

**CONTRIBUTO PERVENUTO DALL'ASSOCIAZIONE  
BANCARIA ITALIANA (ABI) ALL'ESITO DELLA  
CONSULTAZIONE N. 1**

**DOCUMENTO DI CONSULTAZIONE IN MATERIA DI RIFORMA  
DEGLI APPALTI E DELLE CONCESSIONI**

## 1. OBIETTIVI DELLE CONSULTAZIONI E MODALITÀ DI SVOLGIMENTO

Coerentemente con quanto previsto dal comma 2 della Legge delega in materia di appalti e concessioni approvata il 14 gennaio 2016<sup>1</sup>, il Governo intende consultare le principali categorie di soggetti pubblici e privati destinatari della nuova normativa.

La finalità delle consultazioni è di raccogliere, in riferimento ai temi di maggiore rilevanza, opinioni e suggerimenti ai fini dell'esercizio delle deleghe.

In particolare la presente consultazione mira a:

- a) selezionare, nell'ambito delle disposizioni a recepimento non vincolato delle Direttive, quelle ritenute di particolare rilevanza per i soggetti consultati, anche alla luce dei contenuti della Legge delega;
- b) selezionare, nell'ambito dei criteri di delega che si riferiscono ad ambiti o materie non disciplinati in modo specifico e puntuale dalle Direttive, quelli ritenuti di particolare rilevanza per i soggetti consultati;
- c) ricevere osservazioni e suggerimenti specifici sui possibili contenuti della nuova disciplina in materia di appalti e concessioni, sia in riferimento al recepimento delle tre Direttive europee, sia in riferimento al riordino della disciplina nazionale vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Si invitano, dunque, i soggetti consultati a rispondere alle domande che seguono.

I contributi dovranno essere inviati **entro il 31 gennaio 2016** all'indirizzo di posta elettronica **[dagl.consultazioneappalti@pec.governo.it](mailto:dagl.consultazioneappalti@pec.governo.it)**

Non saranno considerati i contributi:

- pervenuti in forma anonima;
- non attinenti con l'oggetto di questa consultazione;
- pervenuti con modalità diverse da quelle indicate in questo documento;
- inviati oltre il termine sopra indicato.

---

<sup>1</sup> "Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

Una volta terminata questa prima consultazione, ne sarà svolta una seconda avente ad oggetto i suggerimenti ricevuti in merito ai contenuti della nuova disciplina, con particolare riguardo a quelli riferiti ai temi più significativi. Nel corso della seconda consultazione saranno svolti uno o più incontri volti ad approfondire tali suggerimenti.

I contributi forniti nel corso di entrambe le consultazioni saranno utilizzati ai fini dell'attuazione delle deleghe, senza obbligo per il Governo di adeguarsi alle indicazioni pervenute e di fornire un riscontro puntuale ad ogni soggetto consultato.

Al termine delle consultazioni saranno pubblicati sul sito del Governo: una sintesi dei dati delle consultazioni, i contributi scritti pervenuti, una sintesi dei principali temi emersi durante la seconda consultazione.

## 2. DOMANDE

1) Ordinare, dalla più importante alla meno importante, le seguenti disposizioni a recepimento facoltativo delle Direttive 2014/24/UE (Appalti), 2014/25/UE (Utilities) e 2014/23/UE (Concessioni)

1 = più importante

È possibile attribuire lo stesso punteggio a più disposizioni

Ordine importanza	Sintesi oggetto disposizioni Direttive	Rif. normativo Direttive
	Operatori economici	Art. 19 par. 2 appalti; Art. 37 par. 2 utilities; Art. 26 par. 2 concessioni
	Appalti e concessioni riservati	Art. 20 par. 1 appalti; Art. 38 par. 1 utilities; Art. 24 concessioni
	Regole applicabili alle comunicazioni	Art. 22 par. 4 e 6 appalti; Art. 40 par. 4 e 6 utilities; Art. 29 par. 1 concessioni
	Scelta delle procedure	Art. 26 par. 5 appalti
	Procedura ristretta	Art. 28 par. 4 appalti
	Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione	Art. 32 par. 1 e Art. 26 par. 6 appalti; Art. 44 par. 5 e art. 50 utilities
	Cataloghi elettronici	Art. 36 par. 1 appalti; Art. 54 par. 1 utilities
	Attività di centralizzazione delle committenze e centrali di committenza	Art. 37 par. 1 appalti; Art. 55 par. 1 utilities
	Appalti che coinvolgono amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri diversi	Art. 39 par. 2 appalti; Art. 57 par. 2 utilities
	Suddivisione degli appalti in lotti	Art. 46 paragrafi 3 e 4 appalti; Art. 65 paragrafi 3 e 4 utilities
	Raggruppamento degli avvisi relativi agli appalti aggiudicati	Art. 50 par. 2 appalti; Art. 70 par. 2 utilities
	Principi generali (Selezione dei partecipanti)	Art. 56 par. 2 appalti; Art. 76 par. 7 utilities
	Motivi di esclusione	Art. 57 appalti, par. 3 e 4; Art. 80, par. 1, c. 3 utilities; Art. 38 concessioni

	Elenchi ufficiali di operatori economici riconosciuti e certificazione da parte di organismi di diritto pubblico o privato	Art. 64 par. 1 appalti
	Criteri di aggiudicazione dell'appalto	Art. 67 par. 2 appalti; Art. 82 par. 2 utilities
	Subappalto	Art. 71 appalti; Art. 88 utilities; Art. 42 concessioni
	Affidamento sulla capacità di altri soggetti (Avvalimento)	Art. 63 appalti; Art.79 utilities
	Principi per l'aggiudicazione degli appalti	Art. 76 par. 2 appalti; Art. 93 par. 2 utilities
	Appalti riservati per determinati servizi	Art. 77 par. 1 appalti; Art. 94 par. 1 utilities
	Recepimento e disposizioni transitorie	Art. 90 appalti; Art. 106 par. 2 utilities

**2) Ordinare, dal più importante al meno importante, i seguenti criteri di delega:**

*1 = più importante*

*È possibile attribuire lo stesso punteggio a più criteri*

<b>Ordine importanza</b>	<b>Sintesi oggetto criterio delega</b>	<b>Rif. normativo DDL</b>
	Specifica disciplina dei servizi sostitutivi di mensa	Art. 1, comma 1, lett. d)
	Disciplina applicabile ai contratti sotto soglia e disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia	Art. 1, comma 1, lett. g)
	Pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia	Art. 1, comma 1,lett. ii)
	Procedure in materia di protezione civile	Art. 1, comma 1, lett. l)
	Riordino e semplificazione disciplina dei contratti relativi ai beni culturali	Art. 1, comma 1, lett. o)
	Sistema amministrativo e sanzionatorio di premialità e penalità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive e per la violazione di norme del codice	Art. 1, comma 1, lett. q), n 5)
	Requisiti capacità economico-finanziaria, tecnica, organizzativa e professionale degli operatori economici	Art.1, comma 1, lett. r)
	Modalità e individuazione soggetti per la determinazione annuale dei costi standardizzati	Art. 1, comma 1, lett. v)
	Introduzione sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti presso ANAC	Art. 1, comma 1, lett.bb)
	Misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera	Art. 1, comma 1, lett. ee)
	Revisione della disciplina di affidamento degli incarichi di collaudo a dipendenti pubblici	Art. 1, comma 1, lett.nn)
	Revisione sistema di validazione progetti	Art. 1, comma 1, lett.rr)
	Razionalizzazione ed estensione forme di partenariato pubblico privato	Art. 1, comma 1, lett. ss)
	Revisione del vigente sistema di qualificazione degli operatori economici (Misure di premialità)	Art. 1, comma 1, lett. uu)
	Casi in cui l'ANAC può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti richiesti	Art. 1, comma 1, lett. vv), n. 6)
	Metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale (procedure amministrative)	Art. 1, comma 1, lett. aaa)
	Revisione e razionalizzazione del rito abbreviato	Art. 1, comma 1,

		lett. bbb)
	Valorizzazione delle esigenze sociali, di sostenibilità ambientali e stabilità occupazionale	Art. 1, comma 1, lett. ddd) e lett. ggg)
	Pubblicità e trasparenza delle procedure anche per affidamenti in house	Art. 1, comma 1, lett. eee)
	Disciplina transitoria per concessioni autostradali	Art. 1, comma 1, lett. mmm)
	Dibattito pubblico	Art. 1, comma 1, lett. qqq)
	Revisione del piano generale dei trasporti	Art. 1, comma 1, lett. sss)



**3) Indicare eventuali ulteriori criteri di delega (specificando i relativi riferimenti normativi) che si ritengono di particolare rilevanza, nonché ulteriori temi, non inclusi nelle tabelle delle domande 1) e 2), ritenuti particolarmente rilevanti per la definizione della nuova disciplina in materia di appalti e concessioni.**

- **Art. 1, comma 1, lettera qq)**, recante *"riassetto, revisione e semplificazione dei sistemi di garanzia per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di renderli proporzionati e adeguati alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, nonché al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione dei lavori nei costi, nei tempi e nei modi programmati anche in caso di fatti imprevisi ed imprevedibili e non imputabili alla stazione appaltante, e assicurando comunque l'entrata in vigore della nuova disciplina contestualmente a strumenti attuativi preventivamente concordati con gli istituti bancari e assicurativi che devono assumersi i rischi d'impresa"*.
  
- **Art. 1, comma 1, lettera tt)**, recante *"al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addvenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione"*.
  
- **Art. 1, comma 1, lettera e)**, recante *"semplificazione e riordino del quadro normativo vigente allo scopo di predisporre procedure non derogabili riguardanti gli appalti pubblici e i contratti di concessione e di conseguire una significativa riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla realizzazione delle opere pubbliche"*.

4) In riferimento ai temi individuati come più rilevanti in risposta alle domande 1), 2) e 3), fornire osservazioni e suggerimenti specifici sui contenuti della nuova disciplina in materia di appalti e concessioni, seguendo lo schema che segue.

a) Argomento (esempio: *subappalto*)

**Riassetto, revisione e semplificazione dei sistemi di garanzia**

b) Riferimenti normativi a criteri di delega (eventuale)

**Art. 1, comma 1, lettera qq)**

c) Osservazioni e suggerimenti sui contenuti della nuova disciplina, preferibilmente in forma di proposte normative accompagnate da una breve relazione illustrativa.

#### 1. Superamento del sistema di Garanzia Globale di Esecuzione (GGE)

Da quando la Legge n. 415 del 1998 inserì la previsione della garanzia globale di esecuzione nel contesto del sistema di coperture obbligatorie previsto dalla Legge Merloni, si è avuto modo di segnalare che detta garanzia non avrebbe potuto funzionare nel mercato italiano.

La assoluta novità dell'istituto e la sua diversità dalle ordinarie forme di garanzia personale, tutte di tipo finanziario, la elevatezza dei valori in giuoco, la aleatorietà della reperibilità di sostituti effettivamente qualificati, la mutabilità e la possibilità di crescita non prevedibile dei costi dei fattori di produzione strumentali all'opera, la diversità del quadro di riferimento del nostro sistema giuridico rispetto a quelli dei Paesi nordamericani, la natura e la struttura dei soggetti qualificati a fornire la garanzia, le regole a questi imposte dalla Vigilanza a fini di tutela della loro stabilità, la natura di rischi da garantire diversi da quella tipicamente finanziaria, sono tutti elementi che hanno impedito il rilascio di tale garanzia da parte delle banche e imprese assicurative.

Al riguardo, si illustrano di seguito le proposte del settore bancario e assicurativo ai fini in particolare del superamento dell'attuale sistema di "Garanzia Globale di Esecuzione" (GGE).

La garanzia provvisoria (attuale art. 75 del D.Lgs n. 163/2006) dovrebbe essere mantenuta, introducendo aggiustamenti in relazione alla definizione della complessiva disciplina normativa in parola (in tema ad esempio di rispetto dei c.d. protocolli di legalità presenti in alcuni bandi).

La garanzia definitiva (attuale art. 113 del D.Lgs n. 163/2006) dovrebbe rimanere inalterata, anche se si potranno individuare correttivi alla disciplina, segnatamente in tema di svincolo progressivo in relazione allo stato di avanzamento dell'opera. In tale prospettiva si auspica un intervento che chiarisca le modalità di applicazione degli svincoli progressivi anche per le garanzie inerenti i contratti di fornitura e/o di servizi.

L'esperienza della GGE dovrà essere superata attraverso l'introduzione di una nuova forma di garanzia. Tale nuova forma di garanzia dovrà risultare comunque applicabile allo stesso perimetro di contratti e soglie economiche già previste per la GGE: vale a dire con riferimento agli appalti di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori di ammontare a base d'asta superiore a 75 milioni di euro, per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e ove prevista dal bando o avviso di gara per gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro.

In ogni caso, per tutte le garanzie in parola va ribadita normativamente la natura accessoria o quantomeno il diritto del garante di agire in via di regresso nei confronti della stazione appaltante.

La struttura della nuova garanzia dovrebbe essere radicalmente ripensata, prevedendo, in primo luogo, un importo massimo garantito, condizione imprescindibile per la valutazione del rischio da parte del garante e richiesta comunque dalla normativa europea di vigilanza (Basilea 3 e Solvency II).

Inoltre, è necessario che tutti gli adempimenti (che caratterizzano attualmente la GGE) relativi al subentro di una nuova impresa realizzatrice in sostituzione della originaria, a seguito di risoluzione del contratto e nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo che impediscano la corretta prosecuzione dell'esecuzione, dovranno essere posti in capo allo stesso ente appaltante originario o ad altro ente pubblico che il legislatore intendesse a ciò delegare (come ad esempio l'ANAC). Invero, nessun ruolo può essere tenuto dai garanti nella fase di riassegnazione del contratto che è attività di carattere pubblicistico. Inoltre, presupposto essenziale per la disponibilità a tale nuova ipotesi di garanzia è l'impegno del legislatore delegato a dettare regole che eliminino/evitino lungaggini inerenti l'aggiudicazione definitiva e/o, in caso di risoluzione del contratto, la liberazione del cantiere e a successiva riaggiudicazione dello stesso.

Tale nuova forma di garanzia sarebbe costituita da:

- una garanzia definitiva di ammontare pari ad una misura percentuale da individuarsi in relazione alle scelte che saranno operate in tema di aggiudicazione delle gare (vale a dire se sarà – come ritenuto opportuno – eliminata la possibilità di estendere la misura percentuale di copertura in relazione a i ribassi d'asta);
- una garanzia aggiuntiva c.d. "extra-costi" che si affianca alla garanzia definitiva e copre, in caso di risoluzione del contratto, i maggiori costi che l'ente appaltante dovesse sostenere in sede di riappalto dell'opera rispetto al costo di aggiudicazione originario. Con riguardo all'importo massimo garantito (misura percentuale e/o altro criterio), la stessa dovrà tener conto del sistema di aggiudicazione e della presenza o meno del sistema di aumento della garanzia definitiva sulla base del ribasso in sede di gara. Il nuovo aggiudicatario dell'appalto dovrà prima della sottoscrizione del nuovo contratto stipulare una nuova garanzia definitiva ed eventualmente una nuova garanzia inerente gli extra costi.

Oltre all'importo massimo garantito, sarebbe necessario inserire anche un "cap" in valore assoluto alla suddetta garanzia anche al fine di meglio quantificare l'impegno.

Inoltre, dovrebbe essere chiarito in via normativa che il rilascio della garanzia aggiuntiva può essere effettuato in pool tra più garanti e che non vi sarà vincolo di solidarietà tra questi, per cui ciascun componente del pool potrà essere escusso solo per la sua quota-parte. Ciò agevolerà l'esposizione delle imprese nei confronti dei singoli garanti e quindi favorirà anche l'accesso maggiore al credito da parte di queste.

Inoltre, dovrebbe prevedersi che decorsi sei mesi dall'emissione del certificato di collaudo sia disposto ope legis lo svincolo di tutte le garanzie (o quota parte di esse) ancora in essere. Una proposta concreta in tal senso dovrà tuttavia tener conto del complessivo assetto della emananda disciplina in tema di collaudo e documenti/atti per lo svincolo delle garanzie in parola.

Poiché a valle dei decreti delegati si procederà verosimilmente all'emanazione di un decreto ministeriale che recherà linee-guida in tema di applicazione della normativa appalti e concessioni, in quella sede dovrebbero elaborarsi uno o più schemi di contratto tipo delle garanzie in parola, utile a standardizzare le prassi contrattuali in tutti i settori e da tutti i beneficiari pubblici o di estrazione pubblica.

## 2. Le garanzie sui contributi pubblici in caso di costituzione di una SPV

Un aspetto che dovrebbe essere più dettagliatamente disciplinato nel riordino del quadro normativo in tema di garanzie, riguarda quelle previste in caso di costituzione della società veicolo.

L'art. 156 del D.Lgs. 163/2006 disciplina la c.d. società di progetto stabilendo che, a seguito del subentro al concessionario, la stessa diventa concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione.

La costituzione di una società veicolo consente ai soci di limitare la loro responsabilità per il corretto adempimento delle obbligazioni derivanti dal rapporto concessorio ai versamenti effettuati nel capitale dell'SPV stessa. Tuttavia, il legislatore, in deroga a tale principio, dispone che nel caso di pagamento di importi in corso d'opera da parte della PA, i soci della società di progetto siano personalmente e solidalmente responsabili con la stessa nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito.

La responsabilità solidale dei soci di cui sopra, esiste quindi solo nei rapporti con l'amministrazione concedente e non nei rapporti contrattuali tra la società veicolo e soggetti terzi. In ogni caso, il comma 3 prevede che la società veicolo possa liberare i soci fornendo alla PA garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme percepite. Tali garanzie, come il vincolo di responsabilità solidale, cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Ne deriva che la loro esistenza è limitata alla sola fase di costruzione dell'opera, mentre per la fase di gestione permane il principio della responsabilità limitata della società di progetto al suo patrimonio.

Il legislatore, pur prevedendo la possibilità per la società di progetto di liberare i soci dalla responsabilità personale e solidale fornendo alla PA garanzie bancarie per la restituzione delle suddette somme, non definisce le caratteristiche delle predette coperture.

Occorre dunque che siano regolamentati i seguenti aspetti: (i) i soggetti eligibile per la concessione delle suddette garanzie; (ii) gli eventuali meccanismi di "svincolo" della garanzia; (iii) i trigger events che fanno scattare il diritto all'escussione.

La vigente normativa sui lavori pubblici, in merito al sistema di garanzie di cui deve essere corredata l'offerta, prevede che gli unici soggetti eligibile per la concessione delle suddette garanzie siano le banche e le compagnie assicurative e gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale di cui all'art. 106 del D.Lgs. n. 385 del 1993 (TUB). Verosimilmente, una scelta analoga può essere prevista nell'ambito della definizione delle caratteristiche della suddetta garanzia.

In merito allo svincolo, si potrebbe introdurre un meccanismo analogo a quello previsto dalle vigenti disposizioni in materia di cauzione definitiva di cui all'art. 113, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006. Al riguardo si può ipotizzare che:

- la garanzia di subentro sia progressivamente svincolata a stati di avanzamento dell'esecuzione dei lavori (SAL);
- lo svincolo sia automatico, senza cioè la volontà dell'amministrazione, con la sola condizione della preventiva consegna al garante, da parte della società veicolo, dei documenti di SAL.

Infatti, con la rilevazione dell'avanzamento di un progetto, contenente, tra l'altro, l'indicazione dei dati relativi a (i) le percentuali di completamento, (ii) la stima della durata necessaria al completamento, (iii) l'impegno economico (quanto è stato speso e quanto ancora bisognerà spendere), (iv) le eventuali criticità, si può dare per acquisito il corretto utilizzo del contributo pubblico versato e di conseguenza consentire lo svincolo della relativa garanzia in discorso.

Per quanto riguarda la definizione degli eventi determinanti l'escussione della garanzia di subentro (trigger events) da parte dell'amministrazione concedente, questi devono ricondursi a un utilizzo improprio del contributo pubblico e quindi, in definitiva, a un utilizzo per finalità diverse rispetto a quella della realizzazione dell'opera pubblica.

### 3. Privilegio generale sui beni mobili del concessionario e costituzione in pegno o cessione in garanzia dei crediti alle banche.

Tra gli aspetti di natura normativa - regolamentare che potrebbero essere migliorati per favorire la partecipazione delle banche nella realizzazione di lavori pubblici suscettibili di produrre reddito, vi è l'attuale normativa in materia di privilegio sui crediti dei finanziatori.

L'art. 160 del D.Lgs. n. 163/2006 dispone che i crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione dei lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di servizi

pubblici hanno privilegio generale sui beni mobili del concessionario e della società di progetto, ai sensi degli artt. 2745 e seguenti del codice civile.

il suddetto articolo, non individua tuttavia il grado rispetto all'ordine di privilegi indicato nel codice civile; peraltro non è sufficiente a garantire la "blindatura" del progetto, soprattutto con riferimento ai progetti di maggiore dimensione, evitando interferenze di terzi che potrebbero limitare il controllo sull'operazione che nel PF viene solitamente riservato alle banche.

Per favorire le banche a sviluppare maggiormente la propria attività su tali iniziative, soprattutto con riferimento ai grandi progetti, occorre innanzitutto definire per espressa previsione normativa l'ordine di collocazione del privilegio generale sui beni mobili del concessionario di cui all'art. 160 del D.Lgs. n. 163/2006.

Al riguardo, la legge prevede un elenco dei crediti muniti di privilegio, secondo un certo ordine di preferenza. I crediti per le spese di giustizia, che consistono nelle spese sopportate per atti conservativi ed espropriativi, vengono soddisfatti prima rispetto ad ogni altro credito, pignoratizio o ipotecario che sia (art. 2777 c.c., comma 1). Subito dopo sono collocati i crediti di cui all'art. 2751-bis, riguardanti, tra l'altro, compensi per attività di lavoro subordinato o autonomo, ricavi di coltivatori diretti, di imprese artigiane o cooperative di produzione e di lavoro (art. 2777 c.c., comma 2). I crediti per le spese di giustizia e quelli indicati nell'art. 2751-bis prevalgono anche sui crediti privilegiati da leggi speciali (art. 2777 c.c., comma 3). Di seguito, la preferenza è concessa ai crediti riguardanti contributi di assicurazione obbligatoria, tributi indiretti, contributi di previdenza sociale, tributi diretti e altri (art. 2778 c.c.).

Con riferimento ai crediti concessi per la realizzazione dei lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di servizi pubblici, il legislatore potrebbe attribuire ai creditori la possibilità di recuperare tali crediti con preferenza rispetto ai crediti privilegiati di cui all'art. 2778, fatta salva la priorità attribuita ai privilegi di cui all'art. 2777 commi 1 e 2.

Il privilegio potrebbe così collocarsi nel grado indicato nell'art. 2777, ultimo comma, del Codice civile, prima del privilegio speciale previsto dall'art 46 del D.Lgs. n 385 del 1993 e successive modificazioni.

Al fine di rafforzare ulteriormente il quadro delle garanzie attivabili dalle banche e quindi favorire la possibilità di finanziamento, soprattutto dei grandi progetti, sarebbe opportuno introdurre, per espressa previsione normativa, la costituzione in pegno o cessione in garanzia ai soggetti finanziatori di tutti i crediti del concessionario (o della società di progetto in caso di subentro), presenti e futuri, compresi quelli verso l'amministrazione aggiudicatrice e altre pubbliche amministrazioni, anche senza il preventivo consenso del debitore ceduto e anche quando gli stessi non siano ancora liquidi ed esigibili.

Per attuare la proposta appare necessaria un'azione di coordinamento /armonizzazione con l'art. 117 del D.Lgs. n. 163/2006, che estende le norme dettate dalla Legge n 52 del 1991 in materia di cessione dei crediti di impresa anche ai crediti derivanti da contratti di appalto di lavori pubblici, di concessione di lavori pubblici e di progettazione nell'ambito

della realizzazione di lavori pubblici, purché, tra l'altro, il soggetto cessionario sia una banca o un intermediario finanziario il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisti di crediti d'impresa.

Al riguardo, ai fini dell'opponibilità ed efficacia nei confronti della Pubblica Amministrazione di cessioni di crediti aventi ad oggetto somme dovute dallo Stato, il comma 3 del suddetto articolo sancisce, in relazione all'accettazione della cessione da parte della PA, il principio del silenzio - assenso, consentendo quindi alle medesime amministrazioni pubbliche di poter rifiutare la cessione intervenuta con atto di notifica. Inoltre, il successivo comma 4 consente alla PA di poter preventivamente accettare al momento della stipula del contratto, la cessione, in tutto o in parte, dei crediti che verranno a maturazione.

Al fine di rendere efficace tale proposta, consentendo la cessione in garanzia ai soggetti finanziatori di tutti i crediti del concessionario senza la necessità del consenso da parte del debitore ceduto anche nel caso in cui sia una amministrazione pubblica, è necessario introdurre una deroga ai commi 3 e 4 dell'art. 117 del D.Lgs. n. 163/2006.

#### 4. Le garanzie in fase di gestione

L'art. 153, comma 13, del D.Lgs 163/2006, prevede l'obbligo per il concessionario di costituire, alla data di inizio dell'esercizio del servizio, una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento degli obblighi contrattuali relativi alla fase di gestione dell'opera, nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'art. 113 (cauzione definitiva). La mancata presentazione di tale garanzia costituisce grave inadempimento contrattuale.

Sarebbe opportuno, in proposito, precisare che tale garanzia sia rinnovabile nel periodo di gestione dell'opera, ad intervalli di tempo prestabiliti (ad esempio ogni 2-3 anni).

\*\*\*

Argomento (esempio: subappalto)

**Riduzione dei tempi procedurali attraverso la predisposizione di studi di fattibilità**

d) Riferimenti normativi a criteri di delega (eventuale)

**Art. 1, comma 1, lettera tt)**

e) Osservazioni e suggerimenti sui contenuti della nuova disciplina, preferibilmente in forma di proposte normative accompagnate da una breve relazione illustrativa.

1. Studi di fattibilità

Il presupposto di base per la bancabilità delle operazioni di finanza di progetto è la presenza di un quadro programmatico certo delle esigenze pubbliche che si intendono soddisfare e una corretta pianificazione sin dalle prime fasi della procedura amministrativa per la realizzazione delle relative opere.

La mancata o non corretta identificazione dei bisogni pubblici nello studio di fattibilità (SdF) comporta che difficilmente le proposte dei promotori corrisponderanno alle effettive esigenze della stessa causando una notevole perdita economica per la PA, la quale è comunque tenuta ad esaminare – ovvero modificare d’intesa con i proponenti – proposte non in linea con i propri interessi.

Lo studio di fattibilità assume un ruolo centrale nella procedura di finanza di progetto, rappresentando il documento (i) propedeutico all’inserimento delle iniziative degli strumenti di programmazione nonché (ii) predisposto dalla PA e posto a base di gara nelle nuove procedure ex art. 153.

Sono quindi risolti i dubbi interpretativi determinati dalla scarsa chiarezza della precedente normativa, che ha indotto molto spesso l’amministrazione concedente ad avviare la procedura di selezione del promotore senza la preventiva istruttoria in ordine alla fattibilità dell’opera, ovvero a redigere studi di fattibilità in forma minimale, ritenendo la predisposizione dello stesso un onere del promotore, dal momento che nella precedente formulazione dell’art. 153, tale documento rappresentava uno degli elementi costitutivi della proposta dei privati.

Peraltro, per le iniziative di finanza di progetto con la procedura del promotore, a seguito delle modifiche introdotte dal DL n. 83/2012, la conferenza dei servizi preliminare dovrà essere sempre indetta e si esprimerà sullo studio di fattibilità, se posto a base di gara, oppure sul progetto preliminare.

La valutazione a “monte” della fattibilità dell’opera da parte degli enti che presiedono la tutela di interessi pubblici specifici (come quello ambientale, paesaggistico - territoriale, storico-artistico, della salute e della pubblica incolumità) risulta determinante ai fini della buona riuscita di un’operazione di finanza di progetto, perché consente ai privati e alle banche di comprendere sin da subito le condizioni dell’amministrazione su come strutturare il progetto per essere conforme ai suddetti interessi, evitando a “valle” casi di



abbandono di iniziative per il fatto che né il promotore, né i concorrenti successivi in graduatoria, siano disponibili ad accettare le eventuali modifiche al progetto avanzate dalla PA dopo la dichiarazione di pubblico interesse, necessarie per l'affidamento della concessione.

Tali modifiche impattano sull'equilibrio economico - finanziario del progetto, con la conseguenza che la stessa non risulta più bancabile e i documenti prodotti sino a quel momento dal promotore (piano economico finanziario, progetto preliminare) non più attuali.

In relazione al duplice obiettivo sopra evidenziato dello studio di fattibilità e alla previsione della conferenza di servizi obbligatoria, è ormai evidente che la PA non possa più sottrarsi dal porre la massima cura nella elaborazione dello studio di fattibilità, il quale deve contenere gli elementi fondamentali del progetto, sia dal punto di vista tecnico che economico-finanziario, ed essere redatto nel modo più dettagliato possibile così da mettere il soggetto privato nelle condizioni di poter valutare se sia possibile o meno strutturare l'operazione in maniera rispondente alle esigenze manifestate dalla PA.

La conferenza di servizi obbligatoria sullo studio di fattibilità vincola le amministrazioni a definire sin da subito i propri fabbisogni infrastrutturali e presentare al mercato proposte chiare, nelle quali sia certo a quali condizioni i soggetti pubblici coinvolti rilasceranno le necessarie autorizzazioni. Si ridurrebbe quindi il rischio per il partner privato di predisporre una proposta progettuale e poi modificarla in quanto non rispondente alle esigenze della Pubblica Amministrazione, con la conseguenza che la stessa potrebbe risultare non più bancabile. Il partner pubblico, dal canto suo, potrebbe conseguire risparmi derivanti dal non dover esaminare progetti che non rispondono ai propri fabbisogni infrastrutturali, eliminando i costi connessi all'apertura di procedure di gara che non vanno poi a buon fine. Peraltro, la PA potrà beneficiare di progettazioni sempre più accurate contenendo i tempi di conclusione della procedura.

Al riguardo, potrebbe essere opportuno prevedere che in sede di conferenza di servizi preliminare sullo studio di fattibilità, le amministrazioni preposte si pronuncino anche con riferimento alle eventuali opere e misure compensative dell'impatto ambientale, territoriale e sociale, con riferimento alle quali occorrerebbe prevedere un *cap* ai connessi incrementi dei costi complessivi dell'opera.

Nel nostro Paese si verifica, infatti, il caso che, successivamente all'aggiudicazione della gara, il rilascio del consenso alla realizzazione di un'opera pubblica da parte degli enti della PA coinvolti nel processo decisorio, sia condizionato alla realizzazione di opere compensative.

L'effetto di tale alea è quello di disincentivare la partecipazione dei privati alla realizzazione di tali iniziative. Questi, infatti, potrebbero trovarsi nella condizione di partecipare ad una gara per aggiudicarsi la costruzione e gestione di un determinato progetto e poi dover realizzare anche altre opere infrastrutturali compensative e mitigatrici, spesso del tutto slegate all'infrastruttura originaria e prive di logica economica e operativa, che rendono di fatto il progetto non più sostenibile dal punto di vista

economico – finanziario, allungando i tempi dell'iter procedurale e di conseguenza del *closing* finanziario.

In questo modo, i privati potranno avere un quadro certo delle opere da realizzare e dei relativi costi fin dal momento dell'offerta, obbligando le amministrazioni pubbliche a definire già in sede di conferenza di servizi preliminare la lista delle eventuali opere compensative da allegare al progetto che andrà in gara, in modo tale che gli stessi possano valutare se partecipare o meno all'iniziativa.

## 2. Affidamento delle concessioni su progetto definitivo

Le modifiche introdotte dal DL Cresci Italia (DL n. 1/2012, convertito dalla Legge n. 27 del 24 marzo 2012) prevedono la possibilità per l'affidamento delle concessioni di opere di interesse strategico di porre a base di gara anche il progetto definitivo, in alternativa al progetto preliminare. Tale previsione risponde anche all'esigenza delle banche di considerare il maggior livello di dettaglio del progetto definitivo ai fini della valutazione della finanziabilità dell'opera.

Il progetto definitivo redatto sulla base delle indicazioni del progetto preliminare approvato e di quanto emerso in sede di conferenza di servizi, contiene infatti tutti gli elementi necessari per consentire alle banche di valutare il proprio impegno al finanziamento dell'operazione, evitando casi di abbandono di iniziative a causa dell'inadeguata predisposizione del progetto preliminare posto a base di gara, ovvero di una sua modifica tale da non renderlo più bancabile.

Le criticità legate alla lunghezza e complessità delle procedure decisionali della PA sono peraltro maggiori con riferimento alle grandi opere di interesse strategico che, coinvolgendo diversi livelli della Pubblica Amministrazione (Regioni, Province, Comuni), rendono più problematico il raggiungimento del consenso e quindi più difficile per le banche esprimere un giudizio di finanziabilità sull'opera prima che si siano espresse tutte le amministrazioni competenti e l'opera sia stata aggiudicata.

Al fine di conseguire maggiore certezza sulle condizioni di partecipazione alle gare, potrebbe essere opportuno rivedere le procedure di affidamento delle concessioni di costruzione e gestione, sia con riferimento alle opere di piccola a media dimensione sia con riferimento alle grandi opere, prevedendo l'obbligo *tout court* per le pubbliche amministrazioni di porre a base di gara il progetto definitivo che tenga conto delle indicazioni emerse in sede di conferenza di servizi.

Al fine di favorire la copertura del fabbisogno finanziario della fase di progettazione, si potrebbe ricorrere a specifici strumenti di finanziamento, come ad esempio un Fondo rotativo per la progettazione, costituito a livello centrale.

\*\*\*

Argomento (esempio: subappalto)

### **Semplificazione del quadro normativo vigente in materia di concessioni**

f) Riferimenti normativi a criteri di delega (eventuale)

**Art. 1, comma 1, lettera e)**

g) Osservazioni e suggerimenti sui contenuti della nuova disciplina, preferibilmente in forma di proposte normative accompagnate da una breve relazione illustrativa.

#### 1. Risoluzione della concessione e terminal value

L'art. 158 del D.Lgs. n. 163/2006 disciplina il rimborso (terminal value) spettante al concessionario a seguito della estinzione (c.d. termination) della concessione per inadempimento del soggetto concedente ovvero nel caso in cui quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse.

In termini generali si rileva che la revoca dell'aggiudicazione per ragioni che si presentano generiche (sopravvenuti motivi di pubblico interesse, mutamento della situazione di fatto, nuova valutazione dell'interesse pubblico originario), rappresenta un rilevante fattore di rischio per i soggetti concessionari e finanziatori che partecipano ad iniziative di project financing e fondano le proprie valutazioni di ritorno economico sulle possibilità di gestire l'opera pubblica al termine della sua realizzazione secondo un programma di tempi e costi definiti nell'ambito di un preciso piano economico – finanziario.

Con specifico riferimento al terminal value, questo costituisce un elemento essenziale ai fini della bancabilità del progetto, in quanto ne assicura l'equilibrio economico – finanziario non solo alla fine della fase di gestione, ma soprattutto in caso di interruzione della stessa prima della scadenza del contratto di concessione, rappresentando in questo caso l'unico strumento che consente ai concessionari di garantire il servizio del debito.

Al riguardo, la norma attribuisce al concessionario il diritto al rimborso del valore delle opere realizzate, degli oneri accessori oppure, se l'opera non è stata collaudata, dei costi sostenuti fino a quel momento. Il concessionario ha altresì diritto al rimborso delle penali e degli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione nonché di un indennizzo, per il mancato guadagno, pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire o del servizio ancora da gestire, sulla base del piano economico-finanziario. Le somme rimborsate al concessionario sono vincolate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori dei progetti e, a seguito della modifica apportata dal DL Cresci Italia (art. 50, DL n. 1/2012), al rimborso dei project bond.

Le modalità di determinazione dell'indennizzo spettante al concessionario appaiono ancora inadeguate. Inoltre, l'importo non tiene conto delle somme corrispondenti ai finanziamenti già erogati dalle banche e soprattutto dei potenziali costi di risoluzione legati alla chiusura dei contratti di hedging da parte delle stesse.

In relazione a quanto sopra, occorre introdurre adeguati presidi che assicurino la bancabilità dei progetti.

Per favorire il coinvolgimento delle banche italiane ed estere nel finanziamento dei progetti, soprattutto se di grandi dimensioni, sarebbe opportuno modificare la vigente disciplina della risoluzione della concessione per inadempimento del soggetto concedente o per revoca per motivi di pubblico interesse, di cui all'art. 158 del D.Lgs. 163/2006, specificando che tra i costi sostenuti dal concessionario, per i quali sia previsto il diritto al rimborso, rientrino anche i costi di chiusura dei contratti di hedging delle sottostanti operazioni di finanziamento e le spese sostenute nella fase precontrattuale.

E' necessario definire, per espressa previsione normativa, le modalità con cui verrà calcolato il terminal value anche con riferimento alle tempistiche di pagamento, fermo restando che tale importo non dovrebbe essere comunque inferiore all'importo del finanziamento non rimborsato alla data della termination (considerato, come detto, anche quanto dovuto dal concessionario alle controparti hedging in termini di breakage costs dei relativi contratti).

Il terminal value deve essere riconosciuto anche nei casi di risoluzione anticipata della concessione per inadempimento del soggetto concessionario. In quest'ultimo caso, infatti, la mancata previsione di un indennizzo potrebbe generare un indebito arricchimento da parte della PA, nel caso il concessionario abbia comunque realizzato tutte o parte delle opere.

Il diritto al pagamento dell'indennizzo dovrebbe essere previsto, per espressa previsione normativa, in tutti i casi in cui il concessionario può recedere dal contratto (un caso tipico è quello del recesso a seguito della mancata revisione dell'equilibrio economico-finanziario del progetto, ai sensi dell'art. 143 del D.Lgs. 163/2006).

Al fine di ridurre il rischio di controparte per il mancato pagamento del terminal value e/o degli eventuali contributi in corso d'opera, sarebbe opportuno consentire solo a soggetti concedenti in grado di adempiere ai propri obblighi di pagamento dell'indennizzo la possibilità di avviare procedure di concessione di costruzione e gestione. In ogni caso, sarebbe opportuno individuare degli strumenti di garanzia pubblica per il pagamento dell'indennizzo stesso.

Le suddette proposte dovrebbero applicarsi ex lege a tutte le convenzioni in corso, comprese quelle autostradali.

## 2. Certezza del contributo pubblico

Nelle operazioni di project financing, il contributo corrisposto dalla PA può assumere, con riferimento a talune tipologie di opere, un ruolo determinante ai fini della bancabilità dell'iniziativa.

La finalità del contributo pubblico è quella di garantire l'equilibrio economico - finanziario degli investimenti e della connessa gestione. Il contributo pubblico in fase di costruzione

riduce il fabbisogno da finanziare attraverso capitali privati. L'erogazione del contributo pubblico nella fase di gestione aumenta il flusso di cassa annuale, incrementando la capacità di debito ed i flussi di cassa disponibili per gli azionisti e consentendo, dunque, una maggiore copertura del fabbisogno finanziario complessivo del progetto sotto forma di debito o capitale di rischio.

Sotto il profilo strettamente finanziario è possibile stimare la congruità del valore del contributo pubblico utilizzando tecniche di previsione di necessità in conto capitale (capital budgeting). Attraverso l'applicazione di tali tecniche, il contributo pubblico deve essere in grado di garantire la bancabilità e la redditività del progetto e degli azionisti. Tutto ciò si traduce nel rispetto degli indici di bancabilità ed in un valore del tasso interno di rendimento (TIR) di progetto e azionisti coerente con il livello di rendimento che il mercato concede per la tipologia di progetto valutata.

E' necessario che, qualora la concessione preveda che l'amministrazione corrisponda al concessionario un contributo pubblico a titolo di prezzo, la PA si impegni ad erogare tali somme nel rispetto dei tempi fissati dal contratto di concessione e dal piano economico - finanziario, al fine di evitare degli squilibri nella struttura finanziaria del progetto.

Ai sensi dell'art. 143 del D.Lgs. 163/2006, come modificato dal DL n. 201/2011 (c.d. DL Salva Italia), convertito dalla Legge n. 214/11 del 22 dicembre 2011, il contributo pubblico può anche consistere nella cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella disponibilità delle amministrazioni aggiudicatrici, o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico finanziario della concessione.

Al riguardo, con le disposizioni introdotte dal DL Salva Italia per incentivare l'intervento dei privati nella realizzazione di opere pubbliche, si supera il vincolo di connessione strumentale o fisica del bene ceduto all'opera. Nella pratica, sarà possibile offrire come prezzo un bene o un diritto edificatorio anche scollegato dall'opera da realizzare.

Tuttavia, l'inserimento di asset non strategici per la PA all'interno di schemi di project financing non appare di facile attuazione, in quanto i player nazionali e internazionali che operano nel comparto del real estate non sono i medesimi che operano nel project financing. Peraltro, tali operazioni espongono il concessionario a potenziali rischi immobiliari e appaiono in contrasto con il principio del ring fence, che è alla base delle operazioni di project financing.

Sarebbe preferibile, in linea generale, evitare la strutturazione di operazione della specie.

In ogni caso, la valorizzazione degli immobili della PA dovrebbe essere un'attività prodromica a quella oggetto della concessione, al fine di assicurare la disponibilità del contributo pubblico, evitando altresì inutili duplicazioni di oneri fiscali.

### 3. Ricorsi e contenziosi

Al fine di scoraggiare la prassi dei ricorsi nelle procedure di affidamento delle concessioni di costruzione e gestione, potrebbe essere opportuno aumentare l'importo delle sanzioni previste dall'art. 26 del D.Lgs. 104/2010 e comunque immaginare soluzioni alternative - anche di tipo soft law - che rendano meno appetibili la proposizione di ricorsi.

### 4. La revisione del piano economico - finanziario

Andrebbe specificato che, nell'ambito degli eventi per i quali si procederà alla revisione dell'equilibrio del piano economico - finanziario (PEF) del progetto (art. 143, comma 8, del D.Lgs. 163/2006), rientrano gli eventi di forza maggiore e ritardi nell'iter autorizzativo, negli espropri e nella risoluzione delle interferenze rispetto a quanto previsto nel cronoprogramma.

E' necessario inoltre che le procedure di concessione di costruzione e gestione prevedano la possibilità per i soggetti partecipanti alle gare di poter presentare modifiche (concordate con le banche finanziatrici) alle clausole di bancabilità contenute nella bozza di convenzione posta a base di gara, secondo meccanismi trasparenti e in modo da garantire la par condicio tra i concorrenti.