

ASSUNZIONE DEL RISCHIO OPERATIVO E SOSTENIBILITÀ ECONOMICO FINANZIARIA NEL NUOVO SISTEMA CONCESSORIO

(GIACOMO AIELLO)

SOMMARIO: 1. Nozione di concessione. – 2. Il rischio operativo. – 3. Il trasferimento del rischio operativo. – 4. L'assunzione del rischio operativo. – 5. Le condizioni operative normali. – 6. La sostenibilità economico-finanziaria. – 7. Equilibrio economico-finanziario e rischio operativo.

1. *Nozione di concessione*

Se obiettivo principale della direttiva 2014/23/UE è addivenire chiaramente alla definizione di un quadro giuridico applicabile all'aggiudicazione delle concessioni, senza dimenticare però l'esigenza di delimitarne con precisione il campo di applicazione, nondimeno la nozione di concessione è per il legislatore comunitario fondamentale per mettere fine alle incertezze teoriche e alle difficoltà interpretative che gravano sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e che scoraggiano le autorità dal ricorrere a concessioni anche laddove questo tipo di contratto può essere una soluzione valida¹.

L'art. 5 della direttiva, affermandone la natura contrattuale – in linea con le precedenti direttive – e costruendo la nozione su elementi diversi dal trasferimento di potestà pubblicistiche², definisce “concessione” un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ovvero la fornitura e la gestione di servizi ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori ovvero i servizi oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo.

Detta ultima fattispecie, che si rinviene, ad esempio, quando lo Stato va a sostenere parzialmente il costo di gestione della concessione in modo da far diminuire il prezzo delle prestazioni per l'utente (cd. pratica dei prezzi sociali), può avvenire

¹ Cfr. Relazione alla Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione - COM/2011/0897 definitivo - 2011/0437 (COD).

² CARANTA, *La Corte di giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*, in *Urb. e appalti*, 2012, 3, 292.

secondo modalità diverse: ad es., somma forfetaria garantita o somma fissa ma versata in funzione del numero di utenti³.

La direttiva 2014/23/UE supera la dicotomia tra affidamento della concessione di lavori (disciplinata sino ad ora dalla direttiva 2004/18/CE) e quella di servizi (sottoposta, secondo la giurisprudenza comunitaria, unicamente ai principi espressi dai Trattati)⁴.

Rispetto alla definizione di “appalto pubblico” contenuta nella direttiva 2004/24/UE⁵, la concessione presenta quale tratto caratterizzante e distintivo quello della modalità di remunerazione del concessionario, che, come ricordato, consiste “unicamente” nel diritto di gestire l’opera o il servizio.

Come precisato nel 2000 dalla Commissione con la *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, il diritto di gestione consente al concessionario – a differenza dell’appaltatore – di percepire proventi dall’utenza (ad es., in forma di pedaggio o di canone) per un determinato periodo di tempo; la durata della concessione rappresenta, pertanto, un elemento importante della remunerazione del concessionario.

Il concessionario sostiene dunque sia il rischio connesso alla titolarità di una attività imprenditoriale sia quello relativo alla gestione in concreto del servizio pubblico effettuando gli investimenti necessari perché l’opera possa utilmente essere messa a disposizione degli utenti; per contro l’appaltatore ha la certezza della remunerazione del servizio.

Il rischio di gestione, come ha avuto modo di chiarire la giurisprudenza del Corte della Giustizia⁶, può tradursi, segnatamente:

- nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori; nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi;
- nel rischio d’insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti;
- nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate
- nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio.

³ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario (in G.U.C.E. C 121/2000 del 12 aprile 2000).

⁴ RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l’impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 7, 742.

⁵ L’art. 2, co. 1, n. 5, della direttiva 2014/24/UE definisce appalti pubblici i «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

⁶ Corte di giustizia, sentenze 27 ottobre 2005, causa C-234/03 e 11 giugno 2009, causa C-300/07.

Al contrario, rischi come quelli legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell'operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come appalto pubblico o come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere, in realtà, sono insiti in qualsiasi contratto, indipendentemente dal fatto che quest'ultimo sia riconducibile alla tipologia dell'appalto pubblico di servizi ovvero a quella della concessione di servizi⁷.

In sintesi, perché possa ravvisarsi una concessione in base alle nuove disposizioni comunitarie, è necessario che in capo al concessionario sia trasferito in modo effettivo e sostanziale il rischio operativo di natura economica legato alla gestione dei lavori e/o servizi oggetto del contratto. Ne consegue, pertanto, che:

– il concessionario deve essere contrattualmente esposto al rischio di “non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzazione i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore”⁸;

– non può configurarsi come concessione e, quindi, rientrare nel campo di applicazione della direttiva 2014/23/UE, il contratto nel quale siano presenti clausole che abbiano l'effetto di eliminare il rischio operativo a carico del concessionario, ad esempio attraverso tariffe regolamentate o garanzie che permettano a quest'ultimo di recuperare la totalità degli investimenti e dei costi sostenuti a fronte dell'esecuzione del contratto⁹.

2. *Il rischio operativo*

È vero che anche negli appalti pubblici accade che una parte dei rischi sia a carico del contraente (ad es., rischi di modifiche al contesto normativo durante l'esecuzione del contratto in termini di tutela dell'ambiente che richiedano modifiche dell'opera, rischi fiscali tali da sconvolgere l'equilibrio economico finanziario del contratto, rischi di obsolescenza tecnica; rischi che esistono in misura maggiore nel quadro di una concessione, tenuto conto del fatto che questa si estende per un periodo di tempo relativamente lungo), tuttavia, l'alea legata all'aspetto finanziario dell'operazione, che si potrebbe definire “rischio economico”, è propria del fenomeno delle concessioni a

⁷ Corte di giustizia, sentenza 10 marzo 2011, causa C-274/09.

⁸ Cfr. 17° *Considerando* della direttiva 2014/23/UE.

⁹ Cfr. 17° e 19° *Considerando* della direttiva 2014/23/UE.

differenza dell'appalto dove v'è unicamente il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera¹⁰.

La definizione di concessione fornita dall'art. 5, lett. b), della direttiva sulle concessioni attribuisce rilevanza decisiva al fattore "rischio operativo", ossia implica l'esistenza di un rischio di gestione in quanto rischio economico, sostenuto dal concessionario.

Dunque, quello cui fa riferimento la richiamata previsione normativa è un rischio «*legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi*».

Il rischio operativo dovrebbe consistere, pertanto, nel rischio che l'opera, corredata delle sue tecnologie, non sia adeguata a sostenere nel tempo il *target* di quantità e la qualità delle attività che l'amministrazione deve svolgere all'interno della struttura oppure che le tecnologie e il loro aggiornamento non siano adeguati a garantire la *performance* del servizio.

La Proposta originaria di direttiva faceva riferimento al concetto di «rischio operativo sostanziale». Tuttavia, l'aggettivo "sostanziale" non compare più nella versione definitiva approvata dal Parlamento europeo probabilmente in ragione della sua indeterminatezza, la quale, oltre a generare possibili interpretazioni non univoche, sarebbe stato inutilmente confliggente con la necessità di rendere "misurabile" l'entità del rischio, rappresentato dalla mancata garanzia del «*recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dell'opera o dei servizi oggetto della concessione*»¹¹. A tal riguardo pare interessante richiamare la motivazione sottesa all'emendamento soppressivo contenuta nel parere rilasciato dal Comitato delle regioni sulla Proposta di direttiva: «la determinazione del rischio operativo elevato o la sua definizione, differenziandolo dalla missione pubblica, comporterebbe di regola notevoli problemi nell'esperienza concreta dei comuni e superebbe di molto la giurisprudenza della Corte di giustizia che non fissa requisiti eccessivi per il rischio economico»¹².

Quali sono le tipologie di rischio?

¹⁰ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, *cit.*, secondo cui, questo tipo di rischio, infatti, che dipende strettamente dai proventi che il concessionario può trarre dalla fruizione dell'opera o del servizio, costituisce un importante elemento per distinguere le concessioni dagli appalti pubblici.

¹¹ Cfr. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, *cit.*, 745.

¹² Parere del Comitato delle regioni «Aggiudicazione dei contratti di concessione», 2012/C 277/09.

Accanto ai rischi di costruzione, ai rischi sul lato della domanda e a quelli sul lato dell'offerta, ve ne sono altri comuni a tutte le tipologie di progetto, che si verificano nel lungo periodo, quali quelli finanziari (es. aumento dei costi di finanziamento), normativi, politici (ad es. per quanto attiene alla gerarchia delle scelte), autorizzativi, forza maggiore (es. calamità naturali), ecc.

Sotto altra prospettiva, vi sono rischi propri della fase di progettazione e costruzione (ad es., rischi tecnologici, ritardi, costi non previsti), rischi che potrebbero emergere in fase di avvio dell'opera o dei servizi (ad es., abbandono, ritardi, costi non previsti), rischi propri della fase di funzionamento a regime (ad es., inflazione, rischi di fornitura, rischi di mercato, variazioni normative, forza maggiore).

Spunti ricostruttivi per una definizione di "rischio operativo" sono offerti dal 20° *Considerando* della direttiva laddove si evidenzia, sulla scia della elaborazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, che questo rischio:

a) dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti: rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione;

b) dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta.

Ed è lo stesso legislatore europeo quanto alle sue componenti, a declinarne le nozioni:

1) per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto (si pensi ad es. al caso della fruizione del servizio che può subire un calo per effetto di una offerta maggiormente competitiva di altro operatore o al caso di una contrazione dei consumi per effetto di crisi economica);

2) per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda¹³.

Quanto al rischio sul lato dell'offerta occorre evidenziare che la Proposta originaria di direttiva utilizzava l'espressione «*rischio relativo alla disponibilità delle infrastrutture fornite dal concessionario o utilizzate per la fornitura dei servizi agli utenti*» ossia, a quel rischio denominato nei documenti di contabilità EUROSTAT come “rischio di disponibilità”¹⁴.

Dunque assunzione del rischio connesso alla gestione dell'opera¹⁵, o alla fornitura e gestione del servizio, in relazione alla tendenziale capacità degli stessi di autofinanziarsi ossia di generare un flusso di cassa tale da consentire la remunerazione dell'investimento effettuato.

Adesso il tema del rischio è compiutamente definito con una disciplina europea che non lascia margini di incertezza all'interprete, ma neanche spazi di autonomia al legislatore nazionale che l'attuerà¹⁶. Con la direttiva 2014/23/UE dunque il vuoto sulla previsione sostanziale di rischio a livello comunitario è stato colmato, e tale definizione

¹³ Un ulteriore riferimento seppur implicito al rischio dal lato dell'offerta è rinvenibile nell'ultima parte del 18° *Considerando*, laddove si precisa la natura concessoria degli accordi 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 (si pensi a contratti di concessione dove il concedente eroga un canone periodico a fronte della realizzazione di una infrastruttura o della gestione di un servizio anche tramite quella).

¹⁴ “*Availability risk*”: *covering volume and quality of output*.

¹⁵ Nella Decisione 11 febbraio 2004 *Treatment of public-private partnerships* EUROSTAT, ai fini della regolamentazione dei trattamenti nel bilancio nazionale di sistemi di collaborazione denominati PPP, individua tre categorie di rischi:

1. “rischi di costruzione”, comprendenti eventi riguardanti lo stato iniziale delle attività coinvolte; in pratica, eventi come la spedizione in ritardo, il non rispetto di standard specificati, costi aggiuntivi significativi, mancanze tecniche ed effetti esterni negativi (compresi i rischi ambientali) che determinano rimborsi a terzi;

2. “rischi di disponibilità”, comprendenti casi in cui durante la realizzazione dell'attività, la responsabilità del partner è invocata a causa di gestione insufficiente (cattiva prestazione) risultante in un volume di servizi inferiore a quanto stipulato da contratto, oppure in servizi che non incontrano gli standard qualitativi specificati nel contratto;

3. “rischi di domanda”, comprendenti la variabilità della domanda (maggiore o inferiore rispetto a quanto previsto al momento della stipula del contratto) non tenendo conto della prestazione del partner privato. In altri termini, un cambio della domanda non può essere correlata direttamente ad una qualità inadeguata dei servizi forniti dal partner. Invece, dovrebbe risultare da altri fattori come il ciclo del business, i nuovi trend di mercato, un cambiamento nelle preferenze dell'utilizzatore finale, oppure obsolescenza tecnologica.

Secondo EUROSTAT una attività PPP dovrebbe essere classificata fuori dal conto economico per attività governative (*off balance*) se sono soddisfatte entrambe le seguenti condizioni:

a) il partner sostiene i rischi di costruzione;
b) il partner sostiene almeno uno tra il rischio di disponibilità e il rischio di domanda.

¹⁶ CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, 2015, in www.studiolegalechiti.it

non dovrebbe consentire ai concessionari e agli istituti finanziatori di introdurre forme di attenuazione o eliminazione del proprio rischio, restituendolo alla PA¹⁷.

Sulla scorta di quanto stabilito dalla direttiva 2014/23/UE, l'aggiudicazione di una concessione comporta che il relativo contratto abbia un contenuto necessario: il trasferimento al concessionario del rischio operativo. Si ammette al riguardo che ne possa essere trasferita una sua parte (come si desume dal disposto normativo dell'art. 5, lett. b), capoverso, ultimo periodo, della direttiva, a mente del quale, «*la parte del rischio trasferita al concessionario comporta una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato ...*»). A tal proposito può esser utile rammentare che taluni settori di attività, in particolare quelli riguardanti attività di pubblica utilità come, ad es., il trasporto pubblico mediante autobus o tram, sono disciplinati da normative nazionali che possono avere l'effetto di limitare i rischi economici attraverso la compensazione delle perdite di gestione del concessionario. In dette fattispecie, come ha avuto modo di statuire la Corte di giustizia, il fatto che la controparte contrattuale non sia direttamente remunerata dall'amministrazione aggiudicatrice, ma abbia il diritto di riscuotere un corrispettivo presso terzi, è sufficiente per qualificare quel contratto come «concessione di servizi» allorché il rischio di gestione nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice, per quanto considerevolmente ridotto in conseguenza della configurazione giuspubblicistica dell'organizzazione del servizio, è assunto integralmente o in misura significativa dalla controparte contrattuale¹⁸.

Corollario di tali previsioni – in considerazione del fatto che non vengono fornite ulteriori precisazioni riguardo alla quota proporzionale di rischio che deve pesare sul concessionario¹⁹ – è che il rischio in sé può essere ridotto, ma tale non potrà però essere la relativa traslazione²⁰.

Ai fini «*della valutazione del rischio operativo dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario*»²¹. Il Valore Attuale Netto (VAN) è un indicatore finanziario che fornisce un'indicazione, in termini monetari, del

¹⁷ Cfr. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit. 745.

¹⁸ Corte di giustizia 10 settembre 2009, causa C-206/08, in merito all'assegnazione del servizio pubblico di distribuzione dell'acqua potabile e di smaltimento delle acque reflue.

¹⁹ Cfr. BARONE-BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, 394.

²⁰ GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.* 2011, 4, 737.

²¹ 20° Considerando della direttiva 2014/23/UE.

valore creato o disperso dal progetto all'istante della valutazione²². Più segnatamente, rappresenta la ricchezza incrementale generata dall'investimento, espressa come se fosse immediatamente disponibile nell'istante in cui viene effettuata la valutazione. Un VAN positivo testimonia, in sostanza, la capacità del progetto di liberare flussi monetari sufficienti a ripagare l'esborso iniziale, remunerare i capitali impiegati nell'operazione e lasciare eventualmente risorse disponibili per altre ulteriori destinazioni. Qualunque investimento produca quindi un VAN maggiore o uguale a zero crea valore ed andrebbe sicuramente realizzato²³.

3. *Il trasferimento del rischio operativo*

In che termini deve essere intesa l'espressione «*trasferimento al concessionario di un rischio operativo*» utilizzata dal legislatore europeo a proposito della definizione di concessione?

Se si può assumere quale dato di partenza che il rischio è, in senso lato, la “conseguenza economica di un evento incerto”²⁴ e, se si considera che il “rischio” non può essere in sé un bene da trasferire²⁵, quel che si può rilevare – così come ha chiarito anche la Corte di giustizia²⁶ – è che il rischio è insito nella gestione economica del servizio e che la PA continua a sopportarlo a carico completo se non espone il prestatore all'alea del mercato ossia all'incertezza sul risultato economico. Questa incertezza, che, pertanto, assume una posizione centrale, indica la situazione psicologica delle parti contraenti sull'esito non giuridico ma economico del contratto²⁷.

Il rischio del quale ci si occupa potrebbe dunque essere inteso come rischio della diminuita soddisfazione economica dell'affare, per la sopravvenienza di accadimenti oggettivi futuri, oppure per la presenza di circostanze ignote alle parti e preesistenti

²² FERRANTE, *Il Project Financing - Aspetti finanziari*, UTPF, 2006, 11.

²³ Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica, *Finanza di progetto. 100 domande e risposte*, 2009, secondo cui, il calcolo del Valore Attuale Netto collegato ad una specifica iniziativa prevede normalmente un procedimento articolato in due stadi: il primo, in cui la valutazione viene svolta considerando il progetto di investimento nell'ipotesi di finanziamento con apporto esclusivo di capitale proprio (alternativa *all equity*); in tal caso il tasso di attualizzazione da impiegare rispecchierà il solo costo del capitale di rischio, corrispondente al rendimento richiesto dagli azionisti in assenza di indebitamento (VAN *unlevered*); il secondo, considera invece la possibilità di ricorso a fonti di copertura esterne in aggiunta ai mezzi propri messi a disposizione dagli azionisti (VAN *levered*).

²⁴ Cfr. ALPA, voce *Rischio*, in *Enciclopedia del diritto*, 1989, XL, 1146.

²⁵ GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., 729.

²⁶ Cfr. Corte di giustizia 10 settembre 2009, causa C-206/08, punto 66.

²⁷ GABRIELLI, voce *Alea*, in *Enciclopedia giuridica*, 1988, II, 1.

all'affare, o manifestatesi successivamente o prese da esse in considerazione solo successivamente, che portano ad uno sconvolgimento dell'economia originaria dell'affare.

Altro importante aspetto è quello del soggetto sul quale deve ricadere il rischio. Qui, in linea generale, le valutazioni possono divergere da quelle giuridiche; non è detto che l'assuntore del rischio individuato mediante criteri economici coincida con il medesimo soggetto che deve assumere il rischio seguendo i criteri giuridici²⁸. Ma, per quel che ci occupa, il problema del se la scelta debba avvenire seguendo criteri economici cui dare poi forma giuridica o se alla scelta, vestita di forma giuridica, debbano concorrere valutazioni anche non economiche, ma politiche, sociali, e così via, non si pone, atteso che la direttiva stabilisce che sia il concessionario a dover assumere il rischio operativo.

Più segnatamente, quello che prescrive il legislatore comunitario è che si ottenga un effetto giuridico dalla traslazione del rischio cioè dalla sua allocazione al *partner* privato (in tal senso sembra deporre l'espressione «*si considera che il concessionario assuma il rischio*», utilizzata per esplicitare il principio secondo cui «*l'aggiudicazione di una concessione [...] comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo*»); e lo strumento per ottenere tale effetto giuridico dovrebbe essere costituito dalla previsione di clausole nel regolamento pattizio che addossano in capo al concessionario l'incertezza del "risultato economico" – che non è nozione giuridica così come non lo è l'"incertezza" su di esso – ossia le conseguenze derivanti dalla possibile discrepanza tra i vantaggi economici pianificati (e sperati) e quelli che effettivamente si andranno a conseguire per effetto della gestione dell'opera o del servizio e in relazione agli effetti sul sinallagma contrattuale.

4. *L'assunzione del rischio operativo*

Occorre verificare se il concessionario si assuma il rischio legato alla gestione del servizio e quindi lo sostenga effettivamente in forza di un efficace regolamento negoziale che lo esponga a possibili conseguenze finanziarie.

Preliminarmente non potrà non tenersi presente l'indizio interpretativo fornito dal 17° *Considerando* della direttiva, secondo cui «*i contratti che non implicano pagamenti*

²⁸ ALPA, voce *Rischio*, cit., 1147.

al contraente e ai sensi dei quali il contraente è remunerato in base a tariffe regolamentate, calcolate in modo da coprire la totalità dei costi e degli investimenti sostenuti dal contraente per la fornitura del servizio, non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione della presente direttiva».

I contratti rappresentano allora il luogo naturale per realizzare e disciplinare l'allocazione dei rischi. Detta operazione deve essere effettuata in modo chiaro. In primo luogo ciò contribuisce a garantire maggiore certezza ai vari soggetti coinvolti e quindi la bancabilità dell'operazione. Inoltre, l'inserimento di clausole contrattuali che permettano di identificare chiaramente l'allocazione dei rischi tra *partner* privati e PA consente di arginare il pericolo che, ad es., l'eventuale *project financing* mediante il quale si affida la concessione sia usato in maniera distorta, al fine di aggirare i limiti posti dall'ordinamento all'indebitamento degli enti pubblici²⁹.

Partendo dal rischio di costruzione – rischio comune al contratto di appalto e che riguarda eventi connessi alla fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura quali, ad es., ritardata consegna, mancato rispetto di standard predeterminati, costi aggiuntivi di importo rilevante, deficienze tecniche, esternalità negative, compreso il rischio ambientale – si può affermare³⁰ che la sua assunzione da parte del privato implica che non siano ammessi pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite per la costruzione dell'opera. Per contro, l'eventualità che il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito nel contratto indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa, comporta, invece, l'assunzione del rischio costruzione da parte del soggetto pubblico.

Il rischio sul lato dell'offerta (o di disponibilità) può ritenersi in capo al privato se i pagamenti pubblici sono correlati all'effettivo ottenimento del servizio reso – così come pattuito nel disposto contrattuale – e il soggetto pubblico ha il diritto di ridurre i propri pagamenti nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione (sia per quanto riguarda la disponibilità dell'infrastruttura, sia per quanto riguarda i servizi erogati) non vengano raggiunti³¹. Per contro, la previsione di pagamenti costanti, indipendentemente

²⁹ CORI-GIORGIANTONIO-PARADISI, *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia*, cit., 8.

³⁰ Cfr. Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Circolare del 27 marzo 2009 Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31* (GU 10 aprile 2009, n. 84).

³¹ Esemplicativamente, si considera che il rischio sia stato effettivamente trasferito laddove sia prevista contrattualmente, l'applicazione da parte della PA fruitrice dell'opera, di un sistema di pagamenti a

dal volume e dalla qualità di servizi erogati, implica, viceversa, una assunzione del rischio offerta da parte del soggetto pubblico³².

Il rischio sul lato della domanda (tipico delle c.d. “opere calde”)³³ si considera assunto dal soggetto privato nel caso in cui i pagamenti pubblici sono correlati all’effettiva quantità domandata per quel servizio dall’utenza. Viceversa, si considera allocato al soggetto pubblico nel caso di pagamenti garantiti anche per prestazioni non erogate. In altre parole si presume che il soggetto pubblico assuma il rischio domanda laddove sia obbligato ad assicurare un determinato livello di pagamenti al partner privato indipendentemente dall’effettivo livello di domanda espressa dall’utente finale, rendendo così irrilevanti le fluttuazioni del livello di domanda rispetto alla redditività dell’operazione per il privato³⁴.

La componente domanda ha un peso maggiore sul rischio operativo: se la remunerazione dell’investimento e dei costi operativi dipende dai ricavi generati da un servizio a tariffazione in un contesto in cui la domanda non è rigida (ovvero che può oscillare e modificarsi nel tempo), allora il progetto è esposto anche al rischio operativo sul lato dell’offerta. Infatti, la domanda potrebbe ridursi nel caso in cui il servizio non

favore del concessionario del tipo *incentives/penalties* che preveda la riduzione dei pagamenti nel caso di prestazioni insufficienti con l’applicazione di opportune penali (cfr. Unità Tecnica Finanza di Progetto, *Partenariato Pubblico- Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico*, 2004, 9).

³² Esempio: nel caso di realizzazione di uffici pubblici, tribunali, istituti penitenziari, etc., ad uso esclusivo della P.A., in cui al privato che progetta, realizza e gestisce l’infrastruttura viene corrisposto un canone per la disponibilità in piena efficienza della struttura stessa e per la gestione dei servizi correlati (ordinaria e straordinaria manutenzione, guardiana, gestione delle reti, gestione archivi, pulizia, gestione parcheggio, etc.), il rischio di disponibilità si può considerare trasferito al privato qualora contrattualmente sia prevista l’applicazione automatica di penali che incidono sul canone corrisposto dal soggetto pubblico sia nel caso di indisponibilità completa o parziale della struttura, sia di erogazione di servizi non corrispondenti agli standard contrattuali (PCM Circolare del 27 marzo 2009, cit.).

³³ In base all’attitudine dell’opera oggetto della concessione a realizzare un flusso di cassa che può consentire di ripagare totalmente o parzialmente l’investimento, si usa classificare le opere in tre tipologie: opere calde, opere fredde, opere tiepide, dove le

a) calde sono quelle opere dotate di un’intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell’arco della vita della concessione;

b) fredde sono quelle opere per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla PA e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa (ad es. ospedali, penitenziari, uffici pubblici o servizi quali *global service*);

c) tiepide sono quelle opere i cui ricavi da utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo necessario, per consentirne la fattibilità finanziaria, un contributo pubblico (ad es., impianti sportivi, parcheggi con tariffe calmierate).

Sul tema v. TAGLIANETTI, *I limiti del contributo pubblico e il rischio di gestione nelle procedure di project financing*, in *Rivista giuridica dell’edilizia*, 2013, 178.

³⁴ Esempio: nel caso di realizzazione di strade non pedaggiate in cui al privato, che progetta, costruisce e gestisce l’infrastruttura, vengono corrisposti pagamenti pubblici (tariffe ombra) in funzione del passaggio degli autoveicoli, il rischio domanda può considerarsi trasferito al privato nel caso in cui detti pagamenti siano correlati agli effettivi passaggi degli autoveicoli, rilevati elettronicamente (PCM Circolare del 27 marzo 2009, cit.).

fosse adeguato alle esigenze espresse dalla domanda. Tuttavia, molti investimenti pubblici possono essere ricondotti a situazioni di monopolio naturale e pertanto il rischio di domanda essere limitato.

Occorre altresì garantire che l'allocazione dei rischi sia realizzata in maniera adeguata ed efficiente³⁵.

La direttiva non stabilisce a quale parte contrattuale debba essere allocato il rischio sul lato della domanda e/o quello sul lato dell'offerta. La ripartizione dei rischi tra concedente e concessionario dovrebbe pertanto avvenire caso per caso in base alle rispettive capacità di gestire al meglio i rischi in questione³⁶.

Inoltre, sulla scorta delle indicazioni provenienti dalla letteratura economica e dai confronti internazionali, si potrebbe affermare³⁷ che l'ottimale allocazione dei rischi è realizzabile attraverso:

a) la predisposizione di un adeguato sistema di incentivi per il concessionario, come avviene ad es. in Spagna, dove la disciplina sui contratti pubblici impone l'inserimento nei contratti di clausole per il calcolo dei livelli effettivi di qualità, ai quali associare incentivi o penalità per il concessionario; in tal modo risulta trasferito a quest'ultimo il rischio gestionale, anche in modo indipendente dall'assunzione del rischio di domanda;

b) l'individuazione puntuale delle ipotesi di riequilibrio del contratto, come ad es. avviene in Spagna, dove è previsto l'obbligo di ripristinare l'equilibrio del piano economico-finanziario in ragione di nuove disposizioni legislative o regolamentari, o per richieste della stessa PA, anche attraverso la possibilità di derogare ai limiti di durata della concessione; o, analogamente, in Italia, dove si prevede che la convenzione definisca i presupposti e le condizioni di base del piano economico-finanziario le cui variazioni non imputabili al concessionario, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua revisione³⁸;

³⁵ CORI-GIORGIANTONIO-PARADISI, *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia*, cit., 9.

³⁶ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, cit.

³⁷ CORI-GIORGIANTONIO-PARADISI, *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia*, cit., 10.

³⁸ Cfr. art. 143, co. 8-bis, d.lgs. n. 163/2006; il co. 8 della predetta disposizione stabilisce che le variazioni apportate dalla stazione appaltante ai presupposti e alle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio del piano economico-finanziario, previa verifica del CIPE sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni.

c) una appropriata disciplina della fase di gestione, come avviene, ad es., in Spagna, dove la disciplina sui contratti pubblici individua espressamente tra le clausole che il *contrato de colaboracion* deve includere quella della previsione di adeguati controlli sulla gestione delle opere da parte della PA³⁹.

Può essere interessante rammentare, se si ha riguardo, ad es., all'evoluzione in Italia dell'istituto della concessione nel settore delle infrastrutture autostradali, come la disciplina originaria varata dal legislatore dell'epoca escludesse ogni rischio per il concessionario: l'art. 7, co. 1, della legge 24 luglio 1961 n. 729 (poi abrogato dall'art. 10, co. 5, della legge 24 dicembre 1993, n. 537) stabiliva che «*A decorrere dal compimento del terzo anno di apertura al traffico dell'intera autostrada e successivamente ad ogni scadenza di quinquennio fino al termine del periodo di concessione saranno devoluti allo Stato, quale canone di concessione, i diritti di pedaggio effettivamente e complessivamente introitati, dedotte, nei limiti di cui ai successivi commi, tutte le spese di esercizio, comprese le spese di gestione e di amministrazione, quelle di manutenzione ordinaria e gli oneri finanziari e tributari, nonché gli ammortamenti finanziario e industriale, l'accantonamento per innovazioni, ammodernamenti e completamenti, nonché, infine, l'assegnazione di un dividendo al capitale dell'ente concessionario*»⁴⁰.

Insomma, per evitare che il concetto di rischio finisca per incidere solo in apparenza sulla realtà dei rapporti concessori occorrerà una effettiva attenzione alla sostanza dei fenomeni. Appare dunque rilevante l'attenta analisi delle clausole contrattuali che potrebbero valere (indipendentemente dalla loro apparenza formale) a incidere sull'allocazione del rischio⁴¹.

Una di queste potrebbe essere quella riguardante le penali: occorre verificare se è prevista per il concedente la possibilità di applicare delle penali nel caso in cui il concessionario sia in mora nei suoi obblighi di servizio. Deve trattarsi di applicazione

³⁹ Cfr. art. 136, lett. g), del *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*.

⁴⁰ L'art. 7, come modificato dall'art. 1, co. 1, della legge 28 aprile 1971, n. 287, stabiliva, ai successivi commi, che: (2) «*Le spese e gli oneri, di cui al precedente comma, saranno deducibili, solo in quanto effettivamente sostenuti e regolarmente giustificati, entro il limite percentuale di essi previsto nel piano finanziario e sue eventuali modificazioni; l'ammontare dell'accantonamento annuo per innovazioni, ammodernamento e completamenti non potrà superare il 10 per cento dell'effettivo e complessivo introito lordo annuale per diritti di pedaggio*». (3) «*Il dividendo, di cui al precedente primo comma, non potrà essere comunque superiore all'8 per cento del capitale dell'ente concessionario, dopo le assegnazioni a riserva legale*». (4) «*Al termine della concessione, anche per dichiarata decadenza, dovranno essere devolute allo Stato, oltre a tutte le attività reversibili, le quote non utilizzate sia dell'accantonamento, che dell'ammortamento industriale, di cui ai precedenti commi*».

⁴¹ GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, cit., 719.

automatica delle penali nonché avente un impatto significativo sul reddito o profitto del concessionario e non quindi puramente simbolica⁴². Ad es., per quel che concerne il rischio del rispetto dei tempi di costruzione, prevedere penali in caso di ritardo di consegna dell'opera potrebbe non essere adeguatamente incentivante. Meglio sarebbe, invece, concepire una durata unica della concessione e non ripartita nelle fasi temporali di progettazione definitiva, esecutiva, lavori e gestione. Ne conseguirebbe che la penale da applicare in caso di ritardo è quella automatica derivante dal minor periodo a disposizione per gestione del servizio e quindi per incassare i correlati proventi destinati a remunerare l'investimento⁴³.

In merito a questa fattispecie non può sottacersi la possibile esistenza – è il caso dell'ordinamento italiano – di un limite cui può andare incontro il ricorso a dette clausole: quello sotteso al potere accordato al giudice⁴⁴, anche *ex officio*⁴⁵, di ricondurre l'importo delle penali ad equità⁴⁶ quand'anche le parti ne abbiano convenuto l'irriducibilità⁴⁷, con possibili ripercussioni in termini di equilibrio economico finanziario dell'intera operazione⁴⁸.

⁴² EUROSTAT, Decisione 11 febbraio 2004 *Treatment of public-private partnerships*, cit.

⁴³ VECCHI-UNIVERSITÀ COMMERCIALE LUIGI BOCCONI, *Finanza di progetto. Revisione della Determinazione n. 1/2009, Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo", e della Determinazione n. 2/2010, Problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici. Consultazione on line dell'Avcp - gennaio 2014*.

⁴⁴ Cfr. CORI-GIORGIANTONIO-PARADISI, *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia*, cit., 14, nota 50.

⁴⁵ Secondo Cass. Civ. 24 settembre 1999, n. 10511, il potere di riduzione ad equità della penale, previsto dall'art. 1384 c.c. deve essere esercitato anche d'ufficio, indipendentemente da un atto di iniziativa del debitore, configurandosi come potere-dovere, attribuito al giudice per la realizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento.

⁴⁶ Art. 1384 c.c. «La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento».

⁴⁷ Cfr. Cass. civ. Sez. II, 28 settembre 2006, n. 21066, secondo cui, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art.1384 cod. civ., essendo previsto a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare effettivamente meritevole di tutela, e, dunque, connotandosi come potere esercitabile anche d'ufficio, può essere esercitato anche qualora le parti abbiano contrattualmente convenuto l'irriducibilità della penale.

⁴⁸ Osserva Cass. civ. 5 dicembre 1977, n. 5261, che il potere del giudice di ridurre equamente la penale, ai sensi dell'art. 1384 c.c., per il caso in cui il suo ammontare risulti, manifestamente eccessivo, avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento, sussiste anche con riguardo alla penale prevista in favore della pubblica amministrazione da disposizioni di capitolati generali, richiamate e recepite nel contratto stipulato con il privato (nella specie, condizioni generali delle forniture all'amministrazione militare, approvate con D.M. 20 giugno 1930), nel senso che il giudice medesimo, ove riscontri che quelle disposizioni, di natura regolamentare, contrastino, nel loro concreto inserimento nel singolo rapporto negoziale, con la norma primaria ed inderogabile dettata dal citato art. 1384 c.c., può disapplicarle, nel caso di specie, e fissare la penale secondo equità. Tale principio non si traduce nel riconoscimento al giudice del potere di sostituire la sua volontà a quella espressa dalla amministrazione in sede di stipulazione del contratto, né del potere di operare valutazioni del pubblico interesse, riservate all'autorità amministrativa, in violazione dei limiti di cui agli artt. 4 e 5 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E sull'abolizione del contenzioso amministrativo. La valutazione dell'interesse dell'amministrazione

Mutuando l'approccio metodologico seguito dalle indicazioni contenute nella Decisione 11 febbraio 2004 di EUROSTAT, si potrebbe affermare, quanto all'assunzione del rischio sul lato dell'offerta, che detto rischio può considerarsi assunto dal concessionario quando il concedente è autorizzato a ridurre significativamente i suoi pagamenti periodici, come qualsiasi altro "cliente normale" può pretendere se certi criteri di *performance* non sono soddisfatti. Qui potrebbe rilevarsi una non disponibilità del servizio, un basso livello della domanda effettiva da parte dell'utilizzatore finale o un basso livello di soddisfazione dello stesso. Ciò dovrebbe essere generalmente evidenziato da indicatori di prestazione menzionati nel contratto di concessione, quali, ad es., un numero di posti letto in un ospedale, di aule scolastiche, di posti in un penitenziario, di corsie autostradali aperte all'utenza, ecc.

Se normalmente si pensa che il concessionario sia in una posizione tale da impedire il verificarsi di questo rischio, in alcuni casi il concessionario può invocare un "fattore esterno", come un grande cambiamento di politica o "forza maggiore": tali eccezioni devono essere accettate solamente sotto condizioni molto restrittive tali da essere indicate espressamente nel contratto.

È importante verificare, quanto alle penali, che quelle previste per *performance* inadeguate non siano solamente "superficiali" o simboliche. Inoltre, l'esistenza di un importo massimo o percentuale di penale applicabile per mancanza di *performance* sarebbe indice che il rischio di offerta non sia stato trasferito al concessionario.

L'applicazione di 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.

In buona sostanza, occorrerebbe compiere un analitico vaglio delle cc.dd. "patologie" del rapporto negoziale, comprendenti sia le fattispecie di applicabilità delle penali di cui si è sopra fatto cenno, sia ancor più, quelle comportanti potenziali risoluzioni del rapporto convenzionale, rispetto alle quali sembrerebbe senz'altro da escludersi il riconoscimento di un diritto all'indennizzo al concessionario uscente.

creditrice all'adempimento, al fine indicato, viene infatti effettuata in un rapporto nel quale l'amministrazione medesima si colloca in posizione di uguaglianza rispetto all'altro contraente, e con esclusivo riguardo all'interesse evincibile in termini oggettivi ed economici, del singolo contratto, non a quello pubblico e generale sotteso alla formazione del capitolato.

Oggi, sulla base di quanto disposto dall'art. 2, co. 4, del d.lgs. 163/2006, l'attività contrattuale delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, per quanto non espressamente previsto nel Codice degli appalti, si svolge nel rispetto, altresì delle disposizioni stabilite dal codice civile.

Quanto all'assunzione del rischio sul lato della domanda, si potrebbe affermare che detto rischio può considerarsi assunto dal concessionario quando il concedente non è obbligato ad assicurare un determinato livello di pagamenti a quest'ultimo indipendentemente dall'effettivo livello della domanda espressa dall'utilizzatore finale, in maniera da rendere rilevante le fluttuazioni della domanda sui profitti del concessionario.

Detta condizione si ha quando a fronte di una riduzione inaspettata nel reddito del concessionario questi è in grado di gestire la situazione mediante l'adozione di iniziative commerciali sotto la propria responsabilità come l'incremento della promozione, la diversificazione, la ri-progettazione. Pertanto, l'esistenza di clausole contrattuali che permettono al concessionario di utilizzare – entro certi limiti – l'*asset* per scopi diversi rispetto a quelli che sono stati concordati con il concedente è spesso indizio che il concessionario stia sostenendo questo tipo di rischio.

Come per il rischio sul lato dell'offerta, alcuni eventi "esterni" eccezionali possono avere un impatto significativo sul livello della domanda. Essi devono essere considerati sotto condizioni molto restrittive e dovrebbero essere limitati a quelli per cui la copertura assicurativa non è disponibile sul mercato ad un prezzo ragionevole. Normalmente si richiede che il concessionario sottoscriva una polizza assicurativa.

In una fattispecie concernente l'affidamento mediante *project financing* della concessione dei lavori di ristrutturazione e completamento di alcuni presidi ospedalieri⁴⁹ il giudice amministrativo italiano⁵⁰, nell'annullare un bando di gara e gli atti successivi con conseguente inefficacia del contratto di concessione, ha qualificato quest'ultimo – avuto riguardo alla previsione contrattuale relativa al corrispettivo riconosciuto al concessionario, costituito da un canone annuale integrativo per la disponibilità, con riferimento alla realizzazione delle opere per la durata di 25 anni nonché da canoni annui separati per ciascuno dei servizi prestati – come contratto nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 c.c. (contratto in frode alla legge).

⁴⁹ L'oggetto della concessione era individuato, oltre che nella redazione della progettazione definitiva ed esecutiva e nella esecuzione dei lavori, nella fornitura e manutenzione di attrezzature e tecnologie sanitarie nonché nella gestione di diversi servizi affidati al concessionario a prezzi di mercato, tra i quali erano previsti la manutenzione e gestione di edifici, il servizio energia, le pulizie, la ristorazione di degenti e dipendenti, la raccolta e smaltimento rifiuti, il centro unico portierato, l'ingegneria clinica, l'assistenza domiciliare integrata, le reti informatiche e telefoniche e la fornitura HDW e SW per postazioni di lavoro).

⁵⁰ T.A.R. Sardegna, sez.I., 10 marzo 2011, n. 213.

Sebbene la pronuncia sia stata annullata in appello dal Consiglio di Stato⁵¹ per rinuncia al ricorso di primo grado e agli effetti della sentenza impugnata, merita osservare che a quella conclusione il giudice di prime cure perviene sulla considerazione che l'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si elude l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il *project financing* facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento attraverso la previsione di una remunerazione degli investimenti del concessionario posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che si verifichi quella traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale 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 intrapresa⁵².

5. *Le condizioni operative normali*

A termini dell'art. 5, lett. b), della direttiva 2014/23/UE, il rischio operativo si considera assunto dal concessionario nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.

L'espressione «*condizioni operative normali*» potrebbe far riferimento a tutta una gamma di situazioni in cui viene a trovarsi il privato concessionario durante l'esecuzione del contratto, che tuttavia non è esplicitata nel testo normativo neanche con rinvio a prassi nazionali o internazionali generalmente riconosciute e accettate, rendendo detta locuzione di difficile traduzione nel regolamento pattizio ai fini del mantenimento del rischio in capo al concessionario stesso.

⁵¹ Consiglio di Stato, sez. III, 21 febbraio 2012, n. 919.

⁵² All'organo giudicante appare evidente come non si verifichi alcun trasferimento del rischio economico e gestionale a carico del concessionario, sia perché le prestazioni oggetto dei servizi affidati sono rivolte esclusivamente all'amministrazione aggiudicatrice, sia perché il corrispettivo di tali prestazioni è posto interamente a carico dell'amministrazione. Su tale ultimo punto – osserva il TAR – non è superfluo precisare che forme di compensazione economica possono essere poste a carico dell'amministrazione solo se costituiscono il corrispettivo di particolari obblighi di servizio pubblico (tariffe più basse di quelle di mercato, ovvero qualità delle prestazioni particolarmente elevata) imposti ai privati concessionari (ex art. 143, co. 4, codice contratti pubblici). Ma si tratta di un elemento dell'operazione economica che si giustifica solo i servizi affidati in concessione rientrino in quella categoria sopra individuata e non di servizi strumentali all'attività dell'amministrazione.

In altri termini, quali sarebbero le condizioni operative “*anormali*” che fanno considerare non assunto dal concessionario il rischio operativo ovvero che ne comportano il ri-trasferimento in capo al concedente? Può affermarsi che il principio sottenda una clausola di salvezza per il concessionario laddove la fluttuazione dei tassi finanziari sia eccezionale tale da poter imputare il rischio operativo a forza maggiore piuttosto che ad una mancanza di capacità di gestione di scenari finanziari difficili⁵³?

La possibile soluzione a tali quesiti potrebbe rinvenirsi nel considerare “*normale*” il complesso delle condizioni operative vagliate all’atto della definizione del rapporto concessorio (ivi comprese eventuali fluttuazioni economiche, commerciali, finanziarie, comunque antecedenti alla cristallizzazione della concessione); conseguentemente, la condizione di “*anormalità*” non potrebbe che essere quella che viene a determinarsi, per cause impreviste e imprevedibili, all’indomani del perfezionamento del rapporto concessorio stesso.

6. *La sostenibilità economico-finanziaria*

Il progetto è finanziariamente sostenibile? Sarà pagato dagli utenti, dall’Amministrazione o da entrambi e in che modo (ad es., attraverso tariffe d’utenza, sovvenzioni di esercizio, contributi a fondo perduto del settore pubblico o dell’UE)? Il progetto è bancabile, vale a dire in grado di ottenere finanziamenti da istituti di credito? Attrarrà gli investitori? Soddisferà i requisiti per i contributi dell’UE o del settore pubblico nazionale⁵⁴?

È possibile che la PA sia parte dell’investimento: ciò è riconosciuto in linea di principio dalla Commissione nel Libro Verde sui PPP laddove si afferma che “il modello concessorio ... è caratterizzato anche dal tipo di retribuzione del co-contraente, consistente in compensi riscossi presso gli utenti del servizio, se necessario completata da sovvenzioni versate dall’autorità pubblica”⁵⁵.

⁵³ In termini affermativi RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l’impatto sul Codice dei contratti pubblici*, cit., 747.

⁵⁴ EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, *Una Guida ai PPP. Manuale di buone prassi*, 2011, 8, che evidenzia, inoltre, come per molti Paesi si pone l’importante questione del trattamento in bilancio del progetto (vale a dire, della sua possibile classificazione come investimento del settore pubblico ai fini del calcolo del livello di debito e disavanzo del Paese nell’ambito del Protocollo sulla Procedura per i Disavanzi Eccessivi prevista dal Trattato di Maastricht).

⁵⁵ Commissione europea, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* [COM(2004) 327 definitivo].

La direttiva 2014/23/UE prevede che il corrispettivo possa consistere anche nel diritto di gestire i lavori o servizi accompagnato da un “prezzo”.

L’ordinamento italiano, al riguardo, consente tale possibilità per le concessioni di servizi *«qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare»* (art. 30, co. 2, codice contratti pubblici); e per le concessioni di lavori (oltre al prezzo), *«eventualmente, la gestione funzionale ed economica, anche anticipata, di opere o parti di opere già realizzate, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare. Nella determinazione del prezzo si tiene conto della eventuale prestazione di beni e servizi da parte del concessionario allo stesso soggetto aggiudicatore, relativamente all'opera concessa, secondo le previsioni del bando di gara»* (art. 143, co. 4, codice contratti pubblici).

Detto prezzo, ovvero contributo, può essere erogato:

- in conto capitale, a parziale copertura finanziaria del costo complessivo dell’investimento;
- in conto esercizio, a integrazione dei ricavi d’esercizio o nella forma di canoni riferiti ai livelli di qualità e di efficienza del servizio erogato dalla connessa gestione dell’infrastruttura;
- sotto forma di cessione in proprietà o diritto di godimento di beni immobili nella disponibilità della PA concedente la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all’opera da affidare in concessione, nonché di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico⁵⁶.

Qual è il valore ottimale di tale contributo? Quando può affermarsi che il contributo da erogare per la realizzazione dell’infrastruttura è di livello ottimale, cioè congruo?

⁵⁶ FERRANTE-MARASCO, *Pf, così la Pa può valutare se il contributo pubblico è adeguato all’investimento*, in *Edilizia e territorio*, 2006, 17.

Con il termine equilibrio economico-finanziario deve intendersi il contemporaneo rispetto delle condizioni di convenienza economica e di sostenibilità finanziaria dell'investimento. La convenienza economica ("redditività") di un investimento si riferisce alla capacità del progetto di creare valore nell'arco di durata di una concessione di costruzione e gestione e di generare un livello di redditività per il capitale investito adeguato rispetto alle aspettative dell'investitore privato. Essa deve essere valutata anche ponendosi nell'ottica degli azionisti della società di progetto, al fine di apprezzare il livello di redditività da questi conseguito⁵⁷.

Con il termine sostenibilità finanziaria si intende fare riferimento alla capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso dei finanziamenti e un'adeguata redditività per gli azionisti. La sostenibilità economica finanziaria di un progetto espressa in termini di bancabilità si riferisce a particolari indicatori capaci di valutare il margine di sicurezza su cui i soggetti finanziatori possono contare per essere garantiti sul puntuale pagamento del servizio del debito⁵⁸.

7. *Equilibrio economico-finanziario e rischio operativo*

Qual è il rapporto tra principio di equilibrio economico-finanziario e rischio operativo?

Potremmo dire che costituiscono nozioni in conflitto potenziale. In linea di principio la garanzia dell'uno può portare alla limitazione o addirittura alla eliminazione dell'altro⁵⁹.

I cambiamenti che possono condurre alla revisione del piano economico-finanziario possono essere conseguenza di circostanze sopravvenute, durature, che non potevano essere conosciute al momento della sottoscrizione della convenzione.

Può accadere, ad esempio, che in relazione ad una concessione di costruzione e gestione di un parcheggio pubblico, la PA concedente offra a titolo di prezzo la cessione del diritto di superficie per un certo numero di anni e per un dato numero di posti auto o di box, che il concessionario trasferisce a privati terzi a fronte di un corrispettivo che incassa. Ora, non sempre le previsioni del PEF relative al numero di posti venduti e al

⁵⁷ Unità Tecnica Finanza di Progetto, *100 domande e risposte*, 2014, 49 ss.

⁵⁸ Unità Tecnica Finanza di Progetto, *100 domande e risposte*, cit., 51.

⁵⁹ CARTEI, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in corso di pubblicazione.

relativo prezzo di vendita si avverano e questo incide sull'equilibrio del PEF. È questo un rischio (di domanda) che di solito è allocato al concessionario.

Ora, se si tiene presente il criterio guida offerto dal 20° *Considerando*, a mente del quale, «*un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti*», sopravvenienze del genere di quelle sopra richiamate dovrebbero rientrare nella normale alea relativa ai rischi di domanda e/o di offerta (rischi che, come già ricordato, contribuiscono a differenziare l'appalto dalla concessione).

Questa opzione ermeneutica sembra essere in linea con quanto recato dalla direttiva 2014/23/UE in merito alla disciplina concernente l'ammissibilità di modifiche della concessione durante il periodo di validità senza (l'onere di) una nuova procedura di aggiudicazione (art. 43).

Due sono i principi ad essa sottesi che consentono di affrontare le circostanze impreviste che possono esigere di adattare una concessione in vigenza della stessa:

1) non è possibile apportare modifiche o opzioni di revisione al contratto che alterino la natura della concessione e ciò sia che le modifiche siano state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, sia che derivino da circostanze che la PA aggiudicataria diligente non ha potuto prevedere;

2) non è possibile apportare modifiche "sostanziali", dove per sostanziale, si intende la modifica che:

- a. introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione;
- b. cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale;
- c. estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione.

Va segnalato, peraltro, che nella Proposta originaria di direttiva l'ultimo comma della disposizione concernente la disciplina delle modifiche della concessione in vigenza delle stesse – poi espunta dal testo definitivo approvato dal Parlamento europeo – stabiliva che: «*Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori non si avvalgono delle modifiche alle concessioni nei casi seguenti:*

a) qualora la modifica intenda rimediare a carenze della prestazione del concessionario o alle relative conseguenze, cui si possa porre rimedio imponendo l'esecuzione degli obblighi contrattuali;

b) qualora la modifica intenda compensare i rischi derivanti da aumenti di prezzi provocati da fluttuazioni dei prezzi che potrebbero influire sensibilmente sull'esecuzione di un appalto e che sono stati coperti dal concessionario».