

I contratti di concessione 2.€

di Massimo Ricchi di prossima pubblicazione nel Volume II, Finanza di Progetto e PPP (Temi europei, istituti nazionali e operatività) a cura di G. F. Cartei e M. Ricchi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.

Indice: - 1. I nuovi elementi tipici delle concessioni comunitarie; - 2. L'unificazione dei contratti di concessione e di PPP; - 3. Il trasferimento del rischio operativo e la nullità della concessione; - 4. La natura del rischio operativo dal lato della domanda e dell'offerta; - 5. Il dimensionamento dei rischi e il calcolo della Direttiva; - 6. Le limitazioni al rischio operativo consentite e quelle non ammesse; - 7. Il principio di effettività di traslazione del rischio operativo e l'obbligo di monitoraggio in *streaming*; - 8. L'obbligo in bando di adozione di sistemi di project management e BIM a disposizione della PA; - 9. La condivisione pubblica sul *web site* del *dataset* di PPP; - 10. Le concessioni 2.€ e le concessioni apparenti; - 11. Le concessioni di servizi "fredde".

1. I nuovi elementi tipici delle concessioni comunitarie

Nella direttiva 2014/23/UE (Direttiva)¹ sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, pubblicata sulla GUCE il 28 marzo 2014², è possibile cogliere l'introduzione di tre nuovi elementi che contraddistinguono l'evoluzione dei contratti di concessione, con una forte componente di complessità e di innovatività, verso lo stadio di sviluppo 2.€:

- la natura e il dimensionamento dei rischi del concessionario;
- l'obbligo di monitoraggio *in streaming*;
- la condivisione pubblica sul *web* del *dataset* riferito ad ogni operazione di PPP.

Il presente contributo si concentra sull'analisi di questi nuovi elementi che, integrandosi con quelli tipici accolti dalla giurisprudenza e dalla dottrina comunitaria e nazionale, consentono alle concessioni di fare il salto di qualità in termini di attrattività finanziaria, effettività di realizzazioni, trasparenza verso i cittadini europei e, naturalmente, di validità giuridica.

L'*upgrading* dei caratteri del contratto di concessione verso il livello 2.€ è tutt'uno con lo sviluppo dei sistemi di gestione integrata delle informazioni applicata alla costruzione di opere pubbliche e alla gestione dei servizi pubblici: il *project management* e l'*information technology* diventano

¹ Le riflessioni sulla prima versione della Direttiva (COM (2011) 897 def.) del 20.12.2011, nel Volume "Negoziazioni Pubbliche – scritti su concessioni e partenariati pubblico privati", a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone e G. Bottino, Giuffrè 2013, con contributi di E. Picozza, *Le concessioni nel Diritto dell'Unione Europea. Profili e Prospettive*, S. Levstik, *La proposta di Direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*, B. Raganelli, *Pubblico, Privato e Concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina*, M. Cozzio, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, E. D'Aleo, *La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive*.

Inoltre cfr. E. Picozza, *Le proposte nazionali all'UE di direttive in materia di appalti e concessioni e l'attuale Progetto europeo*, in Seminario "Il diritto degli appalti pubblici all'alba delle nuove direttive comunitarie", Camera dei Deputati, Roma 15 novembre 2013, C. Rangone, *La proposta di direttiva concessioni: un passo in avanti, ma insufficiente*, Convegno IGI, Nuovi scenari comunitari: direttive-appalti e meccanismi di finanziamento innovativi, Roma 22 marzo 2012.

² Un'ampia rassegna dei lavori e dei documenti preparatori della nuova Direttiva in M. Cozzio, *op. cit.*, p. 127.

essenziali nel lancio delle operazioni di partenariato pubblico-privato con forti caratteri di complessità³.

La Direttiva impone un nuovo modello contrattuale omogeneo e confrontabile negli Stati membri, che dovrebbe evitare le pratiche opportunistiche di partecipazione alle gare con la sola finalità di catturare posizioni di vantaggio nei confronti della PA o, al contrario, di avallare schemi contrattuali che depauperano i congrui margini di profitto degli operatori economici che si assumono i rischi appropriati.

Se in prima battuta l'aggiudicazione delle concessioni con rischi "sbilanciati" - nelle molteplici forme in cui si può declinare tale contratto in ambito nazionale: di lavori, di servizi, la locazione finanziaria, il contraente generale, di disponibilità, di trasformazione urbana ecc. - può creare nei concessionari o nei finanziatori l'aspettativa di una cospicua rendita, nei fatti l'irregolarità rispetto al nuovo modello produce la chiusura degli investitori europei e trans-europei al mercato nazionale, con la sua conseguente asfissia, e, in secondo luogo, genera dei contratti vulnerabili che, come verrà approfondito, non potranno essere realizzati.

2. L'unificazione dei contratti di concessione e di PPP

La Direttiva supera la dicotomia⁴ tra l'affidamento della concessione di lavori, disciplinata sino ad ora dalla direttiva 2004/18/CE e quella dei servizi che, secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, è sottoposta unicamente ai principi espressi dai Trattati⁵ ed, inoltre, accomuna nei contratti di concessione anche i contratti di PPP secondo la nomenclatura Eurostat.

Nell'ordinamento interno l'affidamento della concessione di lavori è disciplinata dal Codice dei Contratti pubblici, D. Lgs. 163/2006 (Codice) in diverse disposizioni particolareggiate mentre le concessioni di servizi, ai sensi dell'art. 30, sono affidate " (solo) nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità ...".

³ Gli aspetti tecnici dei sistemi di monitoraggio nella fase di costruzione e di gestione delle commesse pubbliche mediante sistemi BIM e di *information technology* sono trattati in questo Volume da Di Stefano D. e Martinelli N., *La PA e la governance delle concessioni per il trasferimento e la mitigazione dei rischi operativi: abbattimento dei costi e attrattività finanziaria*.

⁴ Il Considerando 4 della Direttiva evidenzia come, proprio la possibilità di qualificare i contratti di concessione come di lavori o di servizi, a seconda dell'importanza che i lavori assumono nell'oggetto del contratto, ha comportato interpretazioni divergenti tra gli Stati membri e profonde disparità nelle legislazioni nazionali a detrimento della certezza giuridica.

⁵ Vedi Corte Giust. CE, 10 novembre 2011, in causa C-348/10, Norma-A SIA c. Latgales planosanas regions, in Urb. e app., 2012, 287 con nota di R. Caranta, *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*; Corte di Giust. CE, 7 dicembre 2000, C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, in Urb. e app., 2001, 487, con nota di F. Leggiadro, *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*; Consiglio di Stato Ad. Plen., 7 maggio 2013, in Urb. e app., 2013, 915, con nota di G. F. Nicodemo, *Concessione di Servizi: nuove regole per l'affidamento. Il new deal dell'Adunanza Plenaria*; Consiglio di Stato, Sez. V, Sent. 14 aprile 2008, n. 1600.

E' stata proprio la constatazione delle caratteristiche comuni dei due contratti di concessione, di lavori e di servizi già anticipata nella Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02) (Comunicazione)⁶, ad aver concorso ad unificare la disciplina di affidamento. I contratti differiscono principalmente per il fatto che nella concessione di lavori l'aspetto realizzativo costituisce l'oggetto principale, mentre l'aspetto gestionale è comune; in definitiva nelle concessioni di lavori la realizzazione dell'opera è lo strumento per mezzo del quale viene erogato il servizio pubblico alla collettività o, nella forma strumentale, direttamente alla PA.

Una volta recepita la Direttiva nell'ordinamento interno, verrà eliminato il doppio binario di affidamento, che consente di applicare alle concessioni di servizi solo i 'leggeri' principi del Trattato, rispetto alle puntuali e numerose prescrizioni del Codice riservate alle concessioni di lavori: infatti, l'art. 30 del Codice rubricato come concessione di servizi prescrive "salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi"⁷ per l'affidamento delle quali è prevista una "gara informale a cui sono invitati almeno 5 concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi".

La Direttiva procede ad un'altra importante omogeneizzazione concettuale, infatti, quando si riferisce alle concessioni include anche quei contratti che vengono classificati dalla nomenclatura di Eurostat come contratti di PPP in cui il *main payer* sia la sola PA.

La Direttiva però sceglie di non addentrarsi⁸ in tassonomie definitorie stabilendo gerarchie di genere e specie, semplicemente quando descrive le concessioni si riferisce a volte a schemi contrattuali dove la remunerazione del concessionario è in capo agli utenti e a volte dove il *main payer* sia la PA⁹.

⁶ Per un commento alla Comunicazione vedi C. Guccione, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giornale di dir. Amm.*, 2000, pp. 1253 ss.; F. Leggiadro, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. App.*, 2000, 1430 e ss.

Così la Comunicazione specifica: "L'oggetto delle concessioni di lavori è per definizione diverso da quello delle concessioni di servizi. Ciò può condurre a differenze, in termini di investimenti e di durata, tra i due tipi di concessioni. Tuttavia, tenuto conto dei suddetti criteri, un contratto di concessione ha, in genere le stesse caratteristiche, indipendentemente dal suo oggetto"

⁷ Conformi: Tar Basilicata, Sent. 12 maggio 2007, n. 366; TRGA Trentino Alto-Adige, Sent. 28 luglio 2007, n.140; Cons. Stato, Sent. 14 aprile 2008, n. 1600; Cons. Stato, Sent. 23 maggio 2011, n. 3086; Cons. Stato, Sent. 20 giugno 2011, n. 3691; Corte Giustizia CE, Sent. 10 marzo 2011, in causa C-274/2009.

⁸ Conforme G. Santi, *Il partenariato contrattuale – Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle direttive europee e del dl 90 del 2014*, in *Diritto dei contratti pubblici* a cura di F. Mastragostino, Giappichelli, 2014, pp. 236 e ss.

⁹ In ambito nazionale, invece, ai sensi dell'art. 3, comma 15-ter del Codice si è proceduto alla categorizzazione di genere riferito ai contratti di PPP con caratteristiche essenziali comuni, all'interno del quale sono contenuti le diverse specie contrattuali di concessione lavori, di servizi, di locazione finanziaria, di disponibilità, ecc. I contratti di PPP poi possono prevedere la remunerazione del concessionario dagli utenti finali o sotto forma di canone direttamente dalla PA, come nella concessione di lavori ex art. 143, comma 9 del Codice: in questo caso vengono chiamate concessioni fredde senza, però, un riscontro normativo.

In buona sostanza le fattispecie che si possono riferire alle concessioni di lavori o di servizi possono configurarsi con:

- 1) una pluralità di utenti che paga una tariffa al concessionario (es. parcheggio, autostrada, ecc.);
- 2) una pluralità di utenti a cui la tariffa è pagata dalla PA al concessionario sulla base dell'uso effettivo, mediante un sistema di rilevamento di tipo *shadow toll* (es. parcheggio, autostrada, ecc.)¹⁰;
- 3) una tariffa unica (canone) pagata dalla PA al concessionario senza che ci sia collegamento con l'effettivo volume di uso da parte degli utenti che ne beneficiano indirettamente (es. carceri¹¹, ospedali, scuole, ecc.)¹²;
- 4) una tariffa unica (canone) pagata dalla PA, come esclusivo utente, pagata al concessionario (es. *global management* di uffici pubblici, *energy management*) ma anche nel campo, con interessanti margini di sviluppo, dell'efficientamento informatizzato della gestione di funzioni pubbliche¹³.

Nelle prime due fattispecie il concessionario sopporta il rischio di mercato a differenza delle altre due dove, nelle forme pure, ne è completamente immune.

Inoltre i contratti di concessione -indipendentemente da chi sia tra utenti e PA il soggetto remuneratore del concessionario- possono avere delle caratteristiche ibride in ragione dell'ampliamento del perimetro dell'oggetto contrattuale, come ad esempio per le trasformazioni urbane¹⁴, dove accanto alla tradizionale concessione di lavori per un parcheggio coesistono le opere di urbanizzazione primaria ed edifici pubblici da cedere alla PA e la realizzazione di scuole o di stazione di bus la cui gestione, invece, rimane in carico al concessionario¹⁵; per l'equilibrio del PEF di questi contratti di concessione possono essere previste anche consistenti cessioni di diritti edificatori volti a compensare le realizzazioni pubbliche¹⁶.

3. Il trasferimento del rischio operativo e la nullità della concessione

La novità attorno a cui ruota il modello *standard* europeo di concessione, sempre inserita nel comma 1 dell'art. 5 della Direttiva, riguarda la puntualizzazione di cosa comporta l'aggiudicazione di una concessione, in altre parole quale sia il contenuto necessario di un contratto di concessione:

¹⁰ Vedi considerando n. 18 della Direttiva.

¹¹ L'art. 43 DL 1/2012 convertito con L. 27/2012 indica la finanza di progetto come modalità prioritaria per la realizzazione di strutture penitenziarie. Su questo tema vedi M. Ricchi, *Il nuovo modello di finanza di progetto per la realizzazione di strutture penitenziarie e tre raccomandazioni al Ministero della Giustizia*, Forum Infrastrutture 2013, Roma, www.serviziparlamentari.com.

¹² *Ibidem*.

¹³ Vedi *infra* il paragrafo "Le concessioni di servizi fredde".

¹⁴ Cfr. F. Pellizzer, *Accordi tra amministrazioni e tra amministrazioni e privati nel governo del territorio*, Report 2011, in *Ius publicum network review*, 2011; P. Urbani, *Territorio e poteri emergenti*, Giappichelli, 2008.

¹⁵ R. Giovannini, *Le esperienze delle amministrazioni locali per riscaldare le opere fredde*, in *Finanza di Progetto – Temi e prospettive*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

¹⁶ Si veda E. Micelli, *I diversi approdi al partenariato pubblico-privato: regole urbanistiche e regole economiche declinate nelle esperienze*, Associazione veneta avvocati amministrativisti, Castelfranco Veneto 25.11.2011, e la Sentenza CEG 18 gennaio 2007, causa C-220/05, che afferma come il valore di una trasformazione urbana comprenda non solo i pagamenti diretti della PA all'affidatario privato ma anche tutti gli introiti che provengono dai terzi.

i.e. il trasferimento al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi¹⁷.

In generale le prescrizioni comunitarie¹⁸ prevedono che in un contratto di PPP il privato debba sostenere sostanzialmente, e non formalmente¹⁹, il rischio di costruzione e almeno uno dei due rischi di domanda e di disponibilità²⁰, mentre la PA deve assumere pienamente il rischio c.d. “amministrativo”, costituito da eventi riconducibili alla sua diretta responsabilità²¹.

Il rischio domanda dipende dalla variabilità della richiesta del servizio erogato dal concessionario agli utenti che pagano una tariffa. Il rischio di disponibilità, invece, è individuabile, secondo il Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati del 30 aprile 2004 (Libro Verde sul PPP) “in operazioni di altro tipo, (dove) il partner privato è destinato a realizzare e gestire un'infrastruttura per la pubblica amministrazione (ad esempio, una scuola, un ospedale, un centro penitenziario, un'infrastruttura di trasporto)”²². “In questo modello la retribuzione del partner privato non avviene in forma di compensi versati dagli utenti del lavoro o del servizio, ma di pagamenti regolari ricevuti dal partner pubblico”.

Il rischio di disponibilità è il rischio legato alla *performance* dei servizi che il partner privato deve rendere alla PA e si sostanzia nella potenziale decurtazione dei pagamenti pubblici per effetto dell'applicazione di penali, qualora gli *standard* dei servizi non siano soddisfatti²³. L'applicazione delle penali per il mancato raggiungimento degli *standard* predeterminati in termini di volume e di qualità, dovrebbe avvenire, per essere considerata effettiva, in conseguenza di un monitoraggio oggettivo in tempo reale.²⁴

¹⁷ Cfr. S. Levstik, *op. cit.*, p. 143.

¹⁸ Vedi Comunicazione sulle concessioni, *cit.*, “il concessionario assume non soltanto i rischi inerenti ad una qualsiasi attività di costruzione, ma dovrà altresì sopportare quelli connessi alla gestione e all'uso abituale dell'impianto” e il Libro Verde sul PPP, *cit.*

¹⁹ Vedi PCM (Presidenza del Consiglio dei Ministri), Circolare sui criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31. (09A04127) (GU n. 84 del 10-4-2009), in www.utfp.it, 27 marzo 2009.

²⁰ Il rischio di disponibilità è configurato da Eurostat nella Decisione 11 febbraio 2004 e ripreso dall'AVCP nella determinazione 11 marzo 2010, n. 2.

²¹ Cfr. Libro Verde sul PPP, *cit.* e C. Giorgiantonio e V. Giovanniello, *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione, Occasional Paper, Questioni di economia e finanza, Banca d'Italia*, novembre 2009.

²² Nell'ordinamento interno la concessione di lavori fredda è esplicitamente disciplinata nell'art. 143, comma 9 del Codice: “Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera”.

²³ Diffusamente in AVCP, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici* in Determina n. 2, 11 marzo 2010.

²⁴ *Ibidem*: “Nel caso di opere fredde l'amministrazione concedente è tenuta a pagare al privato concessionario non soltanto l'eventuale prezzo – in beni immobili o in danaro – ma a corrispondere periodicamente il c.d. canone di disponibilità ed i canoni per i servizi resi all'amministrazione. Sul monitoraggio e l'applicazione di penali nelle concessioni fredde si veda anche PCM, *Circolare sui criteri*, *cit.*”

Che i rischi siano centrali nella qualificazione delle concessioni non è una novità per il Codice²⁵: infatti, la previsione dell'art. 143, comma 9, indica la necessità nelle concessioni destinate alla utilizzazione diretta della PA - c.d. fredde in cui il *main payer* sia la PA con il pagamento di un canone periodico all'affidatario²⁶ - di mantenere a carico del concessionario "l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera".

Il Codice, invece, non è stato così esplicito nella necessità di individuare i rischi nelle concessioni ordinarie, dove i proventi della gestione sono corrisposti dagli utenti fruitori del servizio, plausibilmente perché ciò è stato ritenuto un fatto comunemente acquisito. La presupposizione scontata del trasferimento dei rischi nelle concessioni ordinarie non deve far abbassare la guardia nella verifica delle condizioni di esistenza dei contratti stessi e della loro contabilizzazione *off balance*, che come si vedrà sono ambiti non coincidenti ma in rapporto di consecutività logica: non si possono fare le verifiche sull'imputazione o meno nel bilancio pubblico degli investimenti privati se prima non sia confermata la validità del contratto di concessione secondo il tipo comunitario.

Inoltre, sempre con riferimento ai rischi, il terzo correttivo, il D.Lgs. 152/2008, ha inserito nel Codice all'art. 3, comma 15-*ter*, la definizione dei contratti di partenariato pubblico-privato (di cui fanno parte le concessioni di lavori e di servizi), specificando che per tali contratti deve esserci una "allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni comunitarie vigenti".

Questa previsione del Codice, sull'allocazione dei rischi nei contratti di PPP, ha natura prescrittiva (e non meramente programmatica) con conseguenze erariali²⁷ in ordine alla responsabilità della PA che non si conformi al paradigma comunitario nella redazione contrattuale delle concessioni, causando evitabili aumenti dei costi complessivi dell'operazione a carico delle finanze pubbliche²⁸. I principi comunitari vigenti impongono una traslazione dei rischi tra le parti secondo la regola aurea di efficienza allocativa al soggetto che sappia gestirli al meglio²⁹, sia per abbattere il costo complessivo dell'operazione e sia per corrispondere un'adeguata remunerazione ai capitali privati commisurata ai rischi effettivamente traslati.

²⁵ Cfr. G. F. Cartei, *Interesse pubblico e rischio: il principio di equilibrio economico finanziario nella finanza di progetto*, in *Finanza di Progetto - Temi e prospettive* a cura di G. F. Cartei e M. Ricchi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

²⁶ Una precisa analisi delle concessioni fredde è condotta dall'AVCP, *Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione*, Determinazione n. 2, 11 marzo 2010.

²⁷ Cfr. Sulla possibilità per la PA di revocare i contratti di concessione in perdita per una erronea distribuzione dei rischi vedi M. Ricchi, *Le scelte della pubblica Amministrazione: gli affidamenti, i contratti di PPP ed i poteri di revoca*, in *Finanza di Progetto - Temi e prospettive* a cura di G. F. Cartei e M. Ricchi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

²⁸ Cfr. P. Crea, *Contributo pubblico e danno erariale*, in *Finanza di Progetto - Temi e prospettive cit.*, pp. 201 – 222.

Nella Comunicazione della Commissione, *Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*, COM(2009) 615 def., del 19 novembre 2009, si chiarisce che i progetti di PPP possono "migliorare la condivisione dei rischi tra settore pubblico e privato. Se i compiti sono adeguatamente distribuiti, una gestione dei rischi più efficiente riduce i costi complessivi dei progetti".

²⁹ Così Comunicazione, par 2.1.2 "la ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario avviene caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione".

In una operazione di PPP non è parimenti accettabile per la collettività dover sopportare la lievitazione dei costi per una errata distribuzione dei rischi o per remunerare il concessionario senza rischi; in questo ultimo caso si determina un ingiustificato arricchimento del concessionario a detrimento dell'erario pubblico³⁰.

Una recente sentenza Tar³¹ ha sancito la nullità del negozio per inosservanza dei precetti comunitari nella distribuzione dei rischi. Il contratto di concessione posto in essere senza una adeguata distribuzione dei rischi in violazione dei principi comunitari, e ciò vale anche per tutti i contratti di PPP, è nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 del codice civile recante "contratto in frode alla legge" per conseguire un risultato precluso dall'ordinamento.

La sentenza citata commina la nullità della concessione perché è "in netto contrasto con lo schema normativo tipico di una remunerazione degli investimenti dei privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che si verifichi quella traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale (elemento essenziale dello schema contrattuale del project financing) collegato allo svolgimento dei servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate, in modo tale che il rientro e l'adeguata remunerazione dei capitali investiti siano assicurati dalla redditività dell'iniziativa economica intrapresa".

Inoltre, su un diverso piano di accertamento, anche la Corte dei Conti³², oramai in sentenze seriali, rammenta come l'operazione di locazione finanziaria (contratto di PPP) possa rappresentare una forma di indebitamento vietata agli enti che hanno violato il patto di stabilità; con la conseguenza indicata nell'art. 20, commi 10 e 12, della legge 111 del 2011 che così recita: "I contratti di servizio e gli altri atti posti in essere dalle regioni e dagli Enti locali che si configurano elusivi delle regole del patto di stabilità interno sono nulli". Infine, sul piano della responsabilità amministrative personali: "Qualora le sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti accertino che il rispetto del patto di stabilità interno è stato artificiosamente conseguito mediante una non corretta imputazione delle entrate o delle uscite ai pertinenti capitoli di bilancio o altre forme elusive, le stesse irrogano agli amministratori che hanno posto in essere atti elusivi delle regole del patto di stabilità interno la condanna ad una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di 10 volte l'indennità di carica percepita al momento della commissione dell'elusione e, al responsabile del servizio economico – finanziario una sanzione pecuniaria fino a tre mensilità."

³⁰ Cfr. M. Ricchi, *ult. op. cit.*

³¹ La Sentenza Tar Sardegna, n. 213 del 10 marzo 2011, dichiara la nullità di una concessione in violazione dell'obbligo di traslazione dei rischi in capo al privato: "il contratto di concessione in esame si deve qualificare come contratto nullo per la illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 (Contratto in frode alla legge). L'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento in esame, si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si elude l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione dei lavori pubblici e il project financing, facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento".

³² Un ampio riepilogo in Deliberazione Corte dei Conti - sez. regionale di controllo per il Veneto 2/9/2011 n. 352/2011.

La comprensione di questo passaggio da parte di tutti gli attori delle operazioni che utilizzano schemi contrattuali concessori (PA, operatori economici e soggetti finanziatori) è determinante perché si possa transitare verso la una nuova generazione di contratti rispettosi delle prescrizioni comunitarie vigenti in uno spirito di leale collaborazione tra tutti gli *stakeholder*.

La nullità dei contratti di concessione sbilanciati nella distribuzione dei rischi o nella loro remunerazione eccessiva³³ è l'incentivo che condizionerà il mercato ad operare senza sfruttare maliziosamente le asimmetrie informative e di competenze di cui è afflitta la PA.

Infine, un'errata configurazione del rischio operativo favorisce la vulnerabilità della procedura di affidamento da parte degli operatori economici, i quali potrebbero facilmente sostenere che la concessione sia in realtà un contratto di appalto, con la richiesta di annullamento della gara e la sua ripetizione con le regole dell'appalto tradizionale³⁴.

4. La natura del rischio operativo dal lato della domanda e dell'offerta

Il rischio operativo, a cui il privato concessionario deve essere esposto, ha una natura economica per i potenziali riflessi sulla sostenibilità del PEF della concessione³⁵ e può riguardare il lato della domanda e dell'offerta.

Tipicamente il rischio di domanda consiste nel fatto che la fruizione di quel servizio possa avere un calo per l'insorgere nel mercato di un'offerta competitiva di altri operatori, come per mancanza di *appeal* della gestione del concessionario, oltreché a fattori del tutto esogeni come quello di una contrazione dei consumi generata da una crisi economica.

Quanto al rischio sul lato dell'offerta può riguardare, ad esempio, i contratti in cui i privati vengono "remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore ... qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda ... dalla loro fornitura", e ancora "per il rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta di lavori e servizi che sono oggetto del contratto, in particolare che la fornitura non corrisponda alla domanda" (così i considerando nn. 18, 19 e 20 della Direttiva).

L'indizio interpretativo - offerto dai considerando della Direttiva - riguarda il fatto che il rischio operativo dal lato dell'offerta sia stato configurato solo per i contratti di concessione dove la PA sia

³³ In Sentenza Tar Sardegna *ult. cit.*

³⁴ Cfr. Comunicazione sulle concessioni, *cit.*, punto 2.1.2, laddove precisa: "(quando) l'elemento rischio viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione".

³⁵ Vedi G. F. Cartei. *Interesse pubblico e rischio: il principio di equilibrio economico-finanziario nella finanza di progetto*, in Finanza di Progetto – Temi e prospettive, a cura di G.F Cartei e M. Ricchi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010.

il *main payer* e paga un canone periodico a fronte della realizzazione di una struttura e la gestione di un servizio, oppure solo per la gestione di un servizio³⁶.

In altre parole il riferimento è alle concessioni “fredde” a cui si è accennato per la realizzazione di ospedali, strutture penitenziarie, uffici pubblici, ecc. o alle concessioni di servizi fredde di *global service* e assimilati³⁷ denominate di PPP, secondo la consueta nomenclatura Eurostat.

Quando la capacità dell’offerta del concessionario, stabilita contrattualmente, possa venir meno per qualsiasi ragione, con conseguenze afflittive di ordine economico che potenzialmente valgano ad intaccare la remunerazione del concessionario, allora queste circostanze possono configurare il rischio operativo dal lato dell’offerta³⁸.

In particolare nei contratti di concessioni fredde –stante la struttura bilaterale in cui la PA paga un canone al concessionario a cadenza periodica– per configurare il rischio operativo dal lato dell’offerta deve essere strutturato un sistema di penali ad applicazione automatica³⁹, che decurta il canone versato dalla PA al concessionario ogniqualvolta venga rilevato il mancato soddisfacimento degli *standard* di servizi predeterminati in termini di volume o di qualità.

Per questo motivo nelle concessioni fredde deve essere attivo un costante monitoraggio (h 24)⁴⁰, solitamente gestito da un *software*, degli obblighi di *compliance* delle prestazioni in termini di qualità ed efficienza che gravano sul concessionario.

Sembra, allora, che il rischio operativo dal lato della offerta coincida con il rischio di disponibilità, anche se viene da domandarsi perché la Direttiva non l’abbia esplicitato⁴¹ almeno nei consideranda, quando il rischio di disponibilità ha già un’ampia casistica definitoria ed è espressamente richiamato da documenti comunitari di contabilità Eurostat⁴².

Il motivo di questa mancata ripresa lessicale, frutto di un evidente compromesso⁴³ perché il termine “rischio di disponibilità” era presente nella versione della Direttiva precedente alla sua pubblicazione sulla GUCE, potrebbe risiedere nell’intenzione di voler accedere ad una ricostruzione di rischio che vada oltre quella indicata per la contabilizzazione Eurostat degli investimenti in PPP.

³⁶ Vedi F. Goisis, *La Concessione*, *op. cit.*, pp. 1714. L’A. evidenzia che per la CEG l’unico rischio rilevante sia quello dal lato della domanda.

³⁷ Vedi *infra* il paragrafo “Le concessioni di servizi fredde”.

³⁸ Cfr. G. Santi, *Il partenariato contrattuale – Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle direttive europee e del dl 90 del 2014*, in *Diritto dei contratti pubblici* a cura di F. Mastragostino, Giappichelli, 2014, p. 243.

³⁹ Il sistema è prefigurato nell’art. 153, comma 13 del Codice.

⁴⁰ Vedi in questo Volume Di Stefano D. e Martinelli N., *op.cit.*

⁴¹ S. Levstik., *cit.*, p. 143, l’A. commenta la versione Direttiva del 20.12.2011 (COM 2011 def.) dove il rischio di disponibilità era esplicitamente citato.

⁴² Eurostat, *Manual on Government Deficit and Debt*, *cit.* Per un commento applicativo PCM, *Circolare*, *cit.* e EPEC-UTFP, *Una guida al PPP – Manuale di buone prassi*, in www.utfp.it, versione italiana, maggio 2011.

⁴³ S. Levstik., *cit.*, p. 143, l’A. riferisce il parere sulla proposta di nuova Direttiva della Commissione IMCO (Mercato interno e protezione dei consumatori) del Parlamento europeo, che esprime la necessità di eliminare la definizione di rischio, incorporandola nella definizione di concessione per farla coincidere con il rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato.

La Direttiva, lungi dal voler prendere le distanze da quei punti fermi, ha, piuttosto, individuato il comune denominatore economico che possono assumere i rischi, collocandoli nel contesto della dinamica classica del mercato. Nel mercato si fronteggiano domanda ed offerta ed i rischi si collocano in entrambi i versanti; per cui il valore che il rischio assume, dal lato della domanda e dell'offerta, per poter rientrare nella categoria generale di rischio operativo deve essere tale da poter intaccare gli investimenti effettuati ed i costi di gestione.

5. Il dimensionamento dei rischi e il calcolo della Direttiva

Come accennato le prescrizioni comunitarie vigenti prevedono che in un contratto di concessione il privato debba sostenere il rischio di costruzione e almeno uno dei due rischi di domanda e di disponibilità.

Fino ad ora l'obbligatorietà di questa prescrizione è stata "debole" a causa del solo rinvio del Codice al concetto di allocazione corretta dei rischi secondo le prescrizioni comunitarie vigenti, soprattutto, mancando l'*ubi consistam* del rischio non ancora definito in termini quantitativi.

Con la Direttiva in esame il vuoto sulla previsione sostanziale di rischio a livello comunitario è stata colmata, ed è una definizione compiuta perché non consente ai concessionari e agli istituti finanziatori e alla PA di introdurre in modo strisciante forme di attenuazione o eliminazione del proprio rischio, restituendolo alla PA.

Ai sensi dell'art. 5, comma 1 della Direttiva, il rischio operativo, che deve essere trattenuto dal concessionario, ha natura economica e implica la possibilità "che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione".

L'intenzione del legislatore comunitario di quantificare la possibile entità del rischio è testimoniata dal fatto che il rischio operativo, nelle versioni precedenti del testo della Direttiva⁴⁴, era definito "sostanziale"⁴⁵; poi l'aggettivo sostanziale è stato espunto, proprio perché consentiva interpretazioni non univoche⁴⁶ ed è stata introdotta la clausola di dimensionamento quantitativo commisurata agli investimenti effettuati e ai costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi.

⁴⁴ In una prima versione della Direttiva (COM (2011) 897 def.) del 20.12.2011, ex art. 2 era stato introdotto il concetto di "rischio operativo sostanziale". L'aggettivo sostanziale è stato omesso nella versione approvata dal Parlamento europeo il 15 gennaio 2014 e pubblicata sulla GUCE il 31 marzo 2014, probabilmente in ragione dell'indeterminatezza del concetto "sostanziale" che avrebbe potuto generare molteplici interpretazioni ed inutilmente confliggente con la necessità di rendere "misurabile" l'entità del rischio, poi espresso dalla prescrizione "che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti".

⁴⁵ Cfr. F. Goisis, *La Concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche*, in I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture a cura di Villata R., Cedam, 2014, Tomo II, p. 1702.

⁴⁶ Sulla necessaria (ed incerta) misurazione del rischio in capo al privato per configurare una concessione di servizi o un appalto di servizi si veda Corte Giustizia CE, Sent. 10 novembre 2001, cit. con nota di R. Caranta, in particolare dove la Corte rimette al giudice nazionale di verificare se il contratto *de quo* sia un appalto di servizi e non una concessione qualora ravveda che "il prestatore, in forza delle norme di diritto pubblico e delle clausole contrattuali che disciplinano la fornitura di tali servizi, non assume in misura significativa il rischio in cui l'amministrazione aggiudicatrice incorre".

La dimensione del rischio operativo, da traslare in capo al concessionario mediante clausole contrattuali, deve essere commisurata almeno al valore degli investimenti effettuati e ai costi gestionali; questa clausola generale di misurazione del rischio operativo si adatta ad ogni tipo di schema contrattuale e trova i limiti dimensionali all'interno di ciascun progetto.

La Direttiva precisa, dunque, il valore potenziale della perdita economica associata al rischio operativo da traslare al privato, mancando il quale il contratto, come è stato visto, potrebbe essere dichiarato nullo per illiceità della causa; fino ad oggi l'indeterminatezza di questo valore ha consentito una estrema variabilità dei contenuti del rischio da traslare e ha tollerato le pratiche elusive delle prescrizioni comunitarie.

La traduzione in termini operativi della dimensione del rischio operativo avrà un impatto conformativo particolarmente intenso per le concessioni esposte al rischio dal lato dell'offerta⁴⁷. Queste sono tipiche delle operazioni di fredde, appunto senza rischio domanda a carico del concessionario, come gli ospedali, le carceri e gli uffici pubblici, in cui le potenziali decurtazioni al canone pubblico versato dalla PA, per effetto di specifiche clausole contrattuali, dovrà essere tale da poter intaccare il recupero degli investimenti effettuati e i costi gestionali. Invece, nelle concessioni ordinarie questo effetto consuntivo in linea teorica è sempre ipotizzabile per la potenziale variabilità bidirezionale della domanda.

Per non lasciare nel vago il processo di misurazione del rischio il considerando n. 20 della Direttiva entra nel dettaglio per cui "ai fini della valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario".

Occorre uscire dall'ambiguità del considerando optando per una interpretazione non contraddittoria con quanto espresso nell'art. 5 della Direttiva: la misurazione dei valori massimi potenziali di esposizione al rischio operativo va condotta mediante l'attualizzazione dei valori di investimento e separatamente dei costi gestionali come emergono dal PEF in cui sono indicati anche i ricavi gestionali.

Non si deve accedere all'interpretazione che svilisce il valore potenziale del rischio assimilandolo al valore della concessione, calcolato mediante la differenza tra i ricavi attualizzati e costi di investimento e quelli gestionali attualizzati: il saldo sarebbe ben poca cosa e non consentirebbe di svolgere efficacemente la funzione di deterrenza e di traslazione del rischio, ma, soprattutto, oscurerebbe il principio sancito dalla Direttiva "che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione".

⁴⁷ Vedi V. Vecchi, *Rischio operativo, con le nuove regole vita più difficile ai project financing italiani, specie quelli con canone della Pa*, in *Dossier-Direttive concessioni, Edilizia e territorio*, n. 3, 2014, pp. 20 e ss.

L'ultimo periodo dell'art. 3, comma 15-ter del Codice stabilisce come, fatti salvi gli obblighi di comunicazione normativamente previsti, "alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat"⁴⁸.

La nuova Direttiva risolve la questione se le condizioni di trasferimento del rischio richiamate dalla decisione Eurostat 11 febbraio 2004 siano condizioni necessarie e sufficienti per l'esistenza di una concessione⁴⁹.

Alla luce della Direttiva è possibile affermare che le condizioni non sono coincidenti⁵⁰, non potendosi accedere alla verifica *Eurostat friendly* di un contratto se non sia stata soddisfatta la traslazione del rischio operativo che garantisce l'esistenza della concessione; basti pensare ad una concessione in cui i requisiti *Eurostat off balance* di contabilizzazione siano soddisfatti ma la dimensione all'esposizione del rischio non è completa, ad esempio quando sia commisurata potenzialmente solo all'80 % dell'attualizzazione dei costi di investimento e gestionali.

6. Le limitazioni al rischio operativo consentite e quelle non ammesse

C'è un particolare che merita attenzione nella definizione di rischio operativo della Direttiva, legato alla necessità che non sia garantito il recupero degli investimenti e dei costi inerenti alla gestione. Infatti, l'art. 5 comma 1, con l'inciso "in condizioni operative normali" stabilisce una salvezza per il concessionario privato all'assunzione del rischio operativo.

Sembrerebbe che sia escluso dal rischio operativo a carico del concessionario quello generato dal rischio finanziario sistemico⁵¹ a fronte del quale, per entità e forza d'urto, nulla può l'operatore privato.

Ci sono delle prassi nazionali e internazionali che, in presenza di fluttuazioni eccezionali dei tassi finanziari, esonerano il privato dall'assunzione del rischio corrispondente⁵², imputandolo alla forza

⁴⁸ S. Fantini, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁹ Vedi A. Spinelli, *Le concessioni di lavori pubblici*, in Manuale di Diritto amministrativo, vol. IV, I contratti pubblici a cura di F. Caringella e M. Giustiniani, Dike Giuridica Ed., 2014, p.1188.

⁵⁰ Conforme P. Potrito, *Le concessioni di lavori pubblici*, in Manuale di Diritto amministrativo a cura di F. Caringella e M. Giustiniani, Vol. IV - I contratti pubblici, Dike, 2014, p. 1189; F. Goisis, *La Concessione, op. cit.*, pp. 1711e ss.; *Contra* G. Santi, *op.cit.*, p. 257, rileva che "parrebbero potersi effettivamente qualificare come contratti di partenariato solo quei contratti che presentano caratteristiche tali (in punto a trasferimento del rischio in capo all'operatore privato) da poter essere registrati fuori dal bilancio delle amministrazioni (e quindi reputati *off balance*)".

⁵¹ Il rischio finanziario sistemico, contrapposto al rischio specifico, riguarda il mercato nel suo insieme e non i singoli comparti. Vedi l'istituzione del CERS – Comitato europeo per il rischio sistemico costituito in risposta alla crisi finanziaria mondiale. La Commissione europea ha incaricato un gruppo di esperti ad alto livello, presieduto da Jacques de Larosière, di valutare il modo in cui rafforzare i meccanismi europei di vigilanza per assicurare una migliore tutela dei cittadini nonché per ristabilire la fiducia nel sistema finanziario. Fra le molteplici conclusioni è emerso che tali meccanismi si dovrebbero concentrare non soltanto sulla vigilanza delle singole imprese, ma anche sulla stabilità del sistema finanziario nel suo complesso, in www.esrb.europa.eu/about/background/html/index.it.html.

⁵² Cfr. EPEC, *Termination and force majeure. Provisions in PPP contracts*, in www.eib.org/epec, march 2013.

maggiore, soverchiante e non prevedibile, piuttosto che ad una incapacità del concessionario di gestire scenari finanziari difficili.

La crisi presente e soprattutto l'azione di "pressione" degli istituti di credito ha inserito l'inciso per evitare che le depressioni critiche dei cicli economici debbano essere sopportate dal sistema bancario, traslando così sul pubblico il rischio corrispondente.

L'entità della possibile perdita, in mancanza fino ad ora di un parametro quantitativo di riferimento, sovente è stata fortemente limitata dal contraente privato, con maggiore competenza e specializzazione e dunque con una forza negoziale superiore alla PA, che per tale motivo non ha subito sostanzialmente conseguenze economiche sfavorevoli.

Di seguito, infatti, degli esempi elusivi dell'obbligo di trattenere il rischio operativo a carico del privato concessionario e ricorrenti nella prassi contrattuale⁵³: i) quando nei contratti di PPP i canoni da corrispondere dalla PA al privato non possono essere decurtati al disotto dei c.d. minimi garantiti, valore che in genere coincide con la rata di restituzione del debito contratto con gli istituti di credito; ii) quando ci siano delle clausole contrattuali che pongono un limite irragionevole alle penali a carico del concessionario, consentendo ad esempio di decurtare solo l'utile; iii) quando vengono richieste alla PA in modo diretto delle fidejussioni *omnibus* a garanzia del debito contratto⁵⁴ dal concessionario⁵⁵; iv) quando vengono pattuiti dei pagamenti della PA al concessionario a fronte dei quali l'affidatario della concessione non rende alcun servizio o rende dei servizi non esposti ad alcun tipo di rischio.

Per l'attenuazione del rischio operativo compatibile con il principio l'art. 5 della Direttiva si dovranno percorrere altre vie come:

- a) l'introduzione di un vincolo di coerenza tra la localizzazione del rischio e il valore potenzialmente aggredibile. In altre parole qualora si avveri un rischio gestionale questo dovrebbe poter intaccare solo il valore commisurato all'attualizzazione dei costi gestionali e non quello riferibile all'attualizzazione dei costi di investimento e viceversa;
- b) l'applicazione dell'*operative cross consistency risk* nelle realizzazioni complesse in cui il concessionario sia esposto al rischio della domanda. Qualora nel contratto di concessione sia prevista una garanzia pubblica, che introduce un meccanismo di mitigazione del rischio domanda, compensando i ricavi che siano scesi in particolari circostanze al di sotto di valori critici, allora si potrebbe prevedere un meccanismo che inneschi il rischio operativo dal lato dell'offerta a carico del concessionario. L'entrata funzione della mitigazione della domanda sotto forma di garanzia,

⁵³ Così il considerando n. 18 della Direttiva.

⁵⁴ La Sentenza Tar Lombardia, Brescia, 19 aprile 2007, n. 398, stigmatizza la concessione che ha previsto la prestazione a carico della PA di una garanzia *omnibus* per il debito contratto dal concessionario con l'istituto di credito.

⁵⁵ Considerando n. 19.

eliminando il rischio domanda anche se solo temporaneamente, metterebbe a rischio l'esistenza della stessa concessione, invece in questa fase l'installarsi nello schema concessorio di un progredito⁵⁶ rischio di disponibilità avrebbe l'effetto di salvaguardare la tenuta giuridica della concessione. Lo stesso considerando 19 della Direttiva nei settori con tariffe regolamentate sembra alludere all'ammissibilità di compensazioni parziali che limitino il rischio operativo.

7. Il principio di effettività di traslazione del rischio operativo e il monitoraggio in streaming.

L'art. 5, comma 1 puntualizza, ancora, che la potenziale perdita del concessionario non deve essere trascurabile, contrariamente com'è stato detto lo solleverebbe dal rischio, e non sia puramente nominale: con ciò riferendosi ai meccanismi di riconoscimento della perdita che potrebbero essere macchinosi e, per questo, frustranti l'effettiva esposizione al rischio del privato⁵⁷.

Il riferimento stigmatizza le prassi contrattuali di inserire a carico della PA delle onerose pratiche di monitoraggio delle attività del privato e delle minuziose prescrizioni di contestazione per l'applicazione delle penali (ad es. con possibilità di dedurre e contro dedurre per iscritto⁵⁸). In questo modo gli elevati costi di rilevamento e, soprattutto, l'impossibilità di sottoporre alle procedure concordate le rilevanti quantità di contestazioni che emergono quotidianamente nell'esecuzione di un contratto di PPP, svuoterebbero di fatto la deterrenza economica del rischio.

L'esclusione della nominalità del rischio introduce specularmente il principio di effettività di traslazione del rischio operativo sia in fase di costruzione come in fase di gestione.

Il principio di effettività in fase gestionale è già emerso nell'art. 153, comma 13 del Codice laddove precisa che "Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 113; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale".

Questa disposizione tende a rafforzare il principio di effettività (in questo caso di applicabilità immediata della penale) specialmente nelle concessioni ordinarie dove l'escussione della garanzia deve essere a semplice richiesta e senza la preventiva escussione del debitore garantito; mentre nelle concessioni fredde, con maggiore efficacia, si riduce direttamente il canone che la PA deve corrispondere al concessionario.

⁵⁶ Il riferimento è ai contratti 2.€ in cui il concessionario rinuncia attraverso il monitoraggio pervasivo della concessione ad avere spazi di informazioni riservate.

⁵⁷ Sulle penali cfr. PCM, *Circolare*, cit.

⁵⁸ La Determinazione AVCP n. 10 Adunanza del 25 gennaio 2012, stigmatizza che avverso le decisioni del DG sia possibile fare ricorso ad una Commissione di valutazione in assenza di parametri certi e, perciò, inefficace.

Su questo tema è emblematica la Determinazione n. 10 del 25 gennaio 2012 dell'AVCP (Autorità) in veste ispettiva sull'aggiudicazione della concessione per la realizzazione dei quattro Ospedali toscani. L'Autorità dopo aver rilevato che per ciascuna penale è prevista solo una generica descrizione del disservizio –dipendente, tra l'altro, dalla gravità dell'inadempimento rimesso all'apprezzamento del Direttore sanitario contro cui è possibile fare ricorso- conclude che in assenza di parametri certi di applicazione delle penali non può essere considerata efficace e di conseguenza il rischio di disponibilità non si può considerare trasferito.

L'Autorità impone alle quattro Aziende Sanitarie di intervenire efficacemente in qualità di concedente sulla disciplina delle penali concordando gli indicatori e gli *standard* di riferimento delle varie prestazioni, nonché la griglia di accettabilità dei servizi.

La nuova Direttiva impone non solo il trasferimento del rischio operativo ma anche la capacità di escuterne il peso economico in caso di avveramento con immediatezza sia in fase di costruzione che di gestione.

Il principio di effettività di traslazione del rischio, come man mano viene a delinearsi, si salda con due condizioni importanti per la PA:

- 1) di esistenza della stessa concessione, infatti il mancato trasferimento del rischio operativo è equiparato all'inefficace trasferimento del rischio ai fini della dichiarazione di nullità della concessione, quale negozio in frode alla legge. L'inefficacia del trasferimento del rischio a valle, in fase di escussione, comporta l'elusione dell'applicazione delle prescrizioni comunitarie vigenti sulla distribuzione dei rischi;
- 2) di contabilizzazione *off balance* delle operazioni di PPP fredde per effetto della Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 e delle regole Sec 95.

Anche se la letteratura e la giurisprudenza si sono concentrate specialmente sul tema del trasferimento dei rischi nelle opere fredde di PPP, attraverso come visto clausole contrattuali che “iniettano” il rischio sul concessionario, occorre ricordare come il vaglio della tenuta dell'effettività del trasferimento del rischio in fase esecutiva è parimenti rilevante per le concessioni ordinarie dove il rischio domanda è posto a carico del concessionario. In tutte le concessioni, senza eccezioni, deve essere assicurato il trasferimento del rischio operativo e la sua effettività in fase di costruzione come in fase di gestione.

Il principio di effettività può essere garantito esclusivamente da un sistema di monitoraggio h/24 in mano al concedente in fase di costruzione come in fase di gestione; è necessario perciò approntare una strutturazione di processi digitali di gestione delle informazioni legate al ciclo di vita dell'edificio con particolare riguardo ai momenti di progettazione-costruzione-gestione in cui il flusso di informazioni transiti dalla realtà dei fatti alla cognizione della stazione concedente.

Il soggetto pubblico deve poter seguire le operazioni di realizzazione dell'opera pubblica da una propria cabina di regia in quattro dimensioni (la quarta è quella temporale) man mano che viene a compimento, ed essere allertato quando qualsiasi rischio a carico del concessionario si avveri, sia che preveda l'applicazione automatica delle penali con rilevamento oggettivo (es. ritardi) che quando si avverino dei rischi (es. costi supplementari) a cui il concessionario deve semplicemente fare fronte⁵⁹.

Al termine dell'esecuzione del lavoro nella disponibilità del concedente rimane un modello *as built* completo delle informazioni utili alla gestione che corrisponde esattamente a quanto venuto ad esistenza, sezionabile a qualsiasi livello come in una risonanza e ispezionabile in un tempo successivo, potendosi scegliere anche un momento temporale specifico legato ad una fase di produzione⁶⁰.

Il monitoraggio *in streaming* in fase gestionale consente di verificare il raggiungimento delle *performance* predeterminate o i livelli minimi di qualità dei servizi con l'applicazione delle penali in automatico; l'amministrazione concedente ha il controllo⁶¹ effettivo sulla concessione per l'arco temporale contrattualmente determinato, senza dover dipendere dai *report* periodici del concessionario, così eliminando le asimmetrie informative, che potrebbero innescare dinamiche di *moral hazard* post contrattuale⁶².

8. L'obbligo in bando di adozione di sistemi di project management e BIM a disposizione della PA

Il monitoraggio *in streaming* consente all'amministrazione di dimostrare l'effettività del trasferimento del rischio nei contratti di concessione o di PPP, perciò la clausola di fornitura e messa a disposizione del sistema *software* informativo dovrà essere inserita nel contratto.

Il bando di gara dovrà prevedere l'obbligatoria adozione per i concessionari di sistemi di *project management* e di BIM⁶³ in fase di progettazione, di realizzazione e di gestione e, la conseguente,

⁵⁹ Vedi in questo Volume Di Stefano D. e Martinelli N., *op.cit.*

⁶⁰ Il riferimento è anche al BIM Building Information Modelling per una analisi dei risparmi e dei rischi vedi S. Azhar, M. Hein and B. Sketo, *Building Information Modeling (BIM): Benefits, Risks and Challenges*, Paper McWhorter School of Building Science, 2008.

⁶¹ Vedi in questo Volume il contributo di L. Martiniello, *Le regole di contabilizzazione delle operazioni di "Concessione" e di "Partenariato Pubblico Privato" per il soggetto pubblico e privato.*

⁶² Si veda in questo Volume G. Fidone, *Il green public procurement nel diritto comunitario con particolare riferimento alle nuove direttive appalti e concessioni*, solleva appropriate preoccupazioni sulle asimmetrie informative che affliggono i contratti di concessione e la necessità di superarle.

⁶³ In UK la normativa impone, dal 2016 in poi, l'utilizzazione del BIM nel settore delle costruzioni e dei progetti infrastrutturali pubblici. I progettisti, gli imprenditori e le catene di approvvigionamento del settore dovranno passare velocemente dai loro attuali modi di lavorare e adattarsi per raggiungere la conformità con la normativa; a questo riguardo sono stati pubblicati degli standard specifici PAS 1192 -3 - 4.

messa a disposizione dei flussi di informazioni in un cruscotto ad uso della PA per il controllo in remoto.

La fornitura non solo dovrà essere oggetto dell'offerta ma potrà essere premiata, nell'offerta economicamente più vantaggiosa, con un adeguato punteggio⁶⁴ la quantità e la qualità dell'informazione presente nel modello e la relativa strutturazione utile alla PA concedente (vedasi al riguardo il concetto di LOD - Level Of Development⁶⁵).

I contratti di concessione o di PPP sono estremamente complessi ed è questa complessità che giustifica l'imposizione del sistema di monitoraggio che ha costi importanti ma i cui effetti sono per valore di gran lunga superiori⁶⁶.

La gestione del flusso di informazioni nella disponibilità della stazione concedente, oltre l'effetto immediato di trasferimento effettivo dei rischi secondo le prescrizioni comunitarie vigenti e di *compliance* delle prescrizioni Eurostat per la contabilizzazione *off balance*, consente alla PA di conoscere in ogni momento il valore effettivo della concessione⁶⁷.

Il flusso informativo collegato al PEF contrattuale diviene anche uno strumento decisionale utile per la PA specialmente nelle fasi critiche della gestione del contratto: allerta con anticipo la crisi gestionale del concessionario e permette di avere dei valori utili in caso di revoca della concessione o di rinegoziazione per intervenute sopravvenienze⁶⁸.

Il sistema di *project management* e di BIM, a questo punto obbligatorio per *lex specialis*, collegato all'*information technology* è, comunque, uno strumento di per se utilizzato dalle imprese per la gestione delle commesse complesse, che consente di ottenere notevoli risparmi⁶⁹; la base dei flussi informativi del monitoraggio è identica per PA ed il concessionario, per cui si dovrà solo differenziare l'estrazione dei dati utili per le finalità della PA.

9. La condivisione pubblica sul web site del dataset di PPP

La trasparenza pubblica sul *web* di un solo *dataset* riferito ad un contratto di PPP costituirà una caratteristica necessaria delle concessioni 2.€.

⁶⁴ Per il progetto pilota di Bolzano per la realizzazione del primo Istituto penitenziario in PPP, vedi i documenti di gara (bando del 14 luglio 2013) sul sito www.bandi-altoadige.it/sourcing/tenders/resume/id/50327. In particolare nel disciplinare di gara è chiarito che "per quanto concerne le penali, dovrà essere previsto un efficiente sistema di monitoraggio informatizzato delle inadempienze, per il rilevamento immediato (in tempo reale), ed un sistema di applicazione delle penali automatico, conseguente al mero rilievo dell'inadempienza". Per il Sistema di monitoraggio ed applicazione delle penali in fase di costruzione sono assegnabili 5 punti e per il Sistema di monitoraggio ed applicazione delle penali in fase di gestione altri 5 punti.

⁶⁵ Vedi A. Ciribini, *Level of Detail e Level of Development: i processi di committenza e l'information Modelling*, in *Techne*, n. 6, 2013, pp. 90 – 99.

⁶⁶ Per una analisi dei risparmi conseguibili vedi S. Azhar, M. Hein and B. Sketo, *op.cit.*

⁶⁷ Vedi in questo Volume da Di Stefano D. e Martinelli N., *La PA e la governance delle concessioni per il trasferimento e la mitigazione dei rischi operativi: abbattimento dei costi e attrattività finanziaria* dove gli autori parlano di una vera e propria "commodification" per sottolineare la possibilità di valutazione quotidiana dell'investimento.

⁶⁸ Cfr. in questo Volume G. F. Cartei, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*.

⁶⁹ Vedi S. Azhar, M. Hein and B. Sketo, *op.cit.*

L'obbligatorietà di realizzare un PPP *web site* per ogni operazione, che comprenda le informazioni dalla fase di programmazione sino al termine della gestione del contratto di concessione, è generata dalla necessità di coordinare e dare attuazione alle norme imperative sulla trasparenza dell'azione amministrativa⁷⁰ e sull'anticorruzione⁷¹; c'è infatti la necessità di rendere servibili ed omogenei gli *open data* per un'immediata fruizione di controllo e di verifica della *compliance*.

Con il recepimento della nuova Direttiva, l'obbligo di realizzare un PPP *web site* si è ulteriormente rafforzato per dare concreta effettività ai principi comunitari di trasparenza, parità di trattamento, mutuo riconoscimento ma ciò non solo per innescare delle dinamiche concorrenziali nello spazio del mercato europeo ma, soprattutto, per realizzare delle importanti finalità a vantaggio dei singoli attori che operano a vario titolo nel contesto del mercato del PPP⁷²: a) per gli Stati, stimolando la massima efficienza nell'uso dei fondi pubblici ad utilizzare il denaro pubblico nella maniera migliore; b) per le imprese con particolare riguardo alle PMI consentendo di acquisire importanti opportunità commerciali tramite l'accesso a tutti i mercati dell'Unione senza comportare eccessivi oneri burocratici; c) per le autorità creditizie, stimolando il finanziamento nei settori infrastrutturali e nei servizi strategici dei cittadini; d) per gli investitori⁷³, potendo anche confrontare le redditività attese per le società di progetto non quotate; e) infine, ma con una valenza teleologica, rendendo ai cittadini dell'Unione la possibilità di verificare se siano stati erogati loro dei servizi di qualità ai prezzi migliori necessari per ottenere una crescita intelligente, sostenibile ed effettivamente inclusiva.

La trasparenza è utile per arginare il fenomeno tipico delle operazioni di PPP: la loro complessità fa sì che siano appannaggio di un ristretto gruppo di tecnici coinvolti, ciò crea diffidenza ed estraneità nei cittadini e utenti finali dei servizi i quali, invece, devono essere posti nella condizione di giudicare, anche in positivo, il decisore pubblico dalla qualità delle sue scelte e sino a quando queste non abbiano esaurito i loro effetti, *i.e.* il termine della concessione.

Inoltre, liberare queste operazioni dalla "riservatezza" non è solo una questione di attenzione all'opinione pubblica per aumentarne il coinvolgimento e disincentivare la sindrome di *nimby*, ma è noto come sia difficile monitorare i singoli passaggi procedurali e conoscere i termini esatti delle

⁷⁰ Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, recante il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni. Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni.

⁷¹ Legge 6 novembre 2012, n. 190 - Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

⁷² In particolare il rafforzamento della Direttiva si "dispiega" nei considerando nn. 1, 2 e 3 dove sono elencati esplicitamente i vantaggi che i diversi soggetti che operano nell'ambito delle concessioni devono ottenere tramite il recepimento della Direttiva.

⁷³ Sulla "*commodification*" dell'investimento nelle concessioni a seguito dell'adozione dei sistemi di *governance in streaming* vedi in questo Volume, Di Stefano D. e Martinelli N., *op.cit.*

operazioni avviate, specialmente riferiti alle informazioni finanziarie precludendo ricerche, analisi e comparazioni che possono guidare gli operatori nelle scelte future in un campo così aperto e sperimentale.

L'esigenza di un reale monitoraggio è evidenziata dall'attuale incompletezza delle banche dati e degli osservatori dedicati al PPP, si pensi ad esempio alla mancanza di informazioni dettagliate su un passaggio fondamentale come il *closing* finanziario o ancora sulle operazioni passate in fase gestionale, o su quale sia la concreta entità dei rischi traslati, ecc.

Per dare attuazione a questo importante "fascio" di interessi non può esserci anche qui che il ricorso ad un *open dataset* dove ciascuno individui le informazioni da utilizzare per i più vari fini anche quelli decisionali o di politica economica⁷⁴.

Ciascuna amministrazione aggiudicatrice deve creare un sito *web* di progetto dedicato all'operazione di PPP intrapresa; nel sito deve riversare la completa rappresentazione della storia dallo studio di fattibilità fino alla riconsegna dell'opera pubblica al termine della concessione in perfetto stato di funzionamento.

La trasparenza responsabilizza le parti coinvolte, conferendo efficienza ai processi e inducendo il rispetto del *timing*, l'esposizione mediatica rassicura i mercati sulla serietà dell'iniziativa ed è dimostrato come renda difficili eventuali pratiche corruttive⁷⁵.

L'Amministrazione, per rendere cogente l'affluenza dei dati al sito durante il periodo gestionale, dovrà prescrivere l'obbligo nel bando a carico dell'affidatario del contratto di PPP e inserirlo nel contratto come clausola non negoziabile; molti dati li avrà direttamente a disposizione per la predisposizione del monitoraggio in *streaming*, attuativo dell'effettiva traslazione dei rischi, come è stato indicato nei paragrafo precedente, ma altri specialmente quelli relativi al contratto di finanziamento saranno oggetto di apposite disposizioni.

Il sito *web* dovrebbe avere il seguente livello minimo di contenuti:

- la tracciabilità di tutte le fasi programmatiche e procedurali⁷⁶ con le delibere consiliari o di Giunta o del CIPE e i diversi passaggi autorizzativi (accordo di programma, conferenza dei servizi, nulla osta ecc.);

⁷⁴ Vedi in questo Volume i contributi di R. Maserà, *Qualità e quantità degli investimenti pubblici in Italia: per un cambiamento radicale verso modelli di PPP*, e I. Allegro, *Il processo di identificazione, selezione e controllo di un'operazione di PPP in una prospettiva sociale e gestionale*.

⁷⁵ Sulla corruzione e il PPP si veda M. Ricchi, *Finanza di progetto nelle Regioni del Mezzogiorno. Competenze strategie e strumenti di regolazione per attivare efficienti operazioni di partenariato pubblico privato*, in Rivista giuridica del Mezzogiorno, Mulino, 2012, n. 4, pp. 898.

⁷⁶ La riforma dell'art. 175 (Promotore e finanza di progetto) del Codice per le opere della Legge Obiettivo ha inserito in nuce una forma di trasparenza tramite web quando indica che "Il Ministero pubblica nel sito informatico di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, la lista delle infrastrutture inserite nel programma di cui all'articolo 161 per le quali i soggetti aggiudicatori intendono ricorrere alle procedure della finanza di progetto [...]. Nella lista è precisato, per ciascuna infrastruttura, l'ufficio del soggetto aggiudicatore presso il quale gli

- i nomi dei funzionari e i dirigenti coinvolti, Rup, ecc.;
- I protocolli di trasparenza, anticorruzione e di prevenzione dalle infiltrazioni mafiose sottoscritti;
- lo Studio di fattibilità;
- il bando di gara e i documenti di gara;
- i nomi dei commissari di gara;
- le fasi salienti della gara;
- il contratto, il PEF e il progetto aggiudicato;
- i termini del *closing* finanziario;
- i bilanci della società di progetto;
- la comunicazione obbligatoria delle operazioni di PPP ai fini ISTAT;
- le varianti, gli atti aggiuntivi ed eventuali revisioni del PEF;
- le fasi di realizzazione dell'opera con la verifica del rispetto della tempistica e/o sospensioni;
- gli indici di *performance*;
- le verifiche del rispetto degli indici di *performance*;
- le penali irrogate.

10. Le concessioni 2.€ e le concessioni apparenti

Per effetto della Direttiva, le concessioni 2.€ hanno una compiuta tipizzazione con il trasferimento effettivo del rischio operativo a carico del concessionario mediante il monitoraggio dell'operazione e con la visibilità sul *web* degli indici qualitativi di soddisfazione del servizio per i cittadini.

Le concessioni che non rispettano queste condizioni sono “apparenti”⁷⁷ e la Direttiva nei considerando ne evidenzia un certo numero. Il considerando 17 specifica che la Direttiva non si applica qualora non ci siano pagamenti diretti al contraente da parte degli utenti finali o della PA e la remunerazione si basi esclusivamente su un calcolo tariffario che copre integralmente i costi e gli investimenti del concessionario.

Questo caso si riferisce alle attività dei concessionari finanziate da erogazioni della PA sulla base di un programma di investimenti predefinito. La stessa PA rientra finanziariamente mediante la tariffazione degli utenti (es. smaltimento rifiuti) per i servizi erogati dal concessionario, ma senza che ci sia una corrispondenza con quanto la PA abbia corrisposto al privato.

A ben vedere si tratta di un accordo in cui da una parte è escluso il rischio di interfaccia del concessionario con gli utenti, comprensivo del rischio delle loro insolvenze e dall'altra la PA, pagando una somma che garantisce investimenti, costi e utili d'impresa, costituisce un diaframma

interessati possono ottenere le informazioni ritenute utili [...]. Il Ministero aggiorna la lista di cui al comma 1, indicando gli interventi i cui studi di fattibilità sono stati approvati dal CIPE”.

⁷⁷ Per una rassegna di alcune concessioni c.d. apparenti vedi F. Goisis, *La Concessione*, op. cit., p. 1706.

per il privato che rimane escluso da qualsiasi forma di efficientamento generato dall'esposizione al mercato⁷⁸.

Per il considerando 19 la Direttiva non si applica qualora sia prevista una garanzia pubblica⁷⁹ per il recupero degli investimenti e dei costi a piè di lista durante tutto l'arco della concessione; in questo è escluso completamente il rischio operativo per il concessionario, che invece grava sulla PA.

Per il considerando 15 gli affidamenti di risorse demaniali come porti, aeroporti, spiagge per la balneazione⁸⁰, oggetto di richiesta del soggetto privato o aggiudicate dalla PA sono concessioni apparenti. In queste circostanze solitamente vengono siglati degli accordi tra PA e i privati con una regolamentazione generale sull'esercizio del servizio pubblico. Rientrano nella stessa categoria, l'affitto o la locazione di beni e terreni pubblici in cui la disciplina generale riguardi il rispetto della destinazione d'uso, gli obblighi del locatore relativi alla manutenzione del bene e al versamento del canone concessorio, alla restituzione del bene al termine della locazione⁸¹ in buono stato con la rimozione delle strutture che sono state realizzate, ecc.

Anche in questi casi non vale ad escludere dall'applicazione della Direttiva la natura pubblica o demaniale del bene concesso, quanto piuttosto la strutturazione dei contenuti dell'accordo dove la PA non chiede di acquisire lavori o servizi specifici sulla base di un PEF e dove non ci sia una distribuzione dei rischi rispettosa delle prescrizioni comunitarie vigenti.

Sul piano interno il contratto di disponibilità⁸², ai sensi dell'art. 160-ter del Codice, è tra i contratti di partenariato con la forma più matura, quanto a definizione, funzione, prescrizioni sul metodo di affidamento, sulla distribuzione dei rischi, sulla disciplina delle garanzie e sulle forme di monitoraggio. Mentre i tradizionali contratti di partenariato per la realizzazione delle opere pubbliche, *i.e.* contratti di concessione, di locazione finanziaria e affidamento a contraente generale⁸³ devono subire un forte processo di adattamento al modello europeo dei contratti di concessione per quanto riguarda "l'allocatione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi

⁷⁸ La Sentenza della Corte Giust. CE, 10 settembre 2009, C-206/08, *WAZV Gotha – Eurwasser*, descrive la situazione opposta in cui si afferma che "Nel caso di un contratto avente ad oggetto servizi, il fatto che la controparte non sia remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come "concessione di servizi" ... dal momento che il rischio di gestione corso dall'amministrazione aggiudicatrice ... è assunto dalla controparte contrattuale a carico completo o pressochè completo".

⁷⁹ EPEC - UTFP, *Le garanzie pubbliche nel PPP. Guida alla migliore valutazione, strutturazione, implementazione e gestione*, in www.utfp.it.

⁸⁰ Si veda il comunicato stampa che da notizia dell'accordo per escludere dalla Direttiva le concessioni balneari in www.europarlamento24.eu/spiagge-italiane-fuori-dalla-direttiva-concessioni/0,1254,106_ART_2299,00.html, ma come espresso di seguito l'esclusione dalla Direttiva non è una una posizione che dipende dall'oggetto della concessione ma, esclusivamente, dal contenuto delle obbligazioni contrattuali.

⁸¹ Cfr. E. Picozza, *Le concessioni nel Diritto*, cit., p. 30.

⁸² Su contratto di disponibilità si veda M. Ricchi, *Finanza di progetto nelle Regioni del Mezzogiorno*, op. cit., pp. 898.

⁸³ L'affidamento a contraente generale, ex art. 3, comma 15-ter del Codice, rientra tra i contratti di PPP nella misura in cui il corrispettivo dell'opera sia tutto o in parte posticipato e collegato alla (al rischio di) disponibilità dell'opera per i committenti o gli utenti terzi. Vedi anche Goisis, op. cit., p. 1717.

comunitari vigenti”, il contratto di disponibilità sembra sia stato scritto pensando proprio a quel modello, così come si è evoluto nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia e ai contenuti delle decisioni Eurostat per porre il valore dell’investimento fuori dal bilancio pubblico. Tuttavia, nonostante questa tipizzazione genetica, per svilirla e trasformarla in una concessione apparente è sufficiente inserire qualcuna delle clausole prima citate nei considerando della Direttiva.

11. Le concessioni di servizi “fredde”

La Direttiva, unificando la definizione e la disciplina dell’affidamento delle concessioni di lavori e di servizi come approfondito nei paragrafi precedenti, sembra aver aperto la strada al riconoscimento delle concessioni di servizi fredde.

La struttura delle concessioni di servizi fredde è quella riferita ad un rapporto bilaterale⁸⁴ in cui la PA riveste il ruolo del soggetto che paga il concessionario e su quest’ultimo grava il rischio operativo dal lato dell’offerta per i servizi resi direttamente alla stessa PA o alla collettività.

In modo decisamente differente, le pronunce prevalenti della Corte di Giustizia⁸⁵, del Consiglio di Stato⁸⁶ e dei Tar⁸⁷ – in particolare quelle che hanno esaminato la differenza tra appalti di servizi e concessioni di servizi – ricostruiscono le concessioni di servizi come un rapporto trilatero tra la PA⁸⁸, il concessionario e gli utenti: in particolare questi ultimi sono i destinatari dei servizi e sono coloro che remunerano il concessionario con la tariffa corrispondente⁸⁹.

I casi esaminati dalla giurisprudenza ammettono, quindi, la configurazione della concessione di servizi quando il rischio gestionale a carico del concessionario sia associato alla circostanza che i proventi derivino direttamente o, in misura consistente⁹⁰, dagli utenti.

Se “il rischio di gestione deve essere inteso come rischio di esposizione all’alea di mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti ...”⁹¹, allora l’unico rischio preso in considerazione (fondante la differenza tra appalto di servizi e

⁸⁴ Sulla distinzione formale e sostanziale di bilateralità delle concessioni fredde vedi F. Goisis, *La Concessione, op. cit.*, pp. 1711 e ss. L’A., *op.cit.*, p. 1743 sospende il giudizio sul tramonto della trilateralità nelle concessioni, su cui ha chiaramente preso posizione il legislatore nazionale, per sospetta contrarietà alle pronunce della CEG.

⁸⁵ Vedi Corte Giustizia CE, Sent. 10 settembre 2009, *cit.*; Sent. 15 ottobre 2009, causa C-196/08; Sent. 10 marzo 2011, causa c-274/09; Sent. 10 novembre 2011, causa C-348/10, *cit.*

⁸⁶ Vedi Cons. Stato, Sent. 14 aprile 2008, n. 1600; Cons. Stato, Sent. 23 maggio 2011, n. 3086; Cons. Stato, Sent. 20 giugno 2011, n. 369; Cons. Stato Ad. Plen., Sent. 7 maggio 2013, n. 13; Consiglio di Stato, Sez. V, 6/6/2011 n. 3377.

⁸⁷ Vedi Tar Basilicata, Sent. 12 maggio 2007, n. 366; TRGA Trentino Alto-Adige, Sent. 28 luglio 2007, n.140.

⁸⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Sent. del 7 maggio 2013, n. 13 per cui “la distinzione attiene alla struttura del rapporto, che nell’appalto di servizi intercorre tra due soggetti (la prestazione è a favore dell’amministrazione), mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta al pubblico o agli utenti”.

⁸⁹ Cfr. Corte Giustizia CE, Sent. 20 novembre 2011, causa C-348/10, *cit.*

⁹⁰ Conforme la Corte Giustizia CE, Sent. 10 novembre 2001, in causa C-348/10, *cit.* La Sentenza ammette che nella concessione di servizi una parte della remunerazione provenga dall’amministrazione aggiudicatrice, tuttavia, questa non deve eliminare l’assunzione del rischio in capo al concessionario, evidenziata dal fatto che la maggior parte dei proventi sono tratti dagli utenti o da soggetti terzi.

⁹¹ Il testo si trova nel paragrafo n. 49 della Sentenza Corte di Giust. CE in causa C-348/10, *cit.*

concessione di servizi) dalla giurisprudenza è stato quello qualificato dalla Direttiva come rischio operativo dal lato della domanda.

A questo punto la questione riguarda la configurabilità della concessione di servizi in cui il privato si faccia carico del rischio operativo dal solo lato dell'offerta, associato, come è stato accennato, al c.d. rischio di disponibilità.

La Direttiva, come argomentato, ha uniformato la definizione di concessioni di lavori e di servizi, specificando nell'art. 5, comma 1 come il *discrimen* tra ciò che è concessione e ciò che non lo è, sia solo la presenza del rischio operativo in capo al privato dal lato della domanda o dell'offerta⁹².

Poiché l'articolo citato non limita l'alternativa dei due tipi di rischio operativo alle sole concessioni di lavori, la conclusione non può che deporre per la configurabilità della concessione di servizi fredda, in cui il privato trattenga in modo pieno e verificabile il rischio operativo dal lato dell'offerta.

Emerge sempre con più forza come la natura di una concessione dipenda dalla strutturazione delle clausole contrattuali e sul reale posizionamento a carico del privato del rischio operativo dal lato domanda o dell'offerta; si prescinde dalla ricostruzione bilaterale o trilaterale del rapporto concessorio e, perciò, da chi, PA o utenti, provenga il corrispettivo per i servizi resi.

Una recente giurisprudenza del Tar Lombardia, Brescia n. 1689/2008, conferma l'indifferenza del soggetto pagatore per qualificare una concessione di servizi, ammettendo che la remunerazione possa essere versata direttamente dalla PA al concessionario senza comprometterne la natura concessoria. Anche la Corte di Giustizia CE, Sentenza del 10 marzo 2011, in causa C-274/09⁹³, afferma che nelle concessioni di servizi la remunerazione possa essere corrisposta da soggetti terzi (enti di assistenza) e non dagli utenti fruitori.

Alle stesse conclusioni è giunta l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ora Anac, con la deliberazione n. 64 del 27 giugno 2012, quando ha analizzato l'affidamento a privati dei servizi di bonifica post-incidente della sede stradale, sottoponendoli alla disciplina delle concessioni di servizi.

La lettura dell'Anac, pur qualificando la fattispecie come concessione di servizi, non coglie come il servizio di ripristino post-incidente sia un obbligo di servizio pubblico a carico della PA per il mantenimento delle strade in sicurezza a garanzia dell'incolumità degli utenti e di come lo schema contrattuale abbia in verità una struttura bilaterale (PA e concessionario).

Vista da un'angolazione diversa, i proventi del privato concessionario consistono (in modo sviante si parla di costo zero per la PA) nel corrispondente valore che la PA avrebbe dovuto versare al privato

⁹² Vedi *supra* il paragrafo "Il rischio operativo dal lato della domanda e dell'offerta".

⁹³ Vedi R. Caranta, *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, in Urb. e app., 2012, 287.

per il ripristino post-incidente della sede stradale e che poi avrebbe dovuto recuperare (purtroppo con scarsa efficienza) nei confronti dei responsabili del sinistro.

Il rapporto è bilaterale, non ci sono utenti che pagano il servizio di ripristino, i reali utenti sono i fruitori della strada come accade nelle concessioni di lavori fredde (ospedali, carceri, uffici pubblici, ecc.), ma stanno fuori dal rapporto concessorio, ne sono i beneficiari ma non ne sopportano il costo direttamente.

L' Anac ha ritenuto che il risarcimento richiesto dal concessionario all'assicurazione del responsabile del sinistro sia assimilabile alla tariffazione a carico degli utenti, e per questo motivo ha qualificato il servizio post-incidente come concessione di servizi. In realtà il privato concessionario si è assunto il rischio di fare meglio dell'inefficienza della stessa PA nel recuperare il risarcimento dei responsabili del danno ed il servizio di bonifica e ripristino, consistendo nella manutenzione di un bene demaniale (le strade), è erogato direttamente alla PA.

Ancora più evidente il Consiglio di Stato⁹⁴ che ha correttamente qualificato il servizio di tesoreria, naturalmente bilaterale tra l'ente locale e l'istituto di credito, come concessione di servizi avendo la legge traslato i relativi rischi in capo al tesoriere.

Anche in questo caso erroneamente si parla di contratto a titolo gratuito quando l'interesse all'aggiudicazione della banca è stato individuato "per ampliare la propria clientela, per sviluppare i propri servizi e la propria attività nelle aree in cui si svolge il servizio stesso e per le conseguenti ricadute in termini pubblicitari e di immagini, ciò traducendosi, ancorché in via mediata ed indiretta, in indubbi benefici strutturali, oltreché di natura economica, questi ultimi derivanti dalla gestione dei flussi finanziari dell'ente". La sentenza disconosce che tali elementi possano ricadere nella causa contrattuale, confinandoli esclusivamente nelle motivazioni, quando il loro numero e la loro rilevanza economica è superiore a quella riscontrabile nei contratti di sponsorizzazione sulla cui collocazione, ai sensi dell'art. 26 del Codice, non sorge invece alcun dubbio. Il flusso dei vantaggi economici, peraltro misurabili, per la durata della concessione diretti ed indiretti che il soggetto pubblico conferisce all'aggiudicatario, mediante il contratto di tesoreria, costituisce la controprestazione pubblica della concessione del servizio; queste gare, per effetto della Direttiva, in futuro dovranno essere attratte dagli stessi oneri procedurali delle concessioni di lavori, mentre adesso ricadono sotto la disciplina dell'art. 30 del Codice⁹⁵.

La disamina di queste fattispecie dimostra come già prima della Direttiva siano stati compiuti dei passi nella direzione di configurare le concessioni di servizi prescindendo dai soggetti, PA, utenti o terzi che remunerano il servizio.

⁹⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 6 giugno 2011, n. 3377.

⁹⁵ Consiglio di Stato *cit.*

Si apre la possibilità di configurare le concessioni servizi fredde sia per le operazioni *global management* di strutture fisiche (edifici, strade, ecc.) anche associandovi sistemi di efficientamento energetico⁹⁶ ma anche per quelle immateriali, come la creazione e la gestione di *software* per aumentare l'efficienza (con maggior guadagni o limitando i costi) nel *management* di attività pubbliche complesse (sanitarie, mobilità, riscossioni ecc.) o di apparecchiature attraverso cui erogare servizi ad elevata innovazione.

In questi ultimi casi il privato punta sulla propria capacità di aumentare l'efficienza delle funzioni della PA e viene remunerato in tutto o in parte dalla stessa PA con una quota del costo evitato o del maggior guadagno indotto dal proprio intervento⁹⁷ o con i vantaggi diretti o indiretti che la posizione di contraente con la PA gli consente⁹⁸.

La vera determinante di queste concessioni di servizi è naturalmente la strutturazione contrattuale del rischio operativo dal lato dell'offerta, con la previsione di penali dinamiche ad applicazione automatica in modo che “ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile” e che “non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti” ciò dovrà avvenire, comunque, mediante sistemi di monitoraggio in streaming nella disposizione del concedente.

⁹⁶ Cfr. AVCP, *Linee guida per l'affidamento della realizzazione di impianti fotovoltaici ed eolici*, Determinazione n. 6 del 26 ottobre 2011.

⁹⁷ Cfr. P. Subacchi e Altri, *Building Growth in Europe – Innovative financing for infrastructure*, Chatham House, September 2014.

⁹⁸ Vedi Sentenza TAR Lombardia (Brescia) del 10 dicembre 2014, n. 1202 che qualifica l'informatizzazione delle procedure del Tribunale come concessione di servizi e, pertanto, soggette ai principi del Trattato quanto a modalità di affidamento competitivo.