e/o integrare i contenuti di quelli proposti.

### ART. 2 – DEFINIZIONI

Il Contratto dovrebbe fornire le definizioni dei termini più importanti e ricorrenti in un apposito allegato. Tali termini dovrebbero essere identificati nell'articolato del Contratto con la lettera iniziale maiuscola, ed essere ben esplicitati nel loro significato in sede di definizione, al fine di agevolarne la comprensione e contenere il rischio di diverse possibili interpretazioni.

L'elenco delle definizioni contenuto nell'Allegato 2 del Contratto è meramente esemplificativo. Le Parti sono chiamate a valutare la coerenza e l'utilità delle definizioni con riferimento specifico alla singola operazione PPP, intervenendo se opportuno nel senso di chiarire, precisare, circostanziare, integrare e ampliare le definizioni. È opportuno considerare che talune definizioni possono risultare particolarmente importanti ai fini dell'allocazione del rischio e del trattamento statistico; pertanto, è necessario che siano presenti nel contratto e che siano formulate in modo chiaro e da non impattare negativamente sull'allocazione dei rischi.

Esempio: la definizione di Forza maggiore dovrebbe essere coerente con l'elenco tassativo di eventi disciplinato nell'articolato, in accordo tra le Parti. Tale elenco può variare a seconda della tipologia di Opera e delle caratteristiche, anche climatiche, del territorio interessato dall'intervento.

### ART. 3 – CONDIZIONI GENERALI

Il Contratto è fonte di obbligazioni per le Parti. La relativa sottoscrizione presuppone la titolarità in capo al Concessionario di determinate condizioni generali, che devono essere puntualmente enunciate nel Contratto e che il Concedente è chiamato a verificare al momento della stipula. Tali condizioni – di moralità, onorabilità professionale, qualificazione, affidabilità e solidità economico patrimoniale – dovrebbero ricorrere per tutto

il periodo di esecuzione del Contratto, senza soluzione di continuità, al fine di garantire la permanenza dell'elemento fiduciario nel rapporto concessorio.

Le Parti devono riportare su tutta la documentazione amministrativa e contabile il CUP (Codice Unico di Progetto) e il CIG (Codice Identificativo di Gara), nel rispetto della normativa vigente. Tale adempimento consente l'identificazione dei progetti di investimento pubblico, semplificando l'attività amministrativa di raccolta dei dati, favorendo la circolazione di informazioni essenziali e la tracciabilità dei flussi finanziari.

Il Contratto, stipulato a seguito dell'aggiudicazione della procedura di gara per l'affidamento in concessione della progettazione, realizzazione e gestione dell'Opera, non può essere ceduto.

#### **ART. 4 – OGGETTO**

L'oggetto del Contratto consiste nell'affidamento in Concessione delle fasi di progettazione, realizzazione e gestione dell'Opera.

Sebbene il contratto utilizzi il termine Opera, date le esigenze di innovazione nelle modalità di erogazione dei servizi da parte delle PA, il contratto trova applicazione anche a investimenti di tipo tecnologico e non necessariamente di tipo edile o a marcata connotazione edile. Pertanto, nell'adattamento del contratto ad opera delle Amministrazioni che utilizzeranno lo schema contrattuale, la parola Opera può essere sostituita con la parola Investimento.

Con riferimento alla fase di progettazione, va chiarito che l'articolo 181, comma 2, del Codice prevede che le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti, ponendo a base di gara il progetto definitivo. Deriva dal tenore della previsione richiamata e dalle caratteristiche specifiche dell'Operazione di PPP considerata in questa sede, nella quale la PA è il principale pagatore, che il Contratto abbia ad oggetto la redazione del progetto esecutivo ovvero addirittura la revisione di tale progetto qualora l'Amministrazione decida di porre a base di gara, non il progetto definitivo, ma direttamente il progetto esecutivo.

Con riferimento alla fase di realizzazione dell'Opera, il Contratto richiede espressamente l'esecuzione dei lavori a regola d'arte e in conformità agli elaborati progettuali, in coerenza con quanto previsto dal successivo articolo 11 del Contratto. I lavori dovranno in ogni caso rispettare livelli qualitativi elevati.

Con riferimento alla fase di gestione dell'Opera, si pone l'accento per un verso sulle attività di manutenzione ordinaria e straordinaria che devono essere effettuate dal Concessionario secondo le previsioni progettuali e il piano di manutenzione dell'Opera; per altro verso, sulla fruibilità dell'Opera nel suo complesso e l'erogazione dei singoli Servizi nello specifico, secondo quanto previsto in dettaglio nella Sezione V del Contratto.

È opportuno che le Amministrazioni pongano molta attenzione alla definizione delle manutenzioni da includere nel contratto.

Un contratto di PPP, a differenza di modelli realizzativi tradizionali, si caratterizza per l'assunzione del rischio di disponibilità da parte dell'OE, pertanto, il Piano Economico e Finanziario (PEF) deve includere i costi relativi alle attività di manutenzione predittiva e programmata volte ad assicurare la disponibilità dell'Opera/Investimento.

Per prassi, sia le Amministrazioni che gli OE tendono a considerare nel PEF sia le manutenzioni ordinarie che quelle straordinarie; queste ultime non devono in nessun caso

rappresentare una riserva per realizzare investimenti eventualmente necessari per far fronte a carenze progettuali, realizzative o a una inadeguata manutenzione: questo ridurrebbe l'effettiva allocazione del rischio di costruzione e di disponibilità a carico dell'OE. Pertanto, è fondamentale che i costi delle manutenzioni siano adeguatamente commisurati al fine di assicurare il corretto funzionamento e la piena fruibilità dell'Opera e/o Investimento.

Gli interventi di manutenzione straordinaria devono essere correlati a specifiche attività previste nel Contratto e nel capitolato dei servizi e non essere generiche, proprio per evitare una ridotta allocazione del rischio in capo all'OE.

È obbligo del Concessionario effettuare ogni analisi e/o attività connessa e funzionale alla progettazione, esecuzione e gestione dell'Opera.

Rileva evidenziare che il Contratto deve indicare espressamente il valore della Concessione. Ai sensi dell'articolo 167 del Codice, ai fini dell'individuazione della soglia di rilevanza comunitaria del Contratto e della conseguente applicazione delle previsioni del Codice, il valore di una Concessione è costituito dal fatturato totale del Concessionario generato per tutta la durata del Contratto, al netto dell'IVA, come stimato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della Concessione nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.

Il costo dei lavori e gli ulteriori oneri (inclusi gli eventuali oneri finanziari capitalizzati) sono definiti nel quadro economico e devono considerarsi fissi e non soggetti a variazioni. Il quadro economico dei lavori non deve prevedere tra le voci di costo gli imprevisti, in quanto l'OE deve essere responsabilizzato rispetto alla realizzazione di un investimento chiavi in mano, assumendosi il rischio di costruzione e quindi i maggiori costi che potrebbero accadere per la manifestazione dei rischi ad esso allocati. Prevedere una voce aggiuntiva per imprevisti nel quadro economico potrebbe ridurre l'allocazione del rischio di costruzione in capo all'OE.

Il costo dell'investimento può essere soggetto a modifiche qualora la PA le richieda in forza alle previsioni dell'articolo 175 del Codice e dell'articolo 19 del Contratto, concernenti le modifiche in corso di validità del Contratto. Tali modifiche sono ammissibili, nei limiti stabiliti dal Codice, se non alterano la natura generale della Concessione e l'eventuale aumento di valore derivante delle nuove prestazioni richieste, anche in presenza di modifiche successive plurime, non ecceda complessivamente il 50 per cento del valore della Concessione iniziale, inteso come valore risultante a seguito dell'aggiudicazione. Il superamento di tale limite di valore determina l'obbligo di una nuova procedura di aggiudicazione.

Tutta la documentazione tecnica correlata alla Concessione è di esclusiva proprietà del Concedente.

Il Concessionario oltre a garantire il Concedente da pretese di terzi sulle opere dell'ingegno, si assume anche gli oneri e la responsabilità concernenti l'ottenimento dei diritti di sfruttamento delle suddette opere dell'ingegno, tenendo il Concedente estraneo e indenne rispetto ai rapporti e alle controversie che possano insorgere tra il Concessionario ed i titolari e/o concessionari di tali opere.

## **ART. 5 – DURATA DELLA CONCESSIONE**

L'articolo 168, comma 1, del Codice prevede che la durata delle Concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente

aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al Concessionario. La stessa è commisurata al valore della Concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa.

La durata della Concessione, e quindi del Contratto, è determinata nel bando di gara. Essa deve essere considerata fissa, fatta eccezione esclusivamente per le sospensioni dovute a eventi ben circostanziati influenti sulle attività di costruzione, ai sensi dell'articolo 20 del Contratto, ovvero sulle attività di erogazione dei servizi, ai sensi dell'articolo 27 del Contratto.

Il Contratto deve distinguere con precisione, nell'ambito della durata complessiva della Concessione, il numero di mesi destinati alla progettazione, il numero di mesi o anni imputati alla costruzione dell'Opera e il numero di mesi o anni dedicati alla gestione. Eventuali ritardi nella realizzazione dell'Opera la cui responsabilità è dell'OE comportano, in vista della corretta allocazione del rischio di costruzione, la conseguente e automatica riduzione del periodo di gestione.

La durata del Contratto decorre dalla data di efficacia dello stesso.

Non vi è, invero, una necessaria corrispondenza tra il momento di sottoscrizione del Contratto e l'efficacia dello stesso. Il Contratto, pur valido all'atto della stipula, può cominciare a produrre effetti da un momento successivo (in corrispondenza, ad esempio, dell'adozione del provvedimento amministrativo di approvazione del Contratto ovvero della registrazione del provvedimento da parte della Corte dei Conti).

È preferibile, in ogni caso, evitare eccessivi differimenti dei tempi di efficacia rispetto alla stipula, potendo gli stessi ingenerare criticità nel rapporto concessorio. La variabile temporale è, infatti, un elemento essenziale del PEF capace di influenzarne taluni valori. Pertanto, fermo restando che il PEF presentato in offerta è quello rilevante ai fini del Contratto, è opportuno che l'efficacia del Contratto non sia significativamente ritardata.

## FOCUS

### Gestione stralci funzionali

Occorre segnalare che, qualora il bando di gara lo consenta, sulla base delle peculiarità dell'Operazione, le Parti possono disciplinare, pur se il presente Contratto standard nulla dispone al riguardo, la gestione per stralci (porzioni dell'Opera) tecnicamente funzionali.

Qualora il Concessionario realizzi uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale prima della data di ultimazione indicata nel Cronoprogramma, se previsto nel progetto e nel bando di gara, potrà anticiparne la gestione. In tal caso, rimane comunque ferma la necessità di regolare puntualmente alcuni importanti aspetti che possono variare in relazione allo specifico progetto. Alcuni di questi aspetti sono essenziali: *i)* termini e modalità del Collaudo sia della porzione, sia dell'intera Opera; *ii)* decorrenza della durata della fase di gestione a partire dal collaudo unitario dell'intera Opera e, dunque, dell'ultimo stralcio funzionale, salva la facoltà di procedere alla gestione anticipata di parte dell'Opera già eseguita nell'esclusivo interesse del Concedente; *iii)* obblighi del Concessionario al completamento dell'Opera e disciplina di eventuali ritardi o inadempimenti per porzione di Opera; *iv)* anticipazione degli obblighi del Concessionario relativi alla gestione, con particolare riguardo alle garanzie e assicurazioni.

## SEZIONE II - SOCIETA' DI PROGETTO

### ART. 6 – SOCIETA' DI PROGETTO

L'articolo 184, comma 1, del Codice dispone che il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità debba prevedere la facoltà o l'obbligo dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione, di costituire una Società di progetto (*Special Purpose Vehicle - SPV*) in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, indicando altresì l'ammontare minimo del relativo capitale sociale. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta deve essere precisata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. La società così costituita diventa Concessionaria a titolo originario, subentrando all'aggiudicatario nel rapporto di concessione senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto.

A fronte della discrezionalità riconosciuta alla PA dal legislatore, con riguardo alla scelta tra facoltà o obbligo per l'aggiudicatario di costituire la Società di progetto in sede di definizione del bando di gara, l'ANAC, con la determinazione 23 settembre 2015, n. 10, ha chiarito che la Società di progetto dovrebbe essere sempre presente, almeno per tutti gli affidamenti di valore elevato. E ciò, da un lato, per garantire al privato la possibilità di accedere a finanziamenti "fuori bilancio", che non incidano sui propri indici di indebitamento, e, dall'altro, per limitare gli effetti di un eventuale fallimento del progetto, garantendo maggiormente la PA in ordine all'esecuzione dello stesso (*cf.* par. 3.3).

La logica alla base della costituzione della Società di Progetto risiede nella netta separazione (autonomia patrimoniale perfetta) delle sorti imprenditoriali dei singoli soci rispetto a quelle della Società alla quale saranno imputati tutti i diritti, gli obblighi e le responsabilità connessi all'investimento. La Società di progetto è un centro di imputazione giuridica ed economica distinto dall'aggiudicatario, con conseguente separazione dei flussi generati dall'Operazione di PPP rispetto a quelli relativi alle altre attività dell'aggiudicatario (*cd. ring fence*). In caso di fallimento dell'aggiudicatario, pertanto, l'Operazione di PPP non sarà interrotta ma sarà portata avanti dalla Società di progetto. Simmetricamente, in caso di fallimento della Società, l'ente finanziatore non potrà rivalersi sui beni dell'aggiudicatario, ma in via esclusiva su quelli della Società stessa.

Nello schema di Contratto è espressa una chiara preferenza, almeno con riguardo agli interventi di non modesta entità, per la soluzione della costituzione della Società di progetto, con capitale sociale adeguato all'importo dell'investimento da realizzare (v. articoli 2342 e 2464 c.c.).

La scelta di prevedere nel bando di gara l'obbligo di costituzione della Società, auspicabile da parte della PA, necessita di adeguata motivazione in sede di determina a contrarre e nei documenti di gara. Tale motivazione può trovare argomentazioni, in primo luogo, nella duplice funzione economica e finanziaria del veicolo societario che, per un verso, riduce il rischio di eventuali impatti negativi, soprattutto nelle fasi iniziali del rapporto concessorio, sui bilanci dei singoli soci rendendo maggiormente sostenibile l'Operazione e, per altro verso, isolando i flussi di cassa generati dall'Operazione medesima, contribuisce in maniera determinante a favorirne la finanziabilità. In effetti, la possibilità per i finanziatori di concentrarsi, da un lato, sulla sola Operazione di PPP riferita al bilancio della Società di progetto, al netto di eventuali "contaminazioni" derivanti da ulteriori vicende societarie e patrimoniali dei singoli soci, e, dall'altro, su flussi di cassa certi e verificabili generati dalle entrate prodotte nell'ambito del rapporto concessorio, non può che agevolare la bancabilità

dell'Operazione. L'obbligo di costituzione della Società di progetto nel bando può poi fondarsi sull'intento di ampliare la platea degli aspiranti Concessionari, consentendo anche a investitori stranieri di realizzare l'iniziativa di PPP utilizzando uno strumento societario proprio dell'ordinamento che regola l'investimento. Peraltro, la prassi di costituire una Società di progetto per operazioni di PPP è sottolineata anche dalla guida EPEC-Eurostat (*Chapter 2 – The Features of a PPP*).

Il bando di gara, al fine di garantire la permanenza della "qualità" del Concessionario in vigenza di Contratto, dovrebbe dettagliare adeguatamente i requisiti di ordine generale e di carattere speciale sia del socio costruttore (che, se qualificato, è in grado di produrre un'attestazione SOA), sia del socio gestore, sotto i profili di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, nonché capacità tecniche e professionali. Questo faciliterebbe l'attività di monitoraggio e di verifica in ordine al mantenimento dei medesimi requisiti da parte dei soci, anche nell'ipotesi di mutamento della compagine sociale.

Lo stesso bando dovrebbe altresì prevedere il potere del Concedente di richiedere al Concessionario la trasmissione, con cadenza annuale, dei dati economici e finanziari di cui all'articolo 83, comma 4, del Codice. In quest'ottica, il Contratto richiede espressamente l'impegno del Concessionario a mantenere per tutta la durata della Concessione almeno il capitale sociale minimo richiesto nel bando di gara e a trasmettere annualmente al Concedente i dati economico-finanziari che attestino la propria perdurante solidità patrimoniale. La richiesta di informazioni a carico del Concessionario rappresenta un aspetto rilevante dei contratti di PPP. Per tale ragione, le informazioni che il Concessionario è chiamato a fornire dovrebbero essere individuate in una specifica previsione adeguatamente dettagliata, seppure non tassativa, allo scopo di consentire al Concedente una valutazione corretta e attuale della situazione societaria in corso di svolgimento del contratto. In tale ottica, il Contratto tipo può prevedere una clausola ad hoc per la richiesta specifica di informazioni e di report periodici.

La Società di Progetto risulta composta da "n." soci suddivisi per tipologia. A titolo esemplificativo, il Contratto propone la distinzione tra soci costruttori e gestori qualificati e soci che non hanno prestato i requisiti di qualificazione in sede di gara. La compagine potrebbe tuttavia essere diversamente strutturata. Ad esempio, i soci potrebbero essere distinti in progettista, costruttore, gestore e investitore.

Per ciascun socio è, poi, riportata la quota percentuale di partecipazione al capitale sociale, che non può che essere quella in precedenza specificata nell'offerta.

Il Concessionario deve fornire al Concedente tutte le informazioni ritenute da questo rilevanti. Il Contratto ne enuncia talune a titolo esemplificativo: la compagine societaria, il bilancio d'esercizio, ogni notizia relativa a eventuali modifiche dei requisiti e delle garanzie di carattere tecnico, economico e finanziario posti a fondamento dell'aggiudicazione della Concessione. Nelle procedure di gara da aggiudicare sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è importante che il Concedente distingua i requisiti "soggettivi" di partecipazione alla gara dagli elementi "oggettivi" di valutazione dell'offerta (v. Cons. St., III, 27 settembre 2016, n. 3970).

Il Concessionario deve, inoltre, mantenere invariato l'ammontare del capitale sociale stabilito nell'offerta e richiamato nel Contratto e conservare i requisiti di ordine generale per l'intera durata della concessione, nonché conservare altresì i requisiti speciali richiesti nel bando in relazione allo stato di avanzamento del Contratto. Merita una particolare attenzione il requisito della sostenibilità patrimoniale e finanziaria del Concessionario che dovrebbe trovare adeguato riconoscimento nel bando di gara e permanere in vigenza di Contratto.

Il Concessionario è infine tenuto a comunicare al Concedente ogni elemento o circostanza idoneo a determinare, in capo a uno o più soci, la perdita dei requisiti di ordine generale e/o la perdita parziale o totale dei requisiti di ordine speciale. Qualora la perdita sia sanabile, il Concessionario dovrà anche comunicare i provvedimenti da adottare e/o adottati per porre tempestivo e adeguato rimedio alla carenza dei requisiti. Diversamente, il Concessionario dovrà indicare quale soluzione la sostituzione del socio.

## ART. 7 – MUTAMENTO DELLA COMPAGINE SOCIALE

L'articolo 184, comma 3, del Codice prevede che il contratto di concessione stabilisca le modalità per l'eventuale cessione delle quote della Società di Progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla Società medesima e a garantire il buon adempimento degli obblighi del Concessionario sino alla data di emissione del certificato di Collaudo dell'Opera con esito positivo.

La previsione del Codice qualifica come "eventuale" la cessione delle partecipazioni societarie. L'articolo 184, invero, non vieta in via generale la cessione anche parziale di quote, né in particolare la cessione di quote da parte del/dei socio/i qualificato/i in sede di gara dopo il Collaudo, rinviando al Contratto l'individuazione delle modalità per il mutamento della compagine sociale.

Sul punto, gli scenari configurabili in astratto sono molteplici, sfuggendo a una puntuale "standardizzazione" in sede di Contratto tipo. Dopo il Collaudo definitivo dell'Opera, ad esempio, il socio costruttore potrebbe ridurre la propria partecipazione nella Società in favore del socio gestore ovvero del socio investitore, anche istituzionale, o ancora di un nuovo socio subentrante. In direzione opposta, l'Amministrazione potrebbe sempre valutare nel bando di gara di non consentire o limitare significativamente la modifica della compagine della Società di Progetto anche dopo l'emissione del Certificato di Collaudo, ad esempio, ogni qualvolta l'Opera richieda manutenzioni importanti che possono essere efficientemente affrontate se effettuate dallo stesso socio costruttore che l'ha realizzata. In altri termini, qualora il socio costruttore sia qualificato anche per le attività di manutenzione, lo stesso dovrebbe restare nella compagine societaria anche successivamente all'emissione del Certificato di Collaudo, potendo cedere la propria partecipazione, previa autorizzazione del Concedente, solo in fase di avanzamento del Contratto e in misura strettamente corrispondente e funzionale al corretto adempimento delle obbligazioni negoziali. Qualora il bando abbia qualificato il soggetto gestore per le manutenzioni, invece, l'uscita del socio costruttore, dopo l'emissione del Certificato di Collaudo con esito positivo, potrebbe essere più agevole, mentre la cessione di quote da parte del socio gestore qualificato dovrebbe essere consentita, previa autorizzazione del Concedente, solo in fase avanzata del Contratto e in misura strettamente corrispondente e funzionale al corretto adempimento delle obbligazioni. Resta sempre ferma, peraltro, l'opportunità che il socio gestore mantenga una partecipazione al capitale sociale per tutta la durata della Concessione, in virtù del principio di identificazione del contraente e di responsabilità del Concessionario, selezionato nel corso della procedura di gara, per la fase di gestione.

Quale che sia la soluzione più opportuna in relazione all'Operazione presa in considerazione, l'Amministrazione concedente dovrebbe valutare adeguatamente tali profili già nel bando e prevedere, in questa sede, eventuali limitazioni in ordine allo smobilizzo delle partecipazioni societarie motivando la scelta.

Una regola a parte è definita dal Codice per le banche e gli altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione. Per tali soggetti, l'ingresso nel capitale sociale della Società di Progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni può avvenire in qualsiasi momento.

Per far sì che il mutamento della compagine sociale non metta a repentaglio l'affidabilità e la responsabilità della Società, è fondamentale che il Concedente specifichi già nel bando di gara i requisiti di ordine generale, ai sensi dell'articolo 80 del Codice, e speciali, anche ai sensi dell'articolo 83 del Codice, per tutti i soci rilevanti (in particolare, per il socio gestore). In questo modo, in caso di mutamento della compagine sociale, il Concedente potrà efficacemente vigilare sulla professionalità e affidabilità del/dei socio/soci subentranti rispetto al/ai socio/soci cedente/i.

A tal fine, nel Contratto, è altresì prevista l'autorizzazione preventiva del Concedente sia in ipotesi di sostituzione di soci ai sensi dell'articolo 6, comma 2, lettera a), che di mutamento della compagine sociale ai sensi dell'articolo 7. È facoltà del Concedente, entro il termine prefissato nel Contratto, negare il proprio gradimento, indicando analiticamente le ragioni di fatto e di diritto che ostano all'ingresso del socio subentrante. Decorso il predetto termine, in assenza di diniego, la modifica soggettiva si intende accettata.

Con riguardo alla procedura appena descritta, è opportuno che il Concedente stabilisca nel Contratto un termine congruo e sostenibile per il rilascio dell'autorizzazione all'ingresso/sostituzione di nuovi soci; termine che deve risultare idoneo ad effettuare le necessarie verifiche e utile ad esprimere una posizione consapevole e funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico, senza tuttavia pregiudicare le esigenze di celerità, flessibilità e certezza del mercato. Tale termine non deve pertanto essere "eccessivo", garantendo l'efficiente ed efficace adempimento del Contratto e il rispetto della normativa vigente.

Il mutamento della compagine sociale della Società di Progetto è, infine, soggetta al rispetto della disciplina generale e di settore. Si consideri, a titolo esemplificativo, l'articolo 86, comma 3, del d.lgs. n. 159/2011, per le verifiche antimafia sull'assetto societario e gestionale della società.

La violazione delle clausole di cui al presente articolo costituisce grave inadempimento del Concessionario con le conseguenze di cui all'articolo 39 del Contratto.

## **ART. 8 – RESPONSABILITA' SOLIDALE DEI SOCI**

L'articolo 184, comma 3, del Codice prevede che, nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della PA, i soci della Società di Progetto restano solidalmente responsabili con la Società stessa nei confronti della PA per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la Società può fornire alla PA garanzie bancarie o assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'Opera.

Il Codice sancisce la responsabilità solidale dei soci con la Società nei confronti del Concedente per l'eventuale rimborso del contributo percepito, con riguardo alla fase di realizzazione dell'Opera, e quindi in relazione alle obbligazioni connesse all'esecuzione dei lavori.

Il Contratto, al comma 1, riprende nella sostanza la norma fissata nel Codice, precisando che i soci restano solidalmente responsabili con la Società di Progetto, salvo che

quest'ultima, o i soci direttamente per conto di quest'ultima, forniscano al Concedente garanzia bancaria o assicurativa di primario istituto di credito o assicurativo, a prima richiesta e senza beneficio di preventiva escussione, per la restituzione del Contributo corrisposto dal Concedente ai sensi dell'articolo 21 del Contratto. Si presuppone, in ogni caso, che ove possibile il rimborso del Contributo già incassato dalla Società avvenga, in ipotesi di scioglimento anticipato del rapporto concessorio per ragioni "patologiche", mediante nettizzazione di quanto eventualmente spettante al Concessionario (v. Sezione VIII).



## SEZIONE III – DELLE OBBLIGAZIONI DEL CONCESSIONARIO E DEL CONCEDENTE

### ART. 9 – AUTORIZZAZIONI

L'articolo dedicato alle autorizzazioni è finalizzato a definire contrattualmente l'allocazione del rischio amministrativo tra le Parti. La chiara formulazione delle relative clausole consente di evitare o contenere in termini significativi i rischi di contenzioso tra le Parti e di ritardi ed extra costi nella realizzazione e/o nella gestione tecnica dell'Opera.

Il comma 1 disciplina la competenza del Concedente a rilasciare e ottenere le Autorizzazioni da elencare in modo dettagliato nel Contratto.

Il comma 2 enuncia, simmetricamente, la competenza del Concessionario a ottenere le Autorizzazioni da elencare in modo dettagliato nel Contratto.

La regola generale stabilita nel Contratto è semplice: gli aggravii in termini di costi e tempi derivanti dal mancato o ritardato ottenimento delle autorizzazioni sono a carico della Parte competente. Tuttavia, per le autorizzazioni di competenza del Concessionario, il rischio non ricade sullo stesso nel solo caso in cui il Concessionario dimostri che il ritardo sia derivato dal fatto del terzo ovvero dell'altra Parte e di aver comunque attivato in maniera diligente e tempestiva ogni mezzo e azione ai fini del tempestivo ottenimento dell'autorizzazione stessa. In tal caso, nulla è dovuto dal Concessionario, nel senso che gli aggravii in termini di costi e tempi restano a carico del Concedente.

Il mancato o ritardato rilascio delle autorizzazioni di competenza del Concedente ovvero del Concessionario che dimostri di non esserne responsabile, qualora determini l'alterazione dell'equilibrio economico finanziario, evidenziata dalla variazione degli indicatori di equilibrio di cui all'articolo 33 del Contratto, consente alle Parti di procedere alla revisione del PEF ai sensi dell'articolo 34 del Contratto stesso.

È importante sottolineare come il Concedente, già nella fase di predisposizione della documentazione di gara, deve compilare la lista delle autorizzazioni da acquisire nell'ambito dell'operazione di partenariato. Ciò vale anche per il caso di operazioni a iniziativa del privato, per le quali l'onere è a carico del proponente.

Spetta, infine, a ciascuna Parte mantenere valide ed efficaci tutte le autorizzazioni acquisite.

### ART. 10 – OBBLIGHI E ATTIVITA' DEL CONCEDENTE

L'assetto concessorio definito nel Contratto imputa in capo al Concessionario la progettazione, costruzione, finanziamento, manutenzione e gestione dell'Opera con i relativi rischi, e in capo al Concedente, a fronte dell'adempimento puntuale, corretto e tempestivo da parte del Concessionario, l'obbligazione principale di corresponsione di un contributo, ove previsto nel bando, ai sensi dell'articolo 21 del Contratto e di corrispettivi per la disponibilità dell'Opera e l'erogazione dei servizi ai sensi degli articoli 28, 29 e 30 del Contratto.

Affinché il Concedente possa adempiere alle proprie obbligazioni pecuniarie, sarebbe opportuna da parte dell'Amministrazione concedente una corretta programmazione e gestione delle risorse pubbliche destinate alla realizzazione e gestione dell'Opera, onde evitare inadempimenti – quali, ad esempio, il mancato pagamento di somme dovute per

lunghi intervalli temporali – idonei a mettere a rischio la tenuta dell’Operazione di PPP e causa di risoluzione ai sensi dell’articolo 40 del Contratto. Si ricorda che, anche per le operazioni di PPP, si applicano i termini stringenti di pagamento previsti dal decreto legislativo 231/2002.

Oltre alle obbligazioni di carattere pecuniario, il Contratto declina anche le attività di natura amministrativa e informativa di competenza del Concedente.

Tra queste, in particolare, meritano menzione l’approvazione del progetto esecutivo nei termini contrattualmente previsti, l’approvazione di eventuali varianti ai sensi dell’articolo 19 del Contratto, la nomina del RUP, del direttore dei lavori, dell’organismo di collaudo e del direttore dell’esecuzione, nonché le attività di controllo sul rispetto delle obbligazioni contrattuali, di vigilanza sulla corretta erogazione dei servizi, di segnalazione all’AGCM e all’ANAC, di comunicazione al Concessionario di ogni informazione e documento rilevanti.

Per quanto riguarda l’approvazione del progetto esecutivo, il Concedente dovrà procedere, secondo le modalità descritte dal Codice e nei termini prestabiliti nel Contratto, allo svolgimento di tutte le attività di verifica e validazione degli elaborati progettuali, all’esito positivo delle quali soltanto seguirà l’approvazione dei progetti. Il bando di gara dovrebbe contenere una precisazione al riguardo.

Per quanto riguarda le attività a carattere informativo, il Concedente dovrà fornire al Concessionario ogni notizia che possa avere effetti pregiudizievoli sul rapporto concessorio e sulla realizzazione e gestione dell’Opera. Fra gli altri, si richiama il dovere di comunicare l’insorgenza di motivi di pubblico interesse che possano determinare l’impossibilità di continuare lo svolgimento del rapporto concessorio, qualunque sia la fase in atto, con conseguente revoca della Concessione ai sensi dell’articolo 41 del Codice.

#### **ART. 11 – OBBLIGHI E ATTIVITA’ DEL CONCESSIONARIO**

Gli obblighi del Concessionario, afferenti alle diverse fasi di progettazione, esecuzione, manutenzione e gestione dell’Opera, devono essere individuati ed enunciati puntualmente nel Contratto in modo da rendere evidente l’assunzione da parte del Concessionario dei rischi di progettazione, costruzione e disponibilità (*cf.* Matrice dei rischi).

Il Contratto disciplina le principali obbligazioni del Concessionario, rinviando alle Parti l’introduzione/integrazione di eventuali ulteriori elementi rilevanti, al fine di identificare, quantificare e assegnare chiaramente i rischi alla Parte che è maggiormente in grado di assumerli.

In questa prospettiva, pertanto, anzitutto il Concessionario deve dichiarare e garantire all’atto di stipula del Contratto di: a) aver posto in essere le attività finalizzate ad acquisire la conoscenza dello stato di fatto e di diritto dei luoghi interessati dalla Concessione; b) aver valutato e condiviso il Progetto Definitivo, approvato dal Concedente, e i relativi allegati; c) aver verificato e ritenere congruo ed eseguibile il Piano d’Esproprio. Coerentemente, il Concessionario non può eccepire durante la progettazione, l’esecuzione dei lavori e la gestione dell’Opera, la mancata conoscenza dello stato dei luoghi e/o dei relativi elementi, nonché i vizi della progettazione, ancorché redatta dal Concedente, ovvero gli errori od omissioni nella stima degli oneri derivanti dal procedimento ablatorio, ivi inclusi gli indennizzi, ancorché contenuti in atti redatti dal Concedente, qualora, pur potendo e dovendo riconoscere i medesimi vizi o errori/omissioni in relazione alla perizia e alle capacità tecniche dichiarate ai fini della partecipazione alla procedura di gara, il Concessionario non

li abbia rilevati e segnalati per iscritto al Concedente, manifestando espressamente il proprio dissenso. In tali casi, il Concessionario non può avanzare eventuali pretese risarcitorie.

Le clausole contrattuali di cui al comma 2, al fine di una corretta ed equilibrata allocazione dei rischi in capo al Concessionario, recepiscono gli orientamenti giurisprudenziali che pongono l'accento sulla professionalità degli OE partecipanti alle gare e ritengono esigibile un comportamento di diligenza qualificata degli stessi, anche nella verifica del comportamento corretto della PA ad esempio in sede progettuale o espropriativa o, ancora, di indagine dello stato dei luoghi.

Il Contratto accoglie la figura di un Concessionario, per un verso, altamente qualificato e, per altro verso, accorto e responsabile, che non si limita a valutare la bontà dell'investimento esclusivamente sulla base della documentazione progettuale che gli viene sottoposta dal Concedente o a visitare il sito dove sorgerà l'Opera solo poco prima della stipula del Contratto. Al contrario, nel perseguimento degli interessi pubblico e privati sottesi all'Operazione di PPP, il Concessionario, chiamato ad investire il proprio denaro, deve essere convinto del valore dell'Operazione (sul piano sia della progettazione ed esecuzione dell'Opera che della gestione della stessa); è pertanto chiamato a valutare con attenzione e perizia l'adeguatezza delle analisi e indagini svolte e dei relativi esiti nonché, ove necessario, è tenuto ad effettuare preventivamente i dovuti approfondimenti, per comprendere a pieno la realizzabilità e sostenibilità del progetto, in termini tecnici ed economici, e assumersi consapevolmente i rischi che ne derivano.

Il Concessionario, in sintesi, deve essere in grado di valutare la qualità del progetto su cui investe (anche se predisposto dal Concedente) e non può accampare in futuro richieste risarcitorie dovute ad una carenza di istruttoria, né invocare l'intervento di cause di forza maggiore per eventi che avrebbe potuto prevedere se avesse svolto con diligenza i necessari approfondimenti.

Rientra nel rischio di progettazione/costruzione anche l'eventuale rischio ambientale, a meno che non sia difficilmente prevedibile e stimabile.

Con riferimento al rischio di progettazione e/o costruzione, in linea con quanto appena chiarito, assumono particolare rilievo anche le clausole relative alla redazione del progetto esecutivo e al rispetto dei termini contrattuali di sottoposizione degli elaborati progettuali da parte del Concessionario al Concedente per l'approvazione.

Al fine di garantire la tempestiva realizzazione dell'Opera, e responsabilizzare il ruolo del Concessionario, il Contratto prevede due termini, uno che potremmo definire "fisiologico" e l'altro "di tolleranza", per la presentazione del progetto esecutivo ai fini dell'approvazione da parte del Concedente. Il primo termine è quello ordinariamente necessario per predisporre gli elaborati progettuali ed è stabilito all'articolo 5. Il mancato tempestivo rispetto di tale termine comporta l'irrogazione delle penali di cui all'articolo 22. Il secondo termine, che potremmo definire "di tolleranza", è poco maggiore del primo (al massimo pochi mesi in relazione alla complessità del progetto), è ritenuto un termine massimo essenziale e ha carattere perentorio. Il mancato rispetto di tale termine è sanzionato con la risoluzione di diritto del Contratto, ai sensi dell'articolo 1456 del codice civile e dell'articolo 36 del Contratto.

Al riguardo, si richiama l'attenzione dell'Amministrazione concedente sulla necessità di calibrare bene la tempistica descritta. Rispetto ai tempi per la progettazione previsti in offerta e riportati nell'articolo 5 del Contratto, si è infatti ritenuto utile prevedere un margine minimo di recupero di limitati ritardi. Il termine essenziale è quello che non consente di recuperare in fase di costruzione i ritardi maturati in fase di progettazione in quanto la

riduzione dei termini di realizzazione conseguenti al ritardo è tale da pregiudicare la corretta esecuzione dell'Opera. Se il ritardo in fase di progettazione resta limitato, qualora in fase di costruzione dell'Opera i tempi di realizzazione risultassero inferiori a quelli previsti nel Cronoprogramma allegati al Progetto Esecutivo, il tempo recuperato può compensare i corrispondenti maggiori tempi eventualmente accumulati in fase di Progettazione. Resta fermo che, in fase di costruzione dell'Opera, l'esecuzione dei lavori deve essere effettuata "a perfetta regola d'arte", conformemente al progetto esecutivo e a tutti gli allegati al progetto medesimo.

Ogni ritardo e maggior costo per fatti imputabili al Concessionario rientrano nel rischio di progettazione/costruzione e rimangono a suo totale carico.

Altro obbligo rilevante a carico del Concessionario concerne la sottoscrizione del contratto di finanziamento (o di collocamento delle obbligazioni e/o i titoli di cui al *project bond* e in generale del reperimento della liquidità finanziaria) entro il termine perentorio non superiore a 18 mesi dalla sottoscrizione del Contratto, decorso inutilmente il quale la Concessione si intende risolta ai sensi dell'articolo 165, comma 5, del Codice e dell'articolo 36 del Contratto. Con riferimento a tale obbligazione, si rappresenta che in molti Paesi europei la sottoscrizione del contratto di finanziamento deve avvenire contestualmente alla stipula del Contratto di concessione proprio per evitare incertezze significative in ordine al buon esito dell'Operazione di PPP. Sarebbe, pertanto, auspicabile che le Amministrazioni concedenti propendessero per tale ultima soluzione qualora percorribile, ovvero stabilissero in sede di elaborazione dei documenti di gara l'obbligo per il concorrente di allegare all'offerta una lettera dell'istituto bancario di *full commitment* a finanziare il PPP entro un termine ridotto, ad esempio non superiore a 6 mesi e corrispondentemente, in sede contrattuale, la previsione di tempistiche sostenibili il più possibile contenute tra la stipula del Contratto di concessione e la sottoscrizione del contratto di finanziamento. Il bando può altresì prevedere che il Concedente sopporti il rischio di variazione del tasso di interesse base dalla data di offerta alla data di sottoscrizione del contratto, qualora il tempo intercorrente tra tali date non sia in alcun modo influenzato negativamente dal comportamento del Concessionario.

Con riferimento al rischio di disponibilità, assumono particolare rilievo le clausole che attribuiscono al Concessionario le obbligazioni di mantenere l'Opera e di erogare tutti i servizi previsti nel Contratto e nel capitolato di gestione che definisce in dettaglio i livelli delle prestazioni e gli indicatori di performance. L'Amministrazione concedente ha il dovere di strutturare tali previsioni con grande diligenza, prestando adeguata attenzione ai profili di qualità e tempestività dell'adempimento e responsabilità del Concessionario. In particolare, si richiama l'attenzione sulla necessità di definire *Key Performance Indicator* (KPI) per declinare il concetto di disponibilità delle opere e qualità dei servizi. Un KPI in un contratto di PPP deve necessariamente guardare al risultato e non alle attività che l'OE deve compiere o al processo. Pertanto, ciò che conta in un PPP è la qualità del servizio e la disponibilità dell'Opera e non tanto le singole attività che l'OE deve porre in essere per garantire questi risultati.

Il Contratto prevede, poi, a carico del Concessionario una serie di obblighi informativi, di produzione documentale e amministrativi, strumentali ad assicurare la corretta e trasparente gestione della concessione e la verifica da parte del Concedente del rispetto di quanto convenuto.

Tra le varie previsioni, si segnalano l'obbligo di organizzare una banca dati (o una piattaforma informatica) contenente ogni dato, documento, informazione e notizia concernente l'adempimenti delle prestazioni contrattuali, alimentata dal Concessionario e

accessibile dal Concedente in tempo reale; l'obbligo di trasmettere al Concedente, prima della stipula, copia del Contratto di finanziamento e di tutti i documenti allegati da sottoscrivere e poi, dopo la sottoscrizione, copia del contratto di finanziamento e di tutti i documenti allegati sottoscritti con l'ente/gli enti finanziatori, nonché eventuali contratti di copertura del rischio di variazione dei tassi di interesse con i relativi allegati; l'obbligo di mantenere le garanzie e le coperture assicurative prestate; l'obbligo di informare tempestivamente il Concedente della sussistenza di fatti o circostanze in grado di configurare, anche solo potenzialmente, presupposto per la mancata erogazione o decadenza dal beneficio del termine delle linee di credito concesse al Concessionario dal contratto di finanziamento, ovvero presupposto per l'esercizio da parte dei finanziatori di facoltà volte a limitare l'operatività del Concessionario (incluso l'utilizzo delle risorse finanziarie) o per l'escussione di garanzie o impegni previsti nel contratto di finanziamento a carico del Concessionario o dei soci; l'obbligo di informare tempestivamente il Concedente di eventi o circostanze che possono avere effetti pregiudizievoli sulla concessione o sulla capacità del Concessionario di adempiere alle obbligazioni del Contratto; l'obbligo di trasmettere periodicamente (con cadenza concordata tra le Parti) la documentazione economica e finanziaria relativa alla Concessione, da indicare in dettaglio nel Contratto. Quest'ultimo obbligo dovrebbe riguardare documenti quali ad esempio i bilanci, il PEF aggiornato sulla base della gestione effettiva, le informazioni richieste dal sistema di monitoraggio delle Operazioni di PPP. A tal fine, è fondamentale sottolineare l'importanza di formulare capitolati da allegare al Contratto chiari e dettagliati.

L'adempimento degli obblighi informativi deve avvenire entro un termine preciso, stabilito dalle Parti nel Contratto (comma 6). L'Amministrazione concedente può valutare di collegare al mancato rispetto del termine previsto nel Contratto conseguenze sanzionatorie dell'inadempimento, comunque proporzionate alla natura dell'obbligo informativo.

Il Concessionario deve prestare assistenza in buona fede al Concedente in caso di eventuali controlli (inclusa l'attività di collaudo in corso d'Opera) e non deve ostacolare l'esercizio dei poteri del Concedente.

Restano a carico del Concessionario tutti gli oneri relativi allo svolgimento delle attività necessarie per il corretto e completo adempimento delle obbligazioni ad esso riconducibili previste nel Contratto, nei documenti contrattuali, nella documentazione progettuale e nel capitolato di gestione.

#### **ART. 12 – RESPONSABILITA' DEL CONCESSIONARIO**

L'articolo introduce una norma di "chiusura" rispetto agli obblighi a carico del Concessionario declinati nel Contratto, ribadendo in coerenza con il principio di trasferimento dei rischi al Concessionario, che lo stesso rimane l'unico e solo responsabile, nei confronti del Concedente, della perfetta esecuzione del Contratto.

#### **ART. 13 – OBBLIGHI IN TEMA DI TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI**

L'articolo declina puntualmente nel Contratto, gli obblighi stabiliti dall'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 in ordine agli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari.

#### **ART. 14 – FORZA MAGGIORE**

La clausola che disciplina la Forza maggiore necessita di particolare attenzione da parte dell'Amministrazione concedente, in quanto il verificarsi di determinati eventi

potrebbe causare un'alterazione dell'equilibrio economico finanziario dell'Operazione con conseguenze importanti da considerare.

È necessario che gli eventi di forza maggiore siano definiti espressamente in un elenco esaustivo e tassativo, nel rispetto delle indicazioni fornite dalla guida EPEC-Eurostat, " *Theme 6 - Compensation, relief and force majeure events*" in ordine alla specificità degli eventi e alla tassatività della relativa enunciazione.

Il comma 1 del Contratto riproduce gli eventi di forza maggiore indicati come tali da EPEC ed Eurostat. Ciò non toglie che le Parti possano intervenire nella selezione degli eventi di forza maggiore a cui intendono dare rilievo nel Contratto, rispettando rigorosamente taluni criteri.

L'elenco, condiviso tra le Parti, deve anzitutto tener conto delle caratteristiche specifiche dell'Opera, dei Servizi, del contesto territoriale in cui l'Opera sorge e i Servizi devono essere erogati.

Inoltre, il singolo evento deve configurarsi come eccezionale in concreto con riferimento a criteri oggettivi di definizione.

Ad esempio, i disastri naturali, secondo le indicazioni fornite da Eurostat, possono ritenersi eventi di forza maggiore se sono riconosciuti come catastrofici.

In generale, l'eccezionalità di un evento è quantificato specificandone la probabilità di accadimento ovvero il tempo di ritorno.

È evidente che affinché l'evento possa essere considerato eccezionale deve andare oltre le previsioni stabilite dalle norme di settore. Si consideri, ad esempio, nella materia della sicurezza delle costruzioni, il decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, adottato di concerto con il Ministro dell'interno, del 17 gennaio 2018, recante "Aggiornamento delle norme tecniche per le costruzioni". Dette norme tecniche per le costruzioni fissano i requisiti di sicurezza che devono possedere le opere e definiscono le azioni da prendere in considerazione in fase di progetto e di costruzione di un'opera.

Gli eventi naturali (quali ad esempio terremoti, vento, neve, ecc.) si traducono di fatto in azioni che agiscono sull'opera (azione sismica, azione del vento, azione della neve, ecc.) per le quali le suddette norme tecniche fissano l'entità delle azioni stesse, la probabilità di accadimento (o il tempo di ritorno) ed altri parametri e grandezze significative, in ragione della tipologia e uso dell'opera nonché della sua localizzazione.

A titolo esemplificativo:

- ✓ per la neve ed il vento le norme stabiliscono l'azione di progetto in funzione delle condizioni locali di clima e di esposizione e di altri parametri; salvo che non siano stati svolti specifici studi, i carichi dovuti alla neve ed al vento non possono essere assunti minori di quelli indicati dalle norme stesse, cui corrispondono valori associati ad un tempo di ritorno pari a 50 anni;
- ✓ nel caso della progettazione e/o costruzione di un ponte che interessa un corso d'acqua naturale o artificiale, le norme stabiliscono che si deve tener conto di livelli di piena con tempo di ritorno pari a 200 anni;
- ✓ per quanto concerne il sisma le norme definiscono le azioni da prendere in considerazione, a partire dalla pericolosità sismica di base del sito di costruzione e stabiliscono la probabilità di superamento in ragione della gravosità della verifica da effettuare; ad esempio nel caso della verifica dello stato limite di collasso la probabilità di superamento è fissata al 5%;

- ✓ le norme tecniche definiscono, inoltre, come azioni eccezionali quelle che si presentano in occasione di eventi quali incendi, esplosioni ed urti, stabilendo che è opportuno che le costruzioni possiedano un grado adeguato di robustezza, in funzione del loro uso, e che siano individuati in fase di progettazione gli scenari di rischio e le azioni eccezionali rilevanti.

Pertanto affinché un evento possa essere riconosciuto ai fini della forza maggiore deve presentare caratteri di eccezionalità (in termini di intensità, durata, probabilità/tempo di ritorno, ecc.) più gravosi rispetto a quelli normativamente previsti nell'ambito di una corretta progettazione e costruzione. Inoltre, deve necessariamente configurarsi come: a) imprevedibile e inevitabile; b) derivante da una causa esterna autonoma rispetto alla condotta delle Parti e da sola sufficiente a farlo verificare; c) indiscutibilmente scollegato dalla responsabilità del Concessionario, che deve aver messo in atto tutti gli accorgimenti atti ad evitare o contenere l'evento; d) impattante in maniera significativa sull'asset e/o sul servizio.

Tra gli eventi di forza maggiore non è possibile considerare gli shock di natura economica e finanziaria, anche se imprevedibili, in linea con la guida EPEC-Eurostat, paragrafo 6.1.3, che escludono espressamente i cambiamenti nelle condizioni macroeconomiche dalla definizione di forza maggiore.

Il rispetto delle condizioni esposte è necessario ad escludere il rischio di un'alta criticità nel trattamento statistico dell'Operazione, vale a dire della riclassificazione *on-balance* della stessa.

Il Contratto disciplina le cause di forza maggiore prevedendo un obbligo, a carico della Parte che non può adempiere le prestazioni pattuite in quanto la prestazione è divenuta impossibile, anche solo temporaneamente, di darne immediata comunicazione alla controparte, descrivendo le cause che hanno determinato l'evento, gli effetti prodotti e i rimedi che intende attivare.

Qualora l'evento di forza maggiore sia tale da comportare l'impossibilità temporanea di adempiere alle prestazioni negoziali si applicano gli articoli 20 e 27 del Contratto che disciplinano la sospensione con eventuale proroga. Sarebbe auspicabile che le stazioni appaltanti nella predisposizione dei bandi di gara prevedano la possibilità di coperture assicurative per i danni cagionati da tali eventi, a mitigazione del rischio. In tal caso, pertanto, è escluso il riequilibrio, venendone meno i presupposti.

Qualora l'evento di forza maggiore sia tale da comportare l'impossibilità definitiva di adempiere alle prestazioni negoziali, realizzare l'Opera o fruire della medesima, ovvero l'impossibilità temporanea si protragga per un periodo non inferiore a 180 giorni consecutivi, ciascuna parte può invocare la risoluzione del Contratto ai sensi dell'articolo 1463 del codice civile, con le conseguenze economiche disciplinate. Le Parti, in base alla durata del contratto, possono prevedere durate della sospensione maggiori per la possibilità di invocare la risoluzione del contratto.



## SEZIONE IV – PROGETTAZIONE E COSTRUZIONE

### ART. 15 – ESECUZIONE DEI LAVORI: APPALTI E SUBAPPALTI

L'articolo 184, comma 2, del Codice prevede che i lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte della Società di progetto si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalla Società medesima ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedono obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi.

La previsione, recepita nel Contratto, precisa che i lavori e i servizi possono essere affidati dalla Società di progetto ai soci senza gara ovvero a imprese terze nel rispetto dei principi dettati dal Codice.

Nel primo caso, l'affidamento di lavori e servizi non richiede una procedura selettiva in quanto gli stessi si considerano realizzati e prestati direttamente dalla Società. Tale scelta legislativa è funzionale a valorizzare il ricorso alla Società di progetto e la partecipazione alla stessa. I soci della Società di progetto non sono considerati soggetti terzi rispetto alla Società e quindi non necessitano di selezione ulteriore rispetto a quella già effettuata dalla Società medesima. Rimane opportuno per l'Amministrazione concedente chiarire, in sede di bando e nel Contratto, se l'affidamento diretto in favore dei soci valga solo per quelli originari che hanno partecipato alla gara e ne sono stati aggiudicatari ovvero anche per quelli subentranti in un momento successivo.

Nel secondo caso, se il Concessionario è anche un'amministrazione aggiudicatrice si procede mediante procedura ad evidenza pubblica; mentre nel caso in cui il Concessionario non sia un'amministrazione aggiudicatrice si applicano le previsioni di cui all'articolo 174 del Codice in materia di subappalto (si veda il Parere del Consiglio n. 823 del 28 aprile 2020). L'indicazione delle parti del contratto di concessione che si intendono subappaltare a terzi deve essere espressa in sede di offerta. Al riguardo, si evidenzia che per le concessioni non sono disposti limiti quantitativi al subappalto. Spetta quindi all'Amministrazione concedente valutare se inserire o meno un tale limite nel bando, motivando l'imposizione dello stesso avendo a riferimento la natura dell'affidamento e del contesto in cui si realizza lo stesso.

Il Concessionario, anche in caso di subappalto, resta responsabile in via esclusiva nei confronti del Concedente.

### ART. 16 – RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO, DIRETTORE DEI LAVORI E DIRETTORE DELL'ESECUZIONE

Il Contratto si limita a richiamare le previsioni di cui all'articolo 101 del Codice, del decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti 7 marzo 2018, n. 49 e delle Linee Guida ANAC n. 3/2016, rinviando *tout court* alla relativa disciplina. Alla data di entrata in vigore del Regolamento di esecuzione del Codice, di cui all'articolo 216, comma 27-octies, i riferimenti alle Linee Guida ANAC e ai decreti ministeriali dovranno essere modificati, in questo articolo e in generale in tutto il contratto, con le corrispondenti norme del Regolamento.

## **ART. 17 – COLLAUDO**

Il Collaudo è finalizzato all'accertamento progressivo della regolare esecuzione dei lavori mediante visite in corso d'Opera con la cadenza che il Concedente ritiene adeguata. In particolare, è necessario che vengano effettuati sopralluoghi durante l'esecuzione dei lavori con riferimento alle caratteristiche strutturali delle opere e a quelle lavorazioni particolarmente significative la cui verifica risulti impossibile o particolarmente complessa successivamente all'esecuzione.

Il Contratto richiama espressamente l'Articolo 102 del Codice.

L'Amministrazione concedente, laddove sia previsto un contributo a carico della P.A., dovrebbe affiancare l'attività di collaudo con un'attività di contestuale verifica contabile degli investimenti (costo di costruzione), al fine di riuscire a determinare e liquidare l'effettivo credito dell'esecutore sulla base del raffronto tra dati di fatto, documenti contabili e dati di progetto. In tal modo, potrebbe verificare sia l'esecuzione a regola d'arte dell'Opera sia la corrispondenza del costo a consuntivo della stessa rispetto a quanto previsto nel PEF (e nei computi metrici estimativi). Peraltro, qualora la verifica contabile effettuata in fase di collaudo dovesse palesare risparmi di spesa, il relativo beneficio spetterebbe comunque al Concessionario che sostiene in pieno il rischio di costruzione.

Gli oneri per lo svolgimento delle attività di collaudo devono essere indicati nel quadro economico dell'Opera.

Il collaudo finale, in aderenza a quanto previsto dall'articolo 102, comma 3, del Codice, è effettuato entro sei mesi dall'ultimazione dei lavori; solo per le opere di particolare complessità, come definite nell'ambito del Regolamento di esecuzione del Codice, di cui all'articolo 216, comma 27-octies, il termine per l'effettuazione del collaudo finale può essere elevato fino a 12 mesi.

## **ART. 18 – ESPROPRIAZIONI**

Il Concedente è autorità espropriante ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327. Esso può tuttavia valutare in sede di bando di gara e decidere di delegare, in tutto o in parte, i propri poteri al Concedente con le conseguenze che ne derivano in termini di obbligazioni e responsabilità.

## **ART. 19 – MODIFICHE DEL CONTRATTO**

L'articolo 175 del Codice disciplina le ipotesi tassative nelle quali il Contratto di concessione può essere modificato durante il periodo di efficacia, senza una nuova procedura di aggiudicazione, attraverso la sottoscrizione di atti aggiuntivi.

Sul punto, il Codice recepisce integralmente le disposizioni dell'articolo 43 della Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Ai fini della corretta applicazione del Codice e della conseguente definizione del Contratto di concessione, pertanto, è di fondamentale importanza tener conto delle intenzioni del legislatore comunitario, esternate oltre che all'articolo 43 della Direttiva, nei considerando 75-79 che forniscono precisi chiarimenti in ordine alle ipotesi di modifica delle concessioni e ai casi nei quali è necessario l'espletamento di una nuova procedura di gara.

### **Direttiva Concessioni 2014/23/UE**

(75) I contratti di concessione generalmente comportano disposizioni tecniche e finanziarie complesse e di lunga durata, soggette ai mutamenti delle circostanze. È pertanto necessario precisare, tenendo conto della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia, le condizioni alle quali le modifiche di una concessione durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di aggiudicazione della concessione. Una nuova procedura di concessione è necessaria quando vengono apportate modifiche sostanziali alla concessione iniziale, in particolare al campo di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la ripartizione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare termini o condizioni essenziali della concessione in questione. Ciò si verifica, in particolare, quando le condizioni modificate avrebbero inciso sull'esito della procedura nel caso in cui fossero state parte della procedura sin dall'inizio. Le modifiche della concessione comportanti una modifica minore del valore del Contratto sino a un determinato livello dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura di concessione. A tal fine e allo scopo di garantire la certezza giuridica, la presente direttiva dovrebbe prevedere soglie minime, al di sotto delle quali non è richiesta una nuova procedura di aggiudicazione. Le modifiche della concessione al di sopra di tali soglie dovrebbero essere possibili senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione nella misura in cui tali modifiche soddisfino talune condizioni. Potrebbe essere il caso, per esempio, di modifiche dettate dalla necessità di accogliere richieste delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori riguardanti la sicurezza, tenuto conto delle specificità di attività come, ad esempio, la gestione di impianti sportivi o turistici in montagna, qualora la legislazione sia suscettibile di evolversi per affrontare i rischi correlati, nella misura in cui tali modifiche soddisfino le pertinenti condizioni stabilite dalla presente direttiva.

(76) Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono trovarsi ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato la concessione, in particolare quando l'esecuzione della concessione copre un periodo lungo. In questi casi è necessaria una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione. Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile. Tale principio non può tuttavia applicarsi qualora una modifica comporti una variazione della natura complessiva della concessione, ad esempio con la sostituzione dei lavori da eseguire o dei servizi da prestare con qualcosa di diverso, oppure attraverso un cambiamento sostanziale del tipo di concessione poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato. Per le concessioni aggiudicate allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II, qualsiasi aumento di valore che non richieda una nuova procedura di aggiudicazione non dovrebbe essere superiore al 50 % del valore della concessione iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione dovrebbe applicarsi al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non dovrebbero essere finalizzate a eludere la presente direttiva.

(77) In linea con i principi di parità di trattamento e di trasparenza, l'aggiudicatario non dovrebbe essere sostituito da un altro Operatore economico, ad esempio in caso di cessazione della concessione a motivo di carenze nell'esecuzione, senza riaprire la concessione alla concorrenza. Tuttavia, in corso d'esecuzione della concessione, in particolare qualora sia stata aggiudicata ad un raggruppamento di Operatori economici, l'aggiudicatario dovrebbe poter subire talune modifiche strutturali dovute, ad esempio, a riorganizzazioni puramente interne, incorporazioni, fusioni e acquisizioni oppure insolvenza.

Tali modifiche strutturali non dovrebbero automaticamente richiedere nuove procedure di aggiudicazione per la concessione eseguita da tale aggiudicatario.

(78) Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero avere la possibilità di prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione, ma senza che tali clausole conferiscano loro una discrezionalità illimitata. La presente direttiva dovrebbe pertanto stabilire in quale misura possano essere previste modifiche della concessione iniziale. Si dovrebbe pertanto precisare che clausole di revisione o di opzione formulate con sufficiente chiarezza possono ad esempio prevedere indicizzazioni dei prezzi o garantire, per esempio, che le apparecchiature di comunicazione da fornire per un determinato periodo di tempo restino adeguate anche in caso di modifica dei protocolli di comunicazione o di altre modifiche tecnologiche. Dovrebbe inoltre essere possibile, mediante clausole sufficientemente chiare, prevedere adattamenti della concessione che si rendano necessari a seguito di difficoltà tecniche apparse durante l'esecuzione o la manutenzione. Si dovrebbe inoltre ricordare che le concessioni potrebbero, ad esempio, comprendere la manutenzione ordinaria e prevedere interventi di manutenzione straordinaria che possono risultare necessari per garantire continuità nell'erogazione di un servizio pubblico.

(79) Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori potrebbero dover fronteggiare situazioni in cui si rendano necessari lavori o servizi supplementari. In tal caso, e purché siano soddisfatte le condizioni previste dalla presente direttiva dovrebbe considerarsi giustificata una modifica della concessione iniziale senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione.

Alla luce del dettato della Direttiva e dell'articolo 175 del Codice, l'Amministrazione concedente ha il dovere di verificare, caso per caso, prima di attivare l'articolo del Contratto in discussione, se le modifiche da apportare con atto aggiuntivo erano già previste nei documenti di gara iniziali e se le stesse assumano carattere sostanziale o meno.

Nel caso in cui, i documenti di gara iniziali abbiano previsto in *clausole chiare, precise e inequivocabili* le modifiche al Contratto inidonee ad alterare la natura generale della concessione, e abbiano altresì provveduto a dettagliarne la portata, la natura e le condizioni alle quali le modifiche stesse possono essere impiegate, ogniqualvolta queste modifiche non assumono carattere *sostanziale* nei termini stabiliti dall'articolo 175, comma 7, del Codice, il Concedente può procedere all'affidamento diretto del lavoro o del servizio aggiuntivo in favore del Concessionario. Nell'ipotesi in cui, invece, le modifiche non siano state previste nei documenti di gara iniziali, l'Amministrazione concedente dovrà effettuare un'adeguata istruttoria per accertare se la fattispecie rientri o meno nella previsione dell'articolo 175, commi 1 e 4, del Codice e motivare congruamente la scelta di procedere ad affidamento diretto.

Si ricorda che l'articolo 175, comma 2, del Codice prevede che per le concessioni aggiudicate da Amministrazioni aggiudicatrici allo scopo di svolgere attività diverse da quelle di cui all'Allegato II dello stesso, per i casi di cui al comma 1, lettere a), b) e c) si può procedere alla modifica del contratto senza una nuova procedura di gara se il valore complessivo delle modifiche considerate complessivamente non eccede il limite del 50% del valore iniziale della concessione. Ai fini del calcolo di tale valore, ai sensi dell'articolo 175, comma 6, del Codice si considera il valore aggiornato della concessione ottenuto moltiplicando il valore iniziale della concessione per il coefficiente di indicizzazione, quando il contratto prevede una clausola di indicizzazione, o l'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati al netto dei tabacchi.

Qualora le modifiche al Contratto presentino carattere sostanziale, alterando in modo considerevole gli elementi essenziali dell'assetto concessorio e negoziale originariamente pattuito, il Concedente non potrà procedere con affidamento diretto ma dovrà necessariamente indire una nuova procedura di gara. Il riferimento al carattere sostanziale rimanda a tutte quelle modifiche che: a) se previste sin dall'inizio nei documenti di gara, avrebbero inciso sull'esito della procedura iniziale, consentendo l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata oppure una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione; b) alterano l'equilibrio economico della concessione a favore del Concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale, quasi in modo da portare a un *aliud pro alio* di rilevante entità; c) estendono notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; d) portano alla sostituzione del Concessionario in casi diversi da quelli disciplinati dall'articolo 175, comma 1, lettera d), del Codice (cfr. Corte giust. Comm. UE 19 giugno 2008, causa n. C-454/06).

In sintesi, fuori dai casi tipizzati dal legislatore, il Contratto nei suoi elementi essenziali non può essere modificato attraverso una semplice rinegoziazione delle condizioni con il soggetto scelto come contraente a seguito di procedura ad evidenza pubblica. Ed anche in caso di modifica tassativa, è, comunque, vietata la proroga della concessione (cfr. parere Comitato economico e sociale sul "Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico privato (PPP)" 2001/C 14/19).

Coerentemente con la *ratio* delle previsioni esaminate, il Contratto chiarisce che le modifiche contrattuali non possono in ogni caso determinare una maggiore redditività per il Concessionario, né alterare l'allocazione dei rischi. Dette modifiche inoltre comportano l'aggiornamento del PEF, inteso come procedura volta a interiorizzare le modifiche richieste dall'Amministrazione, sulla base dei dati di *input* definiti dal Concedente.

Il Contratto chiarisce che l'esecuzione dei lavori supplementari e/o varianti in corso d'Opera ovvero l'erogazione dei servizi aggiuntivi è subordinata all'approvazione dei relativi progetti da parte del Concedente.

La determinazione dei costi dei lavori e di gestione, derivanti dalla modifica contrattuale, è effettuata anche attraverso la procedura del *value testing*. Si tratta di una procedura comparativa attraverso la quale il Concedente raccoglie almeno due preventivi da operatori equipollenti per la realizzazione delle stesse Opere o degli stessi servizi supplementari. Tali preventivi saranno confrontati con quello offerto dal Concessionario e il valore medio tra i tre sarà utilizzato come dato di *input* per l'aggiornamento del PEF. Tale sistema trova applicazione, a meno che il Contratto non definisca una diversa metodologia chiara, *ex ante*, per la definizione dei suddetti valori che dovranno essere inseriti nel PEF per il suo aggiornamento.

Tale metodologia per i servizi aggiuntivi potrebbe essere fissata nel capitolato di gestione.

In caso di modifiche al contratto, già inizialmente previste negli atti di gara, invece, il Contratto dovrebbe prevedere le modalità di valorizzazione dell'eventuale variante, ad esempio, utilizzando il prezzario regionale in vigore al momento dell'approvazione della variante, con applicazione dello sconto offerto dal Concessionario in sede di gara.

L'eventuale aumento di valore determinato da una o più modifiche non può in ogni caso superare il 50% del valore della concessione iniziale. È evidente che tale limite deve tenere conto anche del limite del 49% del contributo pubblico, il che comporta che il limite massimo di contributo pubblico deve essere calcolato sul valore derivante dalla somma del

valore iniziale della concessione e del valore delle varianti (es. valore iniziale 100 + valore varianti 40 - il 49% del contributo deve essere calcolato su 140).

In tutti i casi di modifica della concessione concernente i lavori, l'allocazione del rischio di costruzione rimane a totale carico del Concessionario, unico e pieno responsabile della progettazione ed esecuzione dei lavori resisi necessari.

**FOCUS**

**Variati in corso d'Opera e lavori supplementari - modalità di pagamento**

Nel caso di modifiche alla concessione comportanti varianti o lavori supplementari richieste dal Concedente, si pone la necessità di definire le modalità di remunerazione del Concessionario tenuto all'esecuzione dei lavori [o servizi] aggiuntivi.

In tale circostanza, la PA può ricorrere a due soluzioni:

- a. pagamento dell'importo della variante o dei lavori mediante corresponsione della parte del relativo prezzo di sua competenza, e quindi attraverso un pagamento in conto capitale a valere sul bilancio della PA, che può essere coperto anche con l'accensione di un finanziamento a carico della stessa, qualora non impatti sui limiti di indebitamento; in tal caso si procederà all'aumento del valore iniziale della concessione, senza procedere a variazioni del PEF;
- b. pagamento attraverso la gestione del Contratto, in tal caso sarà necessario un aggiornamento del PEF, con aumento del valore dell'investimento. L'aggiornamento del PEF, al fine di non generare extra redditività per il concessionario, dovrà essere effettuato a parità di indicatori di redditività (VAN e TIR). L'aggiornamento potrà essere effettuato, a titolo esemplificativo, attraverso un incremento dei canoni di disponibilità (preferibile).

**ART. 20 – SOSPENSIONE E PROROGA DELL'ATTIVITA' DI COSTRUZIONE**

Il Contratto disciplina le ipotesi di sospensione, ed eventuale proroga, delle attività di costruzione.

Il Concessionario non può mai sospendere unilateralmente l'esecuzione dei lavori, salvo che non ricorrano oggettive ragioni di sicurezza.

La sospensione totale o parziale dei lavori può essere disposta in ragione di circostanze oggettive, imprevedibili e imprevedibili, idonee ad impedire temporaneamente l'esecuzione a regola d'arte dei lavori, per il tempo strettamente necessario alla cessazione delle cause che hanno comportato l'interruzione dei lavori e alla ripresa dei lavori medesimi.

L'esecuzione dei lavori può essere sospesa tassativamente in tre circostanze.

In primo luogo, la sospensione è consentita al ricorrere di circostanze speciali impeditive, in via temporanea, dell'utile prosecuzione dei lavori a regola d'arte. Possono rientrare nella casistica in esame, a titolo esemplificativo, eventi come: scioperi, fatta eccezione per quelli che riguardano il Concessionario o terzi affidatari di lavori o servizi; atti vandalici, di ostilità o sabotaggio; indisponibilità di alimentazione elettrica, gas o acqua per

cause non imputabili al Concessionario o a terzi affidatari di lavori o servizi; impossibilità per fatto del terzo di accedere a materie prime e/o servizi necessari alla realizzazione dell'intervento.

In secondo luogo, è prevista la sospensione dei lavori per ragioni di necessità e di interesse pubblico.

In entrambi i casi predetti, qualora la sospensione o le sospensioni siano superiori a un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori o superino, comunque, i sei mesi complessivi, e determinino l'alterazione dell'equilibrio economico finanziario, si avvia la procedura di revisione del piano economico finanziario.

La terza circostanza prevista nel Contratto è la forza maggiore di cui all'articolo 14.

È opportuno considerare con riferimento a queste previsioni che: a) in caso di sospensione parziale dei lavori, il Concessionario è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mantenendo in funzione il cantiere; b) in caso di sospensione totale dei lavori, il Concessionario che per cause a lui non imputabili sia impossibilitato a recuperare il periodo di sospensione e ultimare i lavori nel termine fissato può chiedere la proroga; c) il Concessionario può rientrare dei maggiore oneri cagionati dalle sospensioni attraverso le coperture assicurative appositamente stipulate per tali eventi.

## **ART. 21 – CONTRIBUTO**

La corresponsione del contributo è, in linea di principio, un elemento non essenziale per la realizzazione di un'operazione efficiente di PPP. Tuttavia, in base alla tipologia di Opera da realizzare e agli obiettivi che si intendono perseguire, l'Amministrazione concedente può prevedere la corresponsione, in favore del Concessionario, di un contributo a titolo di prezzo, ai soli fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario, ai sensi degli articoli 165, comma 2, e 180, comma 6, del Codice.

L'articolo 180, comma 6, prevede che ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara, l'Amministrazione aggiudicatrice possa stabilire un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'Amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico finanziario della concessione.

In ogni caso, è opportuno sottolineare che la stazione appaltante è chiamata a valutare con attenzione in sede di strutturazione di una specifica operazione di PPP, già prima della stesura del bando, la duplice scelta sia di riconoscere un contributo a titolo di prezzo sia di definire il relativo ammontare.

In effetti, per un verso il Codice prevede che l'eventuale riconoscimento del contributo a titolo prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della PA (per esempio, partecipazione alle quote della Società di progetto, agevolazioni fiscali, etc.), non possa superare il 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari, al fine di distinguere la tipologia contrattuale della concessione dall'appalto. Per altro verso, tuttavia, in ottemperanza alle regole Eurostat e al fine di assicurare la classificazione off balance dell'operazione, la predetta percentuale di contributo non dovrebbe superare in ogni caso il 30%

dell'ammontare complessivo dell'investimento, essendo il contributo una variabile rilevante idonea a condurre facilmente alla riclassificazione dell'operazione a debito.

Per costo dell'investimento complessivo si intendono, ai sensi dell'articolo 180, comma 6, del Codice, le seguenti voci: costo investimento iniziale (comprensivo dei costi di progettazione), spese tecniche (incluse le spese di collaudo), oneri di strutturazione finanziaria e oneri finanziari capitalizzati. Non vi rientrano, per ragioni giuridiche e contabili, le spese per manutenzione, che configurano componenti rilevanti della gestione tecnica e funzionale dell'Opera remunerata con il canone di disponibilità.

Si consideri che le possibili forme di finanziamento e garanzia pubbliche rilevanti ai fini della classificazione statistica dell'Operazione sono trattate nella Guida EPEC "The statistical treatment of the PPPs", nella quale si rammenta altresì che le forme di partecipazione all'*equity* da parte del Concedente o l'erogazione di un prestito subordinato hanno un "peso specifico maggiore".

Il contributo pubblico, una volta definito nell'ammontare, sempre inteso al netto dell'IVA, deve essere versato dal Concedente al Concessionario, rigorosamente a Stato d'avanzamento lavori (SAL) e il saldo a collaudo avvenuto.

Si rammenta che se l'Amministrazione ha le risorse finanziarie disponibili, è opportuno prevedere una parte del pagamento a SAL e una parte al collaudo piuttosto che l'intero pagamento al collaudo al fine di evitare l'aumento degli oneri finanziari capitalizzati a carico dell'OE.

In ogni caso, la corresponsione del contributo non può mai essere scollegata o prescindere dall'effettiva realizzazione dell'Opera o di parte di essa ovvero non proporzionata ai lavori realizzati in concreto, nel rispetto delle condizioni prestabilite di costruzione e manutenzione dell'Opera definite dal progetto e dai capitolati approvati.

Alla luce di tutto ciò, si invitano le Amministrazioni a tener conto dei principi Eurostat nella definizione dell'ammontare del contributo.

Infine, allo scopo di garantire certezza e tempestività dei pagamenti in favore del Concessionario delle somme dovute, il Contratto scandisce termini e responsabilità in ordine agli stessi.

## **ART. 22 – DECURTAZIONI E PENALI PER RITARDI IN FASE DI PROGETTAZIONE E DI COSTRUZIONE**

L'inadempimento del Concessionario, in fase di progettazione ed esecuzione dell'Opera, che comporti ritardi rispetto al termine di consegna dell'Opera stabilito nel Contratto, deve essere adeguatamente sanzionato, in coerenza con l'effettivo trasferimento dei rischi di progettazione e di costruzione, prevedendo una corrispondente riduzione della durata della gestione dell'Opera.

Qualora il Concessionario consegni l'Opera in ritardo, lo stesso sarà sanzionato con la riduzione della durata della gestione per tanti giorni quanti sono i giorni di ritardo, e altresì con l'irrogazione, indipendentemente dalla prova del danno, di una penale. Nel Contratto è possibile prevedere, infatti, accanto alla riduzione dei tempi di gestione una penale per i giorni di ritardo nella consegna dell'Opera al fine di responsabilizzare l'operatore economico, quale effettivo partner, nel perseguimento degli obiettivi strategici di cura dell'interesse pubblico insita nell'operazione di PPP. Ciascuna amministrazione è chiamata a definire in relazione alla specifica operazione di PPP il valore della penale in percentuale all'importo totale dei lavori al netto dell'IVA, fermo restando la ragionevolezza della

sanzione stabilita e prestando attenzione ai profili di bancabilità dell'operazione complessivamente intesa.

Per semplificare le procedure di incasso delle somme derivanti dall'applicazione delle penali, il Contratto disciplina, qualora la concessione preveda il Contributo, la decurtazione delle relative somme dagli importi risultanti nel certificato di pagamento relativo al saldo del Contributo successivo al collaudo finale dell'Opera con esito positivo. Qualora la concessione non preveda il Contributo o se lo stesso sia insufficiente, il Concedente si rivale direttamente sulla garanzia fideiussoria.

Qualora infine l'importo dovuto dal Concessionario a titolo di penale sia superiore a un determinato tetto di valore, che l'Amministrazione concedente è chiamata a computare sull'importo totale dei lavori al netto dell'IVA, il che significa qualora il ritardo abbia superato una soglia massima fissata dal Concedente, lo stesso può risolvere il Contratto.



## SEZIONE V – GESTIONE

### ART. 23 - FASE DI GESTIONE

La gestione dei Servizi rappresenta il fulcro dello schema di Contratto. È attraverso la gestione che si generano i ricavi volti a remunerare l'investimento.

La fase di gestione ha inizio a seguito del collaudo dell'Opera con esito positivo.

Il Concessionario è responsabile in via diretta nei confronti del Concedente della corretta erogazione di tutti i servizi oggetto del Contratto, anche in caso di subappalto/affidamento a terzi o affidamento diretto ai soci della Società di progetto.

Relativamente all'affidamento diretto da parte del Concessionario ai propri soci, l'articolo richiama la disciplina degli articoli 174, comma 2, e 184, comma 2, del Codice, stabilendo la necessità di regolamentare le modalità di affidamento tramite apposito atto contrattuale.

Si ricorda che, come già indicato nella parte relativa ai lavori, il Concessionario che è anche un'amministrazione aggiudicatrice può affidare la gestione a terzi ricorrendo alle procedure di appalto previste dal Codice; mentre il Concessionario che non è amministrazione aggiudicatrice ricorre al subappalto.

In linea di principio, il Concessionario, qualora soggetto privato, dovrebbe poter organizzare liberamente la propria attività imprenditoriale, tra la quale rientra la scelta dei fornitori e dei subappaltatori. Del resto la struttura del contratto, basata sulla corretta allocazione dei rischi anche attraverso il sistema dei KPI e la conseguente riduzione del Canone in caso di mancato raggiungimento dei livelli delle prestazioni, contiene garanzie sufficienti per il Concedente e adeguati incentivi per il Concessionario.

### ART. 24 – SERVIZI DI DISPONIBILITÀ E ACCESSORI

Il Contratto indica i servizi di disponibilità e accessori che il Concessionario deve fornire. L'enunciazione dei servizi in un articolo specifico è fondamentale in quanto consente di sintetizzare le prestazioni del Concessionario che garantiscono la piena disponibilità dell'Opera.

Si rammenta che il successo di un'operazione di PPP presuppone la redazione di un dettagliato Capitolato di Gestione nel quale devono essere chiaramente indicate non solo le caratteristiche dei servizi ma anche gli indicatori di performance, in base ai quali monitorare la corretta gestione del servizio. Tali indicatori, che possono essere inseriti in un apposito allegato, devono essere correlati ai risultati che l'Amministrazione concedente si attende e non a dimensioni di input (esempio numero di controlli qualità). Per ciascun indicatore di performance, devono essere indicati i livelli di performance, con target quantitativi e/o qualitativi di ciascun servizio ben definiti, al fine di consentire l'applicazione del meccanismo di decurtazione automatica del corrispettivo (*cf.* articolo 29).

Nell'articolo in esame si fa riferimento a due tipologie di Servizi tra loro nettamente distinti:

- Servizi di Disponibilità, legati al concetto di disponibilità tecnica e funzionale dell'Opera. Si tratta, generalmente, dei cosiddetti "*hard facility management services*" (manutenzioni edili e impiantistiche e gestione calore). Tuttavia, caso per caso, possono essere valutati anche altri servizi che possono essere strumentali ad

assicurare la disponibilità dell'investimento realizzato, per esempio le pulizie di una struttura ospedaliera o scolastica.

- Servizi Accessori alla disponibilità, che completano il concetto di disponibilità, la cui esclusione non compromette in ogni caso l'allocazione del rischio di disponibilità. Spetta al Concedente stabilire, sin dal bando di gara, se e quali Servizi Accessori affidare al Concessionario.

Il Contratto ribadisce infine l'obbligo del Concessionario di garantire la manutenzione ordinaria e la manutenzione straordinaria programmate al fine di rendere l'Opera fruibile.

#### ART. 25 – FORNITURA DEI SERVIZI ACCESSORI ALLA DISPONIBILITÀ

Per quanto riguarda i servizi accessori che completano la disponibilità dell'Opera (mensa, lavanderia, fornitura pasti ai degenti in un ospedale, pulizie, ecc.), nulla osta a che gli stessi vengano affidati per tutta la durata di gestione al Concessionario, tuttavia il Contratto sposa un'idea diversa, ovvero si raccomanda di includere nel perimetro contrattuale solo quei servizi che effettivamente garantiscano la disponibilità e fruibilità dell'opera. È una valutazione che va effettuata caso per caso e valutata nell'ambito del progetto di fattibilità dell'Opera. In relazione a questi servizi, vi sono diverse opzioni:

- a) il Concedente potrebbe scegliere di affidare tutti i Servizi Accessori al Concessionario, vincolando così per un lungo arco di tempo la gestione di servizi che potrebbero modificarsi nel tempo nel perimetro della concessione. In tal caso, sarebbe opportuno prevedere clausole di *benchmark test* volte a verificare periodicamente, ad esempio ogni 5 anni, prezzi e modalità di gestione del servizio. La gestione delle procedure di *benchmark test* è abbastanza complessa e richiede la definizione di un quadro metodologico preciso nel contratto, la cui applicazione nel tempo sconta molte difficoltà, proprio per l'evoluzione delle caratteristiche dei servizi nel mercato;
- b) il Concedente può decidere di non affidarli al Concessionario, ma appaltarli a terzi per un arco di tempo ben definito, beneficiando dunque di una maggior flessibilità e trasparenza. Questa ultima opzione rappresenta un modello di "PPP *light*" la cui concettualizzazione deriva da forti evidenze empiriche. Il "PPP *light*" appare anche coerente, specie in ambiti quali la sanità, alla necessità di assicurare standard regionali per molti servizi non sanitari, definiti anche nell'ambito di gare centralizzate;
- c) il Concedente può affidare i servizi accessori in toto o in parte al medesimo Concessionario per un arco di tempo ristretto (cinque/sette anni), al fine di rimetterli a gara attraverso la procedura del "*market test*". Si tratta di una procedura abbastanza onerosa e complicata che può essere valutata dalle amministrazioni più preparate. È però necessario che il Concedente effettui un'attenta attività di analisi e monitoraggio del mercato di riferimento, tale da consentirgli di comprendere se e come siano mutati i bisogni da soddisfare e quale tipo di performance richiedere al nuovo aggiudicatario.

Nel caso in cui si optasse per inserire diversi servizi accessori, al fine di tutelare l'interesse pubblico a ricevere Servizi adeguati anche al progresso tecnologico e a un prezzo competitivo, il Contratto accoglie la possibilità di rimettere a gara alcuni dei servizi accessori, quelli meno legati alla disponibilità dell'Opera e meno influenzabili dalle scelte di investimento effettuate dal Concessionario nella realizzazione dell'Opera (per esempio, in una struttura ospedaliera, il servizio di manutenzione può essere condizionato dai materiali utilizzati nella costruzione e da altre caratteristiche dell'immobile o scelte tecnologiche).

Il Contratto individua nel *market test* lo strumento per l'efficace ed efficiente rimessa a gara di tali servizi. Per il *market test* si potrebbe inserire una clausola di tal genere:

“Limitatamente ai servizi elencati nell’Allegato [•] e secondo i tempi e le modalità previsti nello stesso Allegato [•], il Concedente procederà a una verifica delle condizioni di prezzo, quantità e qualità disponibili sul mercato in relazione a ciascun servizio, sulla base delle specifiche di cui ai relativi capitolati prestazionali, adottando come riferimento i prezzi depositati presso [• la Camera di Commercio/centrali di Committenza, etc.] in vigore al momento della verifica stessa. Il Concedente procederà altresì col richiedere n. [• 3] offerte, quanto a 1 (una), da parte del Concessionario, e [• 2 (due)] da parte di imprese terze rispetto ai gruppi societari di appartenenza dei soci del Concessionario, dotate delle necessarie qualifiche e competenze. La media tra il costo del singolo Servizio come determinato applicando i prezzi desunti da listini depositati presso [•la Camera di Commercio/ centrali di Committenza, etc.] e le [• 3] offerte ricevute rappresenterà il benchmark di mercato di riferimento del relativo Servizio. Qualora all’esito delle predette verifiche si evidenziasse per uno o più Servizi, uno scostamento tra il relativo Corrispettivo e il corrispondente benchmark di mercato calcolato ai sensi di quanto precede, in più o in meno superiore al [•% (si consiglia 10%)], il Corrispettivo per tale Servizio sarà rinegoziato al fine di riportarlo a valori congruenti con il benchmark di mercato. Qualora il Concessionario non accetti di prestare il Servizio alle nuove condizioni, il Concedente potrà affidarlo a terzi sulla base delle disposizioni del Codice”.

Per il *benchmark test* si potrebbe inserire una clausola di tal genere:

“Le parti, entro 6 mesi dall’avvio della gestione dei servizi ancillari, individuano le modalità per condurre il benchmark test, che dovrà essere compiuto ogni [5] anni. Il Concedente potrà individuare due fonti per esprimere il costo medio comparabile del servizio; il Concessionario, invece, potrà esprimere una sola fonte. Tuttavia, le Parti accordano sin da ora che il benchmark test non ha solo una finalità di riallineamento dei valori economici della concessione ai dominanti trend di mercato, ma prenderà in considerazioni anche nuove modalità e standard di erogazione del servizio. L’esercizio del benchmark test da parte del Concedente può rappresentare una fonte di rischio Operativo per il Concessionario, le cui conseguenze non possono in nessun caso dar luogo a una revisione dell’equilibrio economico e finanziario”.

## ART. 26 – ALTRE CATEGORIE DI SERVIZI

Il Contratto contempla altresì i servizi di natura commerciale strumentali alla piena fruibilità dell’Opera, come i parcheggi o i ristoranti interni, la cui remunerazione avviene in genere mediante tariffe pagate dall’utenza, e i servizi gestiti con esclusiva finalità commerciale (ad esempio, affitto locali) per i quali il Concessionario si assume completamente il rischio di domanda.

Anche rispetto a questi servizi va prestata molta attenzione, in quanto potrebbero nel tempo manifestarsi esigenze differenti di tipo politico/programmatorio o dettate dall’accettazione sociale, che potrebbero implicare problemi nella gestione del rapporto concessorio. In generale, al fine di non alterare la natura del Contratto, l’inclusione di servizi commerciali non deve rappresentare la fonte prevalente di ricavi del Concessionario. A tal fine, è necessario che nel bando di gara il Concedente definisca le tipologie di servizi commerciali che intende affidare al Concessionario, le modalità di erogazione dei medesimi nonché i correlati aspetti economici (ad esempio, l’applicazione di tariffe calmierate).

## ART. 27 – SOSPENSIONE DEI SERVIZI

Il Contratto disciplina in dettaglio tale fattispecie in analogia a quanto previsto all'articolo 20 dedicato alle ipotesi di sospensione in fase di costruzione.

## ART. 28 – CORRISPETTIVI E TERMINI DI PAGAMENTO

Al Concessionario è attribuito il diritto di gestire l'Opera realizzata per l'intera durata della gestione e di ricevere un corrispettivo periodico identificato nel corrispettivo di disponibilità oltre, eventualmente, al corrispettivo per i servizi accessori alla disponibilità individuati all'articolo 24 del Contratto.

Il Contratto regola la corresponsione periodica dei canoni da concordare tra le Parti (trimestrale, semestrale, etc.), il numero di giorni entro cui liquidare la fattura, i tempi di pagamento della prima rata del corrispettivo di disponibilità e del corrispettivo per i servizi accessori, da corrispondere rispettivamente dalla messa in esercizio dell'Opera e dalla data di fornitura dei servizi. Si ricorda che ai sensi dell'articolo 113-bis del Codice il pagamento deve essere effettuato entro 30 giorni dalla data di maturazione del diritto allo stesso, salvo patti contrari e motivati. È quindi fondamentale che il Concedente sia in grado di monitorare in maniera costante e continuativa il livello qualitativo e quantitativo delle prestazioni rese dal Concessionario ai fini della liquidazione del Canone dovuto, eventualmente decurtato ai sensi dell'articolo 29 del Contratto stesso. La disciplina dei termini di pagamento rappresenta un aspetto fondamentale nel rapporto concessorio, in quanto caratterizza l'obbligazione "principale" gravante sul Concedente, sia per quanto riguarda il pagamento in corso d'Opera del contributo sia per quanto concerne il pagamento dei corrispettivi in fase di gestione. Al fine di non alterare l'equilibrio economico – finanziario dell'Operazione è essenziale il rispetto dei termini prestabiliti nel Contratto da parte del Concedente.

Nel caso di ritardo nel pagamento del/dei Corrispettivi, al Concessionario sono dovuti gli interessi moratori così come disciplinato al comma 4.

## ART. 29 – CORRISPETTIVO

Il corrispettivo (canone) di disponibilità rappresenta il *quantum* che il Concedente si impegna a pagare al Concessionario a fronte dell'effettiva Disponibilità dell'Opera. Esso deve tener conto dell'eventuale contributo versato dal Concedente a titolo di prezzo e deve essere determinato sulla base dei seguenti fattori:

- a) il costo dell'investimento, al netto dell'eventuale contributo corrisposto dal Concedente ai sensi dell'articolo 180, comma 6, del Codice;
- b) il costo del capitale del Concessionario, considerando la quota di debito e la quota di *equity*/mezzi propri;
- c) il costo delle manutenzioni edili e impiantistiche, comprese quelle relative alla gestione del calore, programmate e necessarie per mantenere l'Opera nella piena disponibilità e funzionalità;
- d) la durata della Concessione.

È pacifico che il corrispettivo così calcolato comprende tutti gli eventi di manutenzione, anche quelli non previsti ma necessari a garantire la piena disponibilità dell'Opera, che sono a carico del Concessionario in virtù del trasferimento del rischio di disponibilità.

Il corrispettivo di disponibilità è definito con l'obiettivo di perseguire l'equilibrio economico e finanziario iniziale del progetto (cfr. Figura 1). Esso deve essere adeguato ogni anno alla variazione dell'indice ISTAT, generalmente FOI senza tabacchi entro un limite percentuale minimo stabilito contrattualmente, in quanto gran parte dei costi da esso coperti (costo dell'investimento e del debito) sono fissi e la variazione, una volta applicata, non potrà essere modificata (comma 2).

Il comma 3 prevede un meccanismo di decurtazione del corrispettivo di disponibilità, stabilendo altresì l'applicazione di una maggiorazione alla decurtazione, a titolo di penale, qualora le singole decurtazioni, cumulativamente considerate in un determinato arco temporale, siano di ammontare pari o superiore alla percentuale pattuita del corrispettivo di disponibilità, con l'obiettivo di incentivare una efficiente ed efficace gestione.

### **FOCUS Meccanismo automatico di decurtazione del corrispettivo di disponibilità**

I contratti di PPP sono automaticamente registrati ON BALANCE qualora non contengano disposizioni che consentono di adeguare il Canone in caso di indisponibilità del bene e di scarsa prestazione del servizio da parte del Concessionario. Ciò avviene quando non sono soddisfatte le seguenti condizioni:

- l'importo da decurtare per un caso di indisponibilità o scarsa prestazione del servizio può essere determinato oggettivamente applicando i termini del contratto di PPP (ovvero l'importo della decurtazione non è lasciato alla discrezionalità di nessuna delle parti o alla negoziazione tra le parti caso per caso);
- la decurtazione può essere determinata senza ulteriori trattative tra le parti.

Un contratto di PPP è, altresì, automaticamente registrato ON BALANCE se non prevede standard contrattuali utilizzati per definire e misurare come minimo, le condizioni in cui l'asset è oggettivamente utilizzabile. A seconda della tipologia di contratto occorre stabilire l'opportuna definizione di disponibilità; ad esempio può considerarsi non disponibile un'aula scolastica con una temperatura e/o un livello di illuminazione diversi da quelli stabiliti nel contratto; o una piscina i cui spogliatoi non siano utilizzabili (indisponibilità consequenziale) o un ospedale se non sono disponibili le sale operatorie (indisponibilità dell'intero bene)

Secondo Eurostat gli standard contrattuali utilizzati per definire e misurare la qualità della prestazione dei servizi non influenzano il trattamento statistico se il contratto di PPP contiene un regime di disponibilità efficace, che stabilisce le condizioni in cui l'asset è effettivamente utilizzabile (standard di qualità) e appropriate decurtazioni del canone per indisponibilità.

Alcuni di questi standard possono essere intrinsecamente collegati agli obblighi del Concessionario di rendere disponibile il bene (ad esempio un obbligo di rispondere entro un certo periodo di tempo a problemi che richiedono manutenzione). Altri possono essere di natura più generale (ad esempio, presentazione di relazioni mensili al Concedente).

Alcuni obblighi devono essere adempiuti regolarmente e sono quindi misurati regolarmente (ad esempio l'obbligo di presentare relazioni mensili al Concedente). Altri vengono soddisfatti e misurati sulla base di indicatori ad hoc (ad esempio rispondendo alle richieste di manutenzione).

È importante che i contratti di PPP basino i canoni, oltre che sulla disponibilità, anche prevedendo decurtazioni per la scarsa prestazione dei servizi.

A tal fine, viene assegnato un alto rischio di riclassificazione ON BALANCE ai contratti che non prevedono un sistema di monitoraggio e di rendicontazione della disponibilità dell'asset e della prestazione dei servizi tale da consentire al Concedente di sanzionare il Concessionario per la sua inadempienza. Pertanto il meccanismo di pagamento basato sull'auto-segnalazione da parte del Concessionario, senza che il Concedente monitori o verifichi (e contesti) le relazioni del Concessionario non è ritenuto sufficiente.

Data l'importanza del monitoraggio il contratto contiene, all'articolo 46, una specifica clausola al riguardo.

Un contratto è considerato automaticamente ON BALANCE se non prevede un meccanismo di decurtazione del canone basato su un principio di proporzionalità per un periodo di tempo significativo (ad esempio un anno). Il che significa che il canone dovrebbero essere proporzionale al grado in cui l'asset è disponibile; di conseguenza, la disponibilità al 100% giustifica che il Concessionario riceva il canone completo e la disponibilità allo 0% deve comportare che il Concessionario non riceva canone (a volte indicato come "disponibilità zero, pagamento zero").

L'importo decurtato per un'istanza di indisponibilità è determinato dal numero di componenti che non sono disponibili, dal periodo per il quale non sono disponibili e dai coefficienti correttivi allegati a tali componenti in varie occasioni in quel periodo.

Alcuni contratti di PPP consentono al Concessionario di offrire al Concedente strutture alternative da utilizzare su base temporanea mentre l'asset o componenti di questo non sono disponibili. Se tale soluzioni sono accettabili per il Concedente, le relative decurtazioni di indisponibilità non vengono applicate e ciò non influenza il trattamento statistico.

L'incentivo per l'esecuzione del Concessionario è talvolta rafforzato dall'applicazione di coefficienti correttivi per produrre decurtazioni che superano il (o sono eccessivamente proporzionali al) valore contrattuale del canone (ad esempio due settimane di indisponibilità comportano decurtazioni pari a un mese di canone). In questo caso, viene spesso applicato un limite alle decurtazioni per garantire che la responsabilità totale del Concessionario per le decurtazioni non superi il valore contrattuale del canone.

L'applicazione di coefficienti correttivi ai singoli componenti dell'asset e a diversi periodi di tempo è coerente con il principio di proporzionalità e non influenza il trattamento statistico se:

- i coefficienti correttivi riflettono l'uso o la funzionalità dell'asset (e dei suoi componenti costitutivi);
- le ponderazioni dello 0% (se utilizzate) sono utilizzate in via eccezionale;
- si può dimostrare che una disponibilità zero comporterà un pagamento pari a zero come indicato sopra.

Fornire al Concessionario l'opportunità di riparare o ripristinare al fine di evitare l'applicazione di decurtazioni (compresa la possibilità di effettuare riparazioni temporanee) non influenza il trattamento statistico se i periodi di tempo indicati al Concessionario (se indicato precisamente nel contratto PPP o meno) sono ragionevoli, dato l'impatto del fallimento sull'uso del bene e / o le circostanze del progetto (es. posizione geografica).

È, altresì, automaticamente considerato ON BALANCE il contratto di PPP che pone limiti alle decurtazioni minando il principio di proporzionalità. Devono, pertanto, essere evitate disposizioni in tal senso.

Analogamente le disposizioni che creano una soglia di tolleranza o *de minimis* per le decurtazioni di indisponibilità non influenzano il trattamento statistico se la soglia di tolleranza o *de minimis* ha un effetto trascurabile (ovvero l'ammontare delle decurtazioni che non viene applicato non è superiore all'1% del Canone). Se l'effetto della soglia di tolleranza o *de minimis* non è trascurabile, esiste una ALTA probabilità di riclassificazione.

## ART. 30 – TARIFFE

Qualora il Contratto preveda servizi a tariffa su utenti, lo stesso potrà essere corredato da un allegato contenente l'indicazione delle tariffe che il Concessionario si impegna ad applicare e il meccanismo di aggiornamento delle stesse. Il Concessionario si impegna, altresì, a far applicare le medesime tariffe ai terzi eventualmente affidatari della gestione dei Servizi stessi.

Per determinati servizi a tariffa, inoltre, ad esempio in caso di utilizzo da parte del Concessionario degli spazi pubblici, sarebbe opportuno che il Concedente fissasse le tariffe massime cui il Concessionario dovrebbe attenersi, al fine di evitare speculazioni su una domanda spesso rigida. Al contrario, per taluni distinti servizi in ordine ai quali non sussistono specifiche esigenze di tutela, il Contratto potrebbe non prevedere a priori le tariffe.

Resta fermo che per i servizi in discussione il rischio di domanda è trasferito *tout court* a carico del Concessionario.



## SEZIONE VI – EQUILIBRIO E REVISIONE DEL PEF

### ART. 31 – EQUILIBRIO ECONOMICO FINANZIARIO

Il Contratto è in equilibrio economico e finanziario quando, al momento della stipula, i flussi positivi previsti del progetto, generati dai ricavi, sono in grado di coprire i flussi negativi previsti, generati dai costi di investimento, di gestione e dalla remunerazione del capitale investito (mezzi propri e debito).

Per equilibrio economico e finanziario si intende il contemporaneo rispetto della convenienza economica per la pubblica amministrazione e della sostenibilità finanziaria per il partner privato. L'equilibrio economico finanziario è caratteristica imprescindibile di un contratto di partenariato, in quanto assicura la corretta remunerazione dei fattori produttivi impiegati dall'operatore economico, e quindi sottende, implicitamente, a un'allocazione virtuosa del rischio operativo. La definizione di un eventuale contributo a fondo perduto e la durata del contratto contribuiscono al conseguimento dell'equilibrio economico e finanziario.

Gli indicatori fondamentali per definire l'equilibrio economico e finanziario sono il VAN (Valore Attuale Netto), il TIR (Tasso Interno di Rendimento) e il DSCR (Debt Service Cover Ratio). Il VAN e il TIR misurano la convenienza economica mentre il DSCR è una misura di bancabilità, spesso associata a un altro indicatore, il LLCR (Loan Life Cover Ratio).

Il VAN e il TIR possono misurare sia la redditività del progetto nel suo complesso (quando applicati ai flussi di cassa del progetto o operativi, FCFO in inglese e nella pratica) oppure la redditività dei mezzi propri investiti (quando applicati ai flussi di cassa dell'azionista, FCFE in inglese e nella pratica).

In dettaglio. Il TIR di Progetto indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento assicurato dai flussi di cassa operativi (FCFO) associati al Progetto, così come individuato nel Piano economico-finanziario, rispetto al costo del capitale, medio ponderato, impiegato nel contratto.

Il VAN di Progetto indica, in termini monetari, il valore creato o disperso dal progetto nell'arco del periodo della Concessione. Si ricava dall'attualizzazione dei flussi di cassa operativi netti attesi del progetto (i cosiddetti flussi *unlevered*, che non considerano i flussi relativi alla struttura finanziaria, Net Cash Flows o NCF) a un certo tasso di sconto.

L'Equilibrio economico e finanziario è assicurato quando il TIR di progetto tende al costo medio ponderato del capitale (WACC), sempre che il WACC sia stato correttamente calcolato e quando il VAN tende a zero.

Il TIR degli Azionisti indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa liberi per gli azionisti (e non sui flussi relativi alla distribuzione dei dividendi) rispetto al rendimento atteso sul capitale investito.

Il VAN degli Azionisti indica, in termini monetari, il valore creato o disperso dall'investimento effettuato dagli azionisti nell'arco del periodo della Concessione. Il calcolo del VAN deve essere effettuato con riferimento ai flussi di cassa liberi per l'azionista (e non sui flussi relativi alla distribuzione dei dividendi).

L'Equilibrio economico e finanziario è assicurato quando il TIR di azionista tende al rendimento atteso dei mezzi propri investiti, sempre che tale rendimento sia stato correttamente stimato in funzione del profilo di rischio sopportato e quando il VAN dell'azionista tende a zero.

In caso di costituzione della società di progetto, è possibile scegliere come indicatori di equilibrio solo quelli riferiti all'*Equity*.

A questi indicatori è necessario accompagnare quelli di bancabilità, il DSCR e il LLCR. Gli indicatori di bancabilità sono fondamentali e necessari in caso di finanziamento in *project finance* dell'investimento. Si rammenta che per investimenti di taglio ridotto, i progetti di PPP possono essere finanziati anche con logiche *corporate finance*.

Il DSCR è l'indice mira a valutare se l'insieme dei flussi di cassa che l'attività operativa è in grado di generare durante la gestione caratteristica (EBIT), al netto delle aliquote fiscali, è in grado di remunerare gli oneri finanziari connessi all'operazione, ed è dato dal rapporto, per ogni periodo rilevante, tra i flussi di cassa operativi e il servizio del debito (rimborso del capitale e pagamento degli oneri finanziari). Nella pratica il valore minimo accettabile di questo indicatore si attesta attorno a valori di 1,20 o 1,30.

Il LLCR esprime il rapporto tra il valore complessivo di flussi di cassa destinati al rimborso del debito e il valore stesso del debito residuo al tempo t. Dal punto di vista interpretativo, ancora una volta, il progetto sarà tanto più sostenibile quanto più l'LLCR sarà maggiore dell'unità. Anche in questo caso, nella pratica operativa il progetto è considerato soddisfacente se ha un valore maggiore di 1,5 e, comunque, non inferiore a 1,2.

Il DSCR è un indicatore di bancabilità e sostenibilità del progetto puntuale e riferito al singolo periodo temporale; il LLCR offre, invece, una valutazione riferita a un orizzonte temporale medio/lungo, abbracciando il periodo temporale relativo alla durata del finanziamento.

Gli indicatori sopra menzionati devono esprimere, all'avvio del progetto, una situazione di equilibrio economico e finanziario.

Se il VAN è positivo o il TIR superiore al costo del capitale (WACC o rendimento atteso dall'azionista) significa che il contratto è potenzialmente in grado di generare un surplus di ricchezza che, nei fatti, riduce l'effettiva esposizione al rischio da parte dell'operatore economico. Questo extra rendimento non consente di incentivare in modo ottimale il Concessionario alla gestione del rischio operativo.

Ai fini della selezione degli indicatori di equilibrio, da utilizzare anche per il riequilibrio, è utile scegliere, a seconda delle caratteristiche del progetto, indicatori a livello di flussi di cassa operativi o indicatori a livello dei flussi di cassa dell'azionista. Quando non vi è la costituzione della società di progetto, possono essere scelti indicatori calcolati sui flussi di cassa del progetto.

Concettualmente, infatti, l'equilibrio è una situazione di optimum, in cui è contemporaneamente soddisfatta, sulla base delle aspettative sui flussi di cassa, la corretta allocazione del rischio operativo (così come definito nel contratto e nella matrice dei rischi) e la redditività obiettivo della controparte. Qualora si verificassero fattispecie che diano diritto a una revisione del PEF, tale attività deve interessare unicamente quelle voci di costi e ricavi che concretamente sono alterati dall'accadimento, le quali devono essere riviste unicamente per un valore degli importi in grado di ripristinare l'originaria redditività attesa, misurata da VAN, TIR, DSCR.

### **Il Piano Economico Finanziario (PEF)**

Il piano economico finanziario (PEF) è utilizzato, nelle procedure di valutazione dei progetti, per due finalità:

- a) verificarne la sostenibilità economica, valutando se la gestione caratteristica dell'investimento è in grado di garantire un livello tale di ricavi da remunerare i costi;
- b) verificarne la sostenibilità finanziaria, valutando se il livello atteso di flussi di cassa è sufficiente a soddisfare il fabbisogno finanziario dell'operazione.

Predisporre il PEF consiste nella redazione di quattro documenti chiave: tre prospetti economico-finanziari, vale a dire il conto economico, lo stato patrimoniale e il prospetto dei flussi di cassa, e una relazione illustrativa di accompagnamento.

In estrema sintesi, il conto economico mostra i ricavi e i costi del progetto, evidenziando il reddito netto generato in un determinato periodo preso a riferimento, ovvero la durata del contratto; lo stato patrimoniale ne illustra la posizione finanziaria (da un lato, le attività possedute – impieghi di capitale, dall'altro, il capitale proprio e le passività dovute – fonti di capitale); il prospetto dei flussi di cassa consente di determinare la differenza fra le entrate e le uscite di denaro (il cash flow) generate nel periodo.

La relazione di accompagnamento esplicita le ipotesi alla base della predisposizione dei suddetti prospetti quantitativi, fungendo da raccordo con gli altri documenti progettuali (in primis, il contratto e i capitolati gestionali), nonché le condizioni di equilibrio economico e finanziario, pertanto, rappresenta non tanto un mero allegato, quanto un documento fondamentale per comprendere le dinamiche del PEF e deve essere redatto in modo estremamente accurato.

La stima dei flussi di cassa può essere operata con un approccio diretto (partendo dai costi e dai ricavi attesi, epurando i primi da quelle voci che non danno luogo a uscite monetarie e i secondi dai crediti) o indiretto (non si parte dal dettaglio delle singole voci, ma si prende a riferimento il risultato di esercizio e si alimenta con alcuni aggregati). Si tenga presente che, ricorrendo al secondo approccio, il valutatore può nuovamente operare una scelta tra due approcci alternativi: quello sintetico e quello analitico.

Il secondo approccio è preferibile, poiché considera nel dettaglio le singole manifestazioni finanziarie derivanti da tutte le operazioni delle singole gestioni e, partendo dal risultato netto d'esercizio, perviene alla stima del flusso di cassa netto, ossia la variazione effettiva della posizione di liquidità.

Di seguito sono riportati gli approcci, per entrambe le metodologie, che permettono la determinazione dei flussi di cassa.

La Tabella di seguito mostra come calcolare i flussi di cassa con il metodo diretto o indiretto.

<b>METODO DIRETTO</b> <b>(senza predisporre il conto economico)</b>	<b>METODO INDIRETTO</b> <b>(derivando il reddito operativo netto dal conto economico)</b>
(+) Ricavi	
(-) Costi di gestione	
(=) Margine Operativo Lordo (EBITDA)	
(-) Ammortamenti	
(=) Reddito operativo lordo (EBIT)	
(-) Tasse (IRES e IRAP)	
(=) Reddito operativo netto	(=) Reddito operativo netto
(+) Ammortamenti	(+) Ammortamenti
(+/-) Variazione del capitale circolante	(+/-) Variazione del capitale circolante
(+/-) Flusso IVA su ricavi e costi di gestione	(+/-) Flusso IVA su ricavi e costi di gestione
<b>(=) Flusso monetario di gestione corrente</b>	<b>(=) Flusso monetario di gestione corrente</b>
(-) Investimenti (Capex)	(-) Investimenti (Capex)
(+) Contributi pubblici / Disinvestimenti	(+) Contributi pubblici / Disinvestimenti
(+/-) Flusso IVA su investimenti e contributi	(+/-) Flusso IVA su investimenti e contributi
<b>(=) FCFO</b>	<b>(=) FCFO</b>
(+) Finanziamenti	(+) Finanziamenti
(-) Servizio del debito (capitale + interessi)	(-) Servizio del debito (capitale + interessi)
(+) Beneficio fiscale	
<b>(=) FCFE</b>	<b>(=) FCFE</b>

Una volta redatti i prospetti, che danno rappresentazioni del piano delle aspettative economiche, finanziarie e patrimoniali del progetto è possibile pervenire alla stima degli indicatori che definiscono l'equilibrio economico e finanziario.

### ART. 32 – RIEQUILIBRIO ECONOMICO FINANZIARIO

Il Contratto disciplina la procedura di revisione del piano economico e finanziario, nel caso in cui si riscontri un'alterazione dell'equilibrio, nel rispetto di quanto disposto dagli articoli 165, comma 6, e 182, comma 3, del Codice. In particolare, le disposizioni prevedono che solo il verificarsi di fatti non riconducibili al Concessionario, specificatamente indicati nel contratto, che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio.

La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini

della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto.

È fondamentale segnalare che la procedura di revisione delle condizioni di equilibrio non è utilizzabile ogniqualvolta si verifichi uno scostamento degli indici di redditività descritti nell'articolo 31 del Contratto, ma, condizione necessaria per l'avvio di detta procedura, è il verificarsi di una delle fattispecie indicate nel Contratto. Il Concedente, pertanto, nella predisposizione del Contratto da allegare al bando di gara deve compiere una valutazione *ex-ante* delle fattispecie che possono incidere sull'equilibrio economico finanziario e formalizzare tale valutazione in un'elencazione da intendersi come tassativa. In tal modo, si assicura un corretto trasferimento dei rischi, con particolare riferimento al rischio operativo, escludendosi la possibilità che la procedura di revisione del PEF possa essere avviata al verificarsi di qualunque evento che il Concessionario valuti come "destabilizzante" dell'equilibrio della concessione.

Per alcune situazioni che possono portare alla rinegoziazione del contratto, come per esempio le modifiche fiscali, è possibile prevedere una soglia di contrazione degli indicatori di equilibrio economico-finanziari, entro i quali non si procede alla rinegoziazione (es: la rinegoziazione avviene solo se la modifica fiscale riduce il TIR del progetto o dell'azionista di un valore superiore allo 0.5%).

La revisione del PEF è finalizzata a neutralizzare gli effetti derivanti dal disequilibrio. Ciò significa che la revisione del PEF successivo ad un evento destabilizzante, così come tassativamente previsto dal Contratto, o ad un evento favorevole dovrà ristabilire l'equilibrio economico e finanziario, prestando molta attenzione che tale riequilibrio possa modificare la posizione finanziaria del Concessionario venutasi a maturare nel corso del contratto per tutti i fattori di cui lo stesso è responsabilizzato in virtù dell'allocazione dei rischi. Il riequilibrio deve servire per riequilibrare (riportare) il PEF alla situazione antecedente all'evento. Tale condizione vale sia per gli indicatori di redditività, sia per quelli di sostenibilità finanziaria. In generale si utilizza come indicatore di riferimento per la rinegoziazione il TIR (di progetto o di azionista, a seconda del livello scelto per misurare l'equilibrio economico e finanziario); il ripristino del TIR a valori di equilibrio dovrebbe ripristinare al valore di equilibrio anche gli indicatori di bancabilità, che possono aver subito modifiche dalla manifestazione degli eventi che hanno imposto la procedura di rinegoziazione.

Ai fini del riequilibrio, devono essere modificati nel PEF solo quei valori (di costo e ricavo) che sono stati influenzati dall'evento che ha innescato la procedura di riequilibrio. Per ripristinare l'equilibrio economico e finanziario si può agire, *inter alia*, sui ricavi del progetto (il canone di disponibilità), sul contributo a fondo perduto, sulla durata. In relazione alla durata, è bene precisare che è sconsigliato aumentare in modo rilevante la durata, situazione che potrebbe venirsi a creare come conseguenza della rinegoziazione del PEF a favore del Concessionario.

Per operare in modo corretto la rinegoziazione del contratto è fondamentale che tra gli allegati al contratto vi sia anche il PEF in formato *Excel*. La rinegoziazione deve essere fatta partendo dal PEF come definito al momento della stipula del contratto o di eventuali atti aggiuntivi e non sulla base di un PEF dinamico che tiene conto degli accadimenti al

progetto, onde evitare di modificare l'allocazione dei rischi e per superare problemi di asimmetria informativa.

A titolo esemplificativo, nell'ipotesi di entrata in vigore di norme legislative e regolamentari che determini un maggior costo dell'investimento e una conseguente riduzione dell'indice TIR, il maggior costo dovrà essere inserito nel piano economico finanziario, unitamente, eventualmente, a una linea di finanziamento *ad hoc*, a meno che il maggior costo non venga coperto con *equity* aggiuntivo da parte del Concessionario o con un contributo a fondo perduto di egual importo. Tutti gli altri dati del PEF dovranno rimanere immutati rispetto al PEF convenzionale allegato al Contratto. Il riequilibrio del PEF consiste quindi nella modifica del canone di disponibilità o, in via assolutamente eccezionale, in un allungamento della durata della gestione fino a quando gli indicatori di riequilibrio non eguaglieranno quelli di equilibrio indicati nel Contratto e nel PEF originario, a meno che i maggiori costi non siano stati coperti con un contributo.

Nel caso in cui l'incremento dei lavori sia interamente coperto con un contributo a fondo perduto da parte del Concedente non sarà necessario avviare la procedura di riequilibrio, attraverso una modifica del PEF (rispetto a questo punto si può agire come indicato nel "focus" relativo all'articolo 19 della presente relazione).

Nel caso in cui l'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario sia causata da fatti legati alla gestione, si suggerisce di modificare solo le fonti dei ricavi, quali per esempio, il canone di disponibilità. In questo caso, nessun contributo a fondo perduto potrà essere erogato dal Concedente.

Nel caso in cui, invece, il riequilibrio debba essere ricercato a favore del Concedente, potrà essere preferibilmente ridotto il canone di disponibilità. In questo caso, si suggerisce di non modificare il contributo a fondo perduto per evitare impatti sulla bancabilità del progetto.

Per quanto attiene alle modalità tecniche della procedura di riequilibrio, la revisione delle condizioni di equilibrio della concessione deve avvenire mediante la procedura di cui al comma 3 che presuppone la predisposizione di un apposito schema di atto aggiuntivo che, una volta sottoscritto, costituirà parte integrante del Contratto di concessione vigente.

Tra le cause di rinegoziazione del PEF e del contratto possono essere previste in via eccezionale e quando il progetto dovesse essere finanziato in *project finance* anche le seguenti:

- ✓ variazione dei costi delle Assicurazioni del Concessionario pari almeno al 20% (venti per cento) rispetto al PEF contrattuale, a parità di condizioni di premio, franchigia e copertura;
- ✓ variazione del tasso EURIBOR tra la data di sottoscrizione del Contratto e la data di sottoscrizione del Contratto di Finanziamento.

Tali cause devono tuttavia essere adeguatamente valutate dall'Amministrazione e sono finalizzate ad assicurare la bancabilità dei progetti complessi.

## SEZIONE VII – ASSICURAZIONI, CAUZIONI E GARANZIE PER I FINANZIATORI

### ART. 33 – CAUZIONI

L'articolo disciplina l'istituto della garanzia definitiva di cui all'articolo 103 del Codice che deve essere prestata dal Concessionario, sia per la fase di costruzione, sia per la fase di gestione.

Viene, inoltre, previsto l'obbligo per il Concessionario di versare tutte le altre cauzioni previste dal Codice o comunque richieste ai sensi della normativa vigente.

Si tratta di clausole importanti che devono essere ricomprese nel contratto in quanto tutelano il Concedente in caso di mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla costruzione e gestione dell'Opera.

### ART. 34 – POLIZZE ASSICURATIVE

L'articolo disciplina le polizze assicurative che il Concessionario è tenuto a stipulare in applicazione di quanto previsto dal Codice e, più in generale, dalla normativa vigente. Le polizze svolgono un ruolo determinante nella mitigazione dei rischi derivanti dalla gestione del Contratto, in particolare dei contratti di durata ove è maggiore l'alea di eventi imprevisi che possono incidere significativamente sulla gestione dei servizi. Le polizze rappresentano un elemento di salvaguardia, non solo per il Concedente, ma anche per il Concessionario mitigando l'impatto di situazioni ed eventi le cui conseguenze potrebbero influire negativamente sulla sua situazione patrimoniale e/o sulla sostenibilità dell'intera operazione di PPP.

Oltre alle polizze assicurative già indicate nel Contratto, il Concedente può richiederne di ulteriori purché ciò sia espressamente indicato nel bando di gara.

#### FOCUS

#### Polizze assicurative

Ai fini del trattamento statistico dei contratti PPP, sono ininfluenti le disposizioni contenute in un contratto che richiedono al partner privato determinate coperture assicurative, il loro ambito di applicazione e le relative condizioni. Nella Guida, Eurostat considera come esempio le seguenti polizze:

- assicurazione della responsabilità civile professionale;
- assicurazione all risks;
- assicurazione della responsabilità civile;
- assicurazione ALoP/DSU per le perdite da ritardi nella costruzione.

Non influiscono sul trattamento dei dati statistici neppure le disposizioni contenute nel contratto PPP che regolano gli accordi tra pubblica amministrazione e privato sulla richiesta di reintegrazione del patrimonio e sulle relative tempistiche. I contratti PPP dovrebbero contenere una clausola che impone al partner privato di stipulare un'assicurazione per i danni materiali e di utilizzare i risarcimenti dell'assicurazione per risanare il patrimonio qualora lo stesso venga danneggiato.

Per quanto riguarda i costi assicurativi, il trattamento statistico dell'operazione di PPP non è influenzato se il privato si assume la responsabilità delle variazioni dei costi assicurativi e

i relativi rischi/benefici correlati durante il contratto PPP (ovvero aumento o riduzione del costo delle coperture assicurative).

Le disposizioni che prevedono l'assunzione o la condivisione di responsabilità delle variazioni dei costi assicurativi e i relativi rischi/benefici, da parte della pubblica amministrazione in situazioni diverse da rischi non assicurabili, trattati in seguito, non influiscono sul trattamento statistico se sono rispettati tutti i seguenti criteri:

- la pubblica amministrazione si assume o condivide il rischio che il costo assicurativo aumenti al di sopra di uno specifico tetto massimo oppure beneficia o condivide i benefici che il costo assicurativo scenda al di sotto di una specifica soglia minima;
- l'eventuale tetto massimo non è minore del doppio del costo assicurativo previsto al momento del *closing* finanziario;
- l'eventuale soglia minima non è maggiore della metà del costo assicurativo previsto al momento del *closing* finanziario;
- se il costo assicurativo aumenta al di sopra del tetto massimo, la pubblica amministrazione è responsabile della sola differenza tra il costo effettivo e il tetto massimo;
- se il costo assicurativo scende al di sotto della soglia minima, la pubblica amministrazione riceve o condivide i soli benefici che derivano dalla differenza tra il costo effettivo e la soglia minima;
- le disposizioni non permettono alla pubblica amministrazione di prendersi in carico eventuali rischi/benefici derivanti da cambiamenti del costo assicurativo causati dalle azioni del partner privato.

Le disposizioni che autorizzano la pubblica amministrazione a prendersi in carico eventuali rischi/benefici dovuti a variazioni del costo assicurativo che non rispettano le condizioni sopra descritte influiscono sul trattamento statistico e vengono considerate di ESTREMA importanza.

Un rischio viene definito “non assicurabile” se la copertura assicurativa richiesta non è più disponibile nel mercato assicurativo (ovvero non è fornita da un assicuratore attendibile) o è disponibile a costi eccessivi.

Nella Guida, Eurostat sostiene che, quando si presentano situazioni di “impossibilità assicurativa”, una delle due parti può scegliere di risolvere il contratto, riconoscendo un risarcimento al partner privato oppure la pubblica amministrazione può avere il diritto di mantenere il contratto PPP, comportandosi da “assicuratore di ultima istanza” (assumendo, ad esempio, su di sé il rischio di eventi che provocano danni superiori a una certa soglia).

Le disposizioni che regolano la indisponibilità di coperture assicurative negli scenari sopra descritti non influiscono sul trattamento statistico se occorrono solo in situazioni di disagio dovute al mercato finanziario e non in situazioni dove l'indisponibilità della copertura assicurativa è dovuta ad azioni od omissioni da parte del partner privato.

Le disposizioni che valutano la sostenibilità commerciale della copertura assicurativa facendo riferimento a qualsiasi altro test (ad es. un aumento del costo assicurativo al di sopra di un certo livello) influiscono sul trattamento statistico se si applicano ad uno scenario diverso da quello di un disagio nel mercato assicurativo. In tale ipotesi, la questione sarebbe di ESTREMA importanza al fine del trattamento statistico.

Nei casi in cui la copertura assicurativa non è disponibile alle condizioni previste dal contratto (ad es. la franchigia assicurativa disponibile nel mercato assicurativo è più alta dei valori specificati nel contratto), il trattamento statistico dell'operazione di PPP non viene influenzato se il partner privato sostiene i rischi aggiuntivi per non aver potuto stipulare un'assicurazione rispettando i termini richiesti (ad es. il partner privato deve sostenere l'impatto finanziario dovuto a una franchigia più alta di quanto dichiarato sul contratto).

### **ART. 35 - GARANZIE DEL CONCESSIONARIO PER I FINANZIATORI**

Il Contratto introduce forme di garanzia del Concessionario in favore dei finanziatori.

Esso stabilisce, in particolare, che il Concedente possa accettare la costituzione del pegno sulle azioni del Concessionario o di garanzie sui crediti sorti in forza del Contratto.

È necessario precisare che la disciplina introdotta concerne la cessione "*pro soluto*" e che la clausola contrattuale non può comunque sostituirsi alla successiva accettazione della cessione del credito ai sensi dell'articolo 1264 del codice civile e degli articoli 69 e 70 del R.D. n. 2440/1923, fermo restando quanto previsto dal Codice per le altre garanzie.



## SEZIONE VIII - VICENDE DELLA CONCESSIONE

### ART. 36 – CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA

Il Contratto disciplina la risoluzione di diritto del Contratto in caso di inadempimento da parte del Concessionario delle obbligazioni di cui all'articolo 11, comma 3, lettere b) ed e), vale a dire in caso di mancata presentazione del progetto esecutivo al Concedente ai fini dell'approvazione nel termine essenziale stabilito dal Contratto ovvero in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento. Ciò in considerazione degli effetti significativi che tali inadempimenti sono in grado di dispiegare sull'esito dell'Operazione di PPP e sul rapporto concessorio ad essa sotteso.

La clausola risolutiva espressa attribuisce al Concedente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del Contratto per l'inadempimento della controparte senza necessità di provarne l'importanza, in considerazione del mero verificarsi del fatto considerato. L'effetto risolutivo si produce solo se la parte nel cui interesse la clausola è stata inserita nel Contratto dichiara espressamente di volersene avvalere, attraverso una semplice comunicazione trasmessa a mezzo posta certificata al Concessionario (v. Cass. 1 agosto 2007, n. 16993; Cass. 5 gennaio 2005, n. 167; Cass., Sez. II, sent. 2 ottobre 2014, n. 20854). Sul punto, in particolare, si rappresenta che prima dell'attivazione della clausola risolutiva il Concedente è chiamato a valutare attentamente la situazione concreta di ritardo anche con riferimento allo stato di avanzamento della progettazione ed ai tempi stimati per la consegna dell'elaborato, considerando che in ogni caso il contratto prevede la possibilità di recuperare nella fase di realizzazione i ritardi maturati in fase di progettazione, fino alla data di consegna dell'opera.

Come detto, le ipotesi per le quali la clausola risolutiva espressa può essere azionata dal Concedente sono: *i)* il mancato rispetto del termine essenziale di presentazione del progetto esecutivo per la valutazione e per l'eventuale approvazione da parte del Concedente, e *ii)* la mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento o mancato collocamento delle obbligazioni emesse dalla società di progetto di cui all'articolo 185 del Codice entro un termine congruo prestabilito, non superiore a 18 mesi. In tali casi, nulla è dovuto al Concessionario a titolo di rimborso e/o di indennizzo per i costi sostenuti, inclusi quelli connessi alle attività di progettazione. Spettano invece al Concedente, fatta salva la prova di ulteriori danni: (i) i danni diretti, indiretti e materiali, nessuno escluso, subiti e subendi dal Concedente in ragione dell'inadempimento e conseguente risoluzione; (ii) tutti i costi necessari ad indire la gara per la selezione del nuovo Concessionario; (iii) le penali a carico del Concessionario.

### ART. 37 – RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO DEL CONCESSIONARIO

Il Contratto disciplina la facoltà del Concedente di risolvere lo stesso, ai sensi dell'articolo 1454 del codice civile, a fronte di un inadempimento del Concessionario, previa diffida ad adempiere da trasmettere a mezzo posta elettronica certificata e decorso inutilmente il termine in essa fissato.

Il Contratto deve contenere l'elencazione dettagliata delle fattispecie che consentono al Concedente l'esercizio della facoltà (ma non l'obbligo) di risolvere il Contratto medesimo. Tra queste, si annoverano: la mancata costituzione o intervenuta invalidità o inefficacia di anche una sola garanzia, cauzione o copertura assicurativa richiesta dal Contratto; i vizi o le gravi difformità dell'Opera; l'inadeguata e/o carente manutenzione dell'Opera idonea a

cagionarne il perimento parziale o totale o il relativo grave danneggiamento; il superamento dell'importo massimo dovuto dal Concessionario a titolo di penali per ritardo in fase di costruzione ovvero a titolo di decurtazione del canone per indisponibilità dell'Opera o mancata erogazione dei servizi; la violazione dei protocolli di legalità e la violazione delle norme in materia di sicurezza e tutela del lavoro, contributiva e fiscale; il fallimento del Concessionario, se non ne è possibile la sostituzione; la violazione dei limiti contrattuali concernenti i mutamenti della compagine sociale del Concessionario e/o il trasferimento del Contratto o altre violazioni sostanziali; i comportamenti fraudolenti o illegali posti in essere dal Concessionario nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali.

L'Amministrazione è, in ogni caso, chiamata ad integrare l'elencazione proposta avendo riguardo alle specifiche caratteristiche del progetto e dell'operazione di PPP complessivamente intesa.

In linea con le prassi europee e in ossequio al principio di conservazione del Contratto, la risoluzione deve essere considerata un'estrema ratio, che il Concedente deve attivare quando l'inadempimento non è direttamente rimediabile dal Concessionario o, eventualmente, se espressamente previsto, dal finanziatore o con l'ausilio di questo. Il Contratto deve espressamente prevedere le condizioni e le tempistiche ricorrendo le quali l'inadempimento possa essere considerato superabile o rimediabile.

In caso di risoluzione per inadempimento del Concessionario, ai fini della corretta quantificazione delle spettanze in favore del Concedente, il Contratto disciplina le voci di computo di cui è necessario tener conto, distinguendo l'ipotesi in cui l'Opera non abbia raggiunto la fase di collaudo o non abbia superato il collaudo con esito positivo dall'ipotesi in cui l'Opera abbia superato il collaudo.

#### **ART. 38 – RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER REATI ACCERTATI E PER DECADENZA DELL'ATTESTAZIONE DI QUALIFICAZIONE**

L'articolo individua le ipotesi di risoluzione obbligatoria per legge del Contratto di concessione. Si tratta, in particolare, dei casi di: decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci; provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; sentenza di condanna del Concessionario passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80, comma 1, del Codice; mancato utilizzo del bonifico bancario o postale ovvero di altro strumento idoneo a consentire la piena tracciabilità delle operazioni di pagamento ai sensi dell'articolo 3, comma 9-bis, della legge 13 agosto 2010 n. 136, e dell'articolo 13.

Le conseguenze economiche, in tal caso, sono disciplinate in analogia alla fattispecie di risoluzione di diritto del Contratto ai sensi dell'articolo 37 del medesimo, prevedendo che spettano al Concedente, fatta salva la prova di ulteriori danni: (i) i danni diretti, indiretti e materiali, nessuno escluso, subiti e subendi dal Concedente in ragione dell'inadempimento e conseguente risoluzione; (ii) tutti i costi necessari ad indire la gara per la selezione del nuovo Concessionario; (iii) le penali a carico del Concessionario.

#### **ART. 39 – SOSTITUZIONE DEL CONCESSIONARIO**

L'articolo 176, commi 8, 9, 10 e 10*bis*, del Codice prevede che nei casi che potrebbero comportare la risoluzione della concessione per cause imputabili al Concessionario, l'Amministrazione 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 di titoli analoghi emessi dal Concessionario, entro 90 giorni dal ricevimento della comunicazione, possono indicare un OE che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe 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 deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al Concessionario sostituito entro il termine indicato dal Concedente. Il subentro dell'OE ha effetto dal momento in cui il Concedente vi presta il consenso. L'Amministrazione concedente prevede nella documentazione di gara il diritto di subentro degli enti finanziatori.

Il Contratto riproduce nella sostanza la previsione legislativa, scandendo in dettaglio la procedura di sostituzione del Concessionario al fine di dare maggiore certezza in ordine ai tempi dell'eventuale sostituzione ovvero agli effetti della mancata novazione soggettiva del Contratto.

#### **ART. 40 - RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO DEL CONCEDENTE**

In analogia rispetto a quanto previsto in favore del Concedente, il Contratto disciplina altresì la facoltà del Concessionario di risolvere lo stesso, ai sensi dell'articolo 1454 del codice civile, a fronte di un inadempimento del Concedente, previa diffida ad adempiere da trasmettere a mezzo posta elettronica certificata e decorso inutilmente il termine in essa fissato.

Il Contratto contiene la definizione della fattispecie che consente al Concessionario l'esercizio del diritto (ma non l'obbligo) di risolvere il Contratto. Tale fattispecie ricorre nei soli casi di inadempimenti gravi del Concedente, tali da compromettere la stessa esecuzione del Contratto da parte del Concessionario.

In linea con le prassi europee, l'inadempimento può considerarsi grave e autorizzare la facoltà da parte del Concessionario di risolvere il Contratto nei casi di: mancato e/o prolungato ritardato pagamento da parte del Concedente degli importi dovuti al Concessionario tali da pregiudicare la stessa capacità di quest'ultimo di adempiere alle proprie obbligazioni contrattuali; altri inadempimenti contrattuali da parte del Concedente idonei a pregiudicare la stessa *performance* del Concessionario; violazione da parte del Concedente del divieto di trasferire il Contratto; raramente e a determinate condizioni, variazione della natura giuridica del Concedente.

Va precisato che è fondamentale intendere la casistica degli inadempimenti gravi del Concedente come restrittiva. In ossequio al principio di conservazione del Contratto, la risoluzione deve essere considerata un'estrema *ratio*, che il Concessionario può attivare solo quando l'inadempimento non solo non sia rimediabile, ma sia tale da pregiudicare la stessa capacità del Concessionario di riuscire ad adempiere alle obbligazioni contrattuali assunte. Ad esempio, il mancato o prolungato ritardato pagamento deve essere necessariamente contestualizzato con riferimento al valore complessivo e alla durata della Concessione per essere definito grave e per poter effettivamente essere ritenuto idoneo a pregiudicare la capacità del Concessionario di adempiere il Contratto.

Il Contratto deve espressamente prevedere le condizioni e le tempistiche ricorrendo le quali l'inadempimento possa essere considerato superabile o rimediabile.

Va opportunamente osservato che le clausole che definiscono le fattispecie che autorizzano il Concessionario a risolvere il Contratto in ragione dei gravi inadempimenti del Concedente e che individuano la possibilità e i tempi per il Concedente stesso di rimediare al proprio inadempimento non influiscono sul trattamento statistico dell'operazione di PPP. Tuttavia, se i motivi che determinano la risoluzione anticipata del Contratto trovano origine in una non corretta allocazione dei rischi tra le Parti e in particolare nell'assunzione da parte del Concedente di rischi che avrebbero dovuto essere allocati in capo al Concessionario o condivisi con questo, tale circostanza influenza certamente il trattamento statistico del PPP. Inoltre, va prestata adeguata attenzione alle conseguenze economiche che il Contratto riconosce in caso di risoluzione anticipata del Contratto, in quanto tutte le forme di compensazione non giustificate e non coerenti con una corretta allocazione dei rischi e tutte le forme di extra compensazione possono influire in maniera importante sulla classificazione statistica.

In ordine alle conseguenze economiche derivanti dall'anticipato scioglimento, il Contratto rinvia alla previsione dell'articolo 176, comma 4, del Codice che prevede che qualora la concessione sia risolta per inadempimento del Concedente, spettano al Concessionario: a) il valore dell'Opera realizzata conformemente alla Documentazione Progettuale approvata, come risultante dal Certificato di Collaudo con esito positivo, più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti; ovvero, nel caso in cui l'Opera non abbia ancora superato la fase di Collaudo, i costi indicati dai documenti nella contabilità dei lavori ed effettivamente sostenuti dal Concessionario per la realizzazione delle opere eseguite conformemente alla Documentazione Progettuale approvata; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere dal Concessionario in conseguenza della risoluzione del Contratto, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse; c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'Opera abbia superato la fase di Collaudo del valore attuale dei ricavi risultanti dal Piano Economico-Finanziario allegato al Contratto per gli anni residui di Gestione della Concessione.

Il Contratto riproduce le chiare previsioni del Codice, precisando che la somma degli importi dovuti si intende al netto di quanto già corrisposto dal Concedente al Concessionario. Il Contratto può anche riportare un'elencazione degli inadempimenti del Concedente qualificabili come gravi e come tali idonei a determinare la risoluzione dello stesso, quali il prolungato mancato pagamento dei corrispettivi dovuti,

Si segnala che la risoluzione per inadempimento del Concedente, come tutti gli eventi che determinano la cessazione anticipata del rapporto concessorio, costituisce un momento di discontinuità che riveste particolare rilievo anche per gli enti finanziatori. Essi, in caso di Operazioni di PPP (in genere strutturate con riguardo a Opere di media o grande dimensione), sono garantiti essenzialmente dai ricavi generati dal progetto. In caso di risoluzione anticipata del rapporto per fatto del Concedente, l'indennizzo dovuto al Concessionario assolve anche la funzione di garanzia. In quest'ottica, si applica altresì la previsione contrattuale che, riproducendo il dettato dell'articolo 176, comma 5, del Codice, prevede che le somme dovute al Concessionario sono prioritariamente destinate al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del Concessionario medesimo.

Qualora l'Opera abbia superato il Collaudo ed esclusivamente nella misura in cui sia necessario garantire le esigenze di continuità del servizio, il Concessionario dovrà proseguire nella gestione, alle medesime modalità e condizioni del Contratto, per un periodo non superiore a 12 mesi, fermo restando il pagamento da parte del Concedente delle somme dovute al Concessionario. Con tale formulazione il Contratto mira a salvaguardare la

continuità della gestione del servizio ogniqualvolta ricorrano esigenze di servizio pubblico a condizione che sia rispettato il diritto del Concessionario al pagamento delle prestazioni effettuate.

#### **ART. 41 – REVOCA DELLA CONCESSIONE**

Il Contratto disciplina l'ipotesi di revoca della Concessione. Sul punto, si rinvia a quanto illustrato in relazione all'articolo precedente. Anche in tal caso, in effetti, il Contratto rinvia all'articolo 176, comma 4, del Codice che prevede le spettanze economiche del Concessionario qualora la Concessione sia revocata per motivo di pubblico interesse, in analogia alla previsione della risoluzione del Contratto per inadempimento del Concedente.

#### **ART. 42 – RECESSO**

Il Contratto disciplina la facoltà di recesso delle parti, qualora non si raggiunga l'accordo sul riequilibrio del PEF entro 90 giorni dalla comunicazione di avvio della procedura ai sensi dell'articolo 34 dello stesso.

Il Contratto riprende, di fatto, la disciplina prevista dall'articolo 165, comma 6, del Codice per i casi di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, prevedendo, altresì, una decurtazione dell'importo dovuto sulla base degli oneri gravanti sul Concedente al fine di ripristinare la corretta esecuzione dei lavori e/o dei servizi conseguente al recesso. Tale ultima misura è volta a favorire il raggiungimento di un accordo tra Concedente e Concessionario sul riequilibrio del piano economico finanziario.

Analogamente a quanto previsto dall'articolo 40, le eventuali somme spettanti al Concessionario di cui al comma 2 sono destinate prioritariamente, salvi i privilegi di Legge, al soddisfacimento dei crediti dei Finanziatori e sono indisponibili da parte del Concessionario stesso fino al completo soddisfacimento di detti crediti.

Il Contratto prevede inoltre che, nelle more dell'individuazione di un Concessionario subentrante, qualora l'Opera abbia superato il collaudo ed esclusivamente nella misura in cui sia necessario a garantire esigenze di continuità del servizio pubblico, il Concessionario dovrà proseguire nella gestione alle medesime modalità e condizioni del Contratto. Sempre nelle more dell'individuazione di un Concessionario subentrante, il Concessionario uscente potrà chiedere al Concedente, fino alla liquidazione delle somme spettanti, di continuare a gestire l'Opera alle medesime modalità e condizioni del Contratto fino alla data dell'effettivo pagamento delle somme stesse.

#### **ART. 43 – EFFETTI DELLA CESSAZIONE DEL CONTRATTO**

L'articolo disciplina gli effetti derivanti dalla cessazione del contratto, sia essa dovuta a raggiungimento della scadenza naturale o a risoluzione anticipata.

La riconsegna al Concedente delle opere, delle attrezzature, degli arredi e di tutto quanto è ritenuto necessario ai fini dell'adempimento delle obbligazioni contrattuali avviene mediante redazione di un apposito verbale di restituzione dal quale risulti la consistenza e lo stato effettivo, alla data della cessazione, di tutto ciò che è oggetto di riconsegna. La riconsegna è a titolo gratuito e tutti i beni devono essere liberi da vincoli o gravami e in ottimale stato di manutenzione e funzionamento.

Il predetto verbale è preceduto dalla verifica, svolta in contraddittorio tra Concedente e Concessionario, dello stato complessivo delle Opere e dei beni che saranno oggetto di riconsegna e degli eventuali interventi necessari ad assicurare il corretto adempimento delle obbligazioni contrattuali. Salvo il caso di cessazione anticipata del contratto, tale verifica è svolta con congruo anticipo rispetto alla scadenza naturale della Concessione in modo da garantire il corretto adempimento di tutte le attività propedeutiche all'avvio della procedura di gara per l'individuazione del nuovo Concessionario, tenuto, altresì, conto che tale avvio deve intervenire almeno due anni prima della scadenza della Concessione. In un apposito allegato al Contratto sono definite le modalità di effettuazione delle verifiche sullo stato complessivo delle Opere e dei beni oggetto di riconsegna, le specifiche tecniche per la redazione del verbale di riconsegna, nonché i livelli di manutenzione e funzionamento delle Opere e dei beni che dovranno essere garantiti dal Concessionario al momento della riconsegna degli stessi.

Ai fini della copertura degli oneri per l'effettuazione degli interventi necessari a garantire il corretto adempimento degli impegni contrattuali in relazione alle Opere e ai beni oggetto di riconsegna, il Concessionario è tenuto a costituire, entro 30 giorni lavorativi dalla conclusione delle attività di verifica, una riserva mediante accantonamento di una parte del Corrispettivo. La mancata costituzione della riserva e/o la mancata effettuazione degli interventi costituisce grave inadempimento del Concessionario.

#### **ART. 44 – RIFINANZIAMENTO**

L'articolo enuncia le condizioni affinché il contratto di rifinanziamento debba essere necessariamente sottoposto alla approvazione del concedente.

Secondo quanto disposto dalle linee guida EPEC in merito alle condizioni per un nuovo contratto di finanziamento, si segnala che:

- il Concedente non può irragionevolmente rifiutare un rifinanziamento;
- il Concedente non può obbligare il Concessionario a procedere ad un rifinanziamento;
- il Concedente deve avere il diritto di negare l'autorizzazione al rifinanziamento ove questo comporti maggiori oneri per lo stesso Concedente;
- il Concedente può seguire due differenti approcci alternativi nel richiedere una percentuale dei guadagni.

Nel primo approccio il contratto di PPP stabilisce che il Concedente ha diritto ad una quota qualsiasi del guadagno derivante da un rifinanziamento se può dimostrare di aver avuto un ruolo attivo e quindi di aver compiuto azioni identificabili a tal fine (ad esempio l'aumento del rating oppure se il Concedente prende attivamente parte all'individuazione di migliori condizioni finanziarie, per esempio attraverso la partecipazione di Banche di Sviluppo). La mera autorizzazione al rifinanziamento non costituisce partecipazione attiva.

Nel secondo approccio il contratto identifica una precisa percentuale dei guadagni spettante al Concedente (fino ad un terzo) indipendentemente da azioni identificabili da parte di quest'ultimo che determinano una sua partecipazione attiva.

È importante sottolineare che il concedente può adottare solo uno dei due approcci. Qualsiasi combinazione tra i due approcci descritti ovvero l'utilizzo di approcci alternativi a quelli descritti porta automaticamente a classificare l'opera ON-Balance.

Nello schema di contratto proposto si è optato per il secondo approccio.

#### **ART. 45 – MONITORAGGIO**

L'articolo 181, comma 4, del Codice stabilisce che il Concedente deve svolgere un'attività di controllo sull'operato del Concessionario, ai fini della verifica in particolare del permanere in capo allo stesso dei rischi trasferiti, mediante la predisposizione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite con apposite linee guida adottate dell'ANAC sentito il Ministero dell'economia e delle finanze. Quanto richiesto dalla norma è stata attuato con le Linee guida n. 9 "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato" adottate dall'ANAC con delibera n. 318 del 28 marzo 2018.

A tal fine, l'articolo richiama le specifiche obbligazioni contrattuali inerenti alla messa a disposizione da parte del Concessionario dei dati e delle informazioni necessarie al monitoraggio inerente al rispetto degli obblighi contrattuali e alla ripartizione dei rischi secondo quanto previsto dal Contratto medesimo e sintetizzato nell'allegata matrice dei rischi.

Il mancato adempimento da parte del Concessionario alle obbligazioni inerenti al monitoraggio costituisce grave inadempimento ai sensi dell'articolo 37.

#### **ART. 46 – COMUNICAZIONI**

Il Contratto prevede l'obbligo generale delle parti di effettuare tutte le comunicazioni e trasmissioni di informazioni e dati a mezzo PEC, salvo che non sia diversamente concordato per iscritto dalle Parti ove consentito dalla legge.

Pubblicazione in linea sul sito internet  
della Ragioneria Generale dello Stato  
e dell'Autorità Nazionale Anticorruzione