

I Fascicoli

di UPEL Varese

N. 7

2020



*Il Partenariato
Pubblico Privato
e l'edilizia ospedaliera
+ FAQ*



Il Partenariato Pubblico Privato e l'edilizia ospedaliera

*Trascrizione dei webinar tenuti dall'Avv. Prof. Maria Cristina Colombo il 12 maggio,
dall'Avv. Mattia Casati il 19 maggio e dall'Avv. Marco Viggiani il 26 maggio 2020.*

*Eventuali punti incomprensibili in fase di registrazione sono riportati per mantenere una
fedele restituzione dell'intervento.*

I Fascicoli

di UPEL Varese



UPEL – Unione Provinciale Enti Locali Varese

Via Como 40 Varese

www.upel.va.it

Il Partenariato Pubblico Privato e l'edilizia ospedaliera



Avv. Prof. Maria Cristina Colombo

Avvocato specializzata in diritto amministrativo, urbanistico, ambientale, contrattualistica pubblica e nelle questioni inerenti ai rapporti con le Autorità Indipendenti. Professore a contratto di Diritto Amministrativo presso il Politecnico di Milano, svolge abitualmente attività didattica e di collaborazione a pubblicazioni in materia di appalti, urbanistica e pianificazione del territorio.

Buongiorno a tutti, sono Cristina Colombo quello di oggi è il primo di tre webinar che UPEL ha organizzato in materia di partenariato pubblico privato, con un focus dedicato all'edilizia ospedaliera.

I tre webinar stati organizzati in questo modo: gli appuntamenti sono fissati per tre martedì che si susseguiranno, oggi introdurrò io con 2-3 annotazioni generali, che valgono appunto in generale e non soltanto per l'edilizia ospedaliera, in tema di partenariato pubblico privato nel Codice dei contratti pubblici, quindi quali sono le norme di riferimento e quali sono le eccezioni.

La seconda giornata, la settimana ventura, ci sarà l'avvocato Mattia Casati che si occuperà - anche qui in termini che possono valere dal punto di vista generale - sul profilo più importante di qualunque operazione di partenariato pubblico privato, che è quello del rischio e della gestione del rischio, dell'operazione di bilanciamento del rischio tra parte pubblica e parte privata. Poi tratterà anche delle attenzioni che la parte pubblica deve osservare quando approva un progetto di partenariato pubblico privato con particolare riferimento alla matrice dei rischi.

La terza giornata sarà tenuta dall'avvocato Viggiani, che in questo momento è un esperto di appalti in Invitalia, ma in realtà ha lavorato anche in altre grandi aziende pubbliche, occupandosi soprattutto di edilizia ospedaliera. Con lui farete un focus sul partenariato pubblico privato applicato all'edilizia ospedaliera trattando dei casi concreti che il collega ha osservato e sui quali ha svolto la sua attività, per evidenziare problemi e criticità.

Tratterà di un caso di edilizia ospedaliera a Napoli che non è andato benissimo e di altri invece andati bene, per capire quali sono anche qui gli aspetti che riguardo all'edilizia ospedaliera devono essere assolutamente osservati. Questo più o meno è una breve illustrazione delle tre giornate del loro sviluppo. Abbiamo optato per tre giornate e non per una, perché se si fosse stata una lezione frontale avremmo sicuramente fatto una mattina in condivisione, ma la gestione con il web sia per voi che per noi diventa fissa e abbiamo ritenuto di fare tre piccoli focus anche più concentrati nel tempo.

Come organizziamo la parte della mattina insieme? Io svolgerò una prima parte di natura generale, poi mi fermerò così lascio a voi due minuti per un caffè; nel frattempo raccoglierò tutte le chat che sono arrivate sulla prima parte, risponderò alle chat in diretta, in modo che con tutti voi - anche se non avete fatto la domanda direttamente - ci possa essere un confronto per quanto possibile complessivo.

Poi riprenderò con la seconda parte, mi fermerò e anche sulla seconda parte raccoglierò le chat, risponderò ai vostri quesiti e poi concludiamo. Ci sarà dunque un momento centrale interruttivo per me, per leggere la prima parte delle chat e potermi organizzare le risposte, per voi per fare una pausa caffè di due minuti mentre io faccio questa cosa.

Vediamo un po' il sommario di questa mattina, essendo un webinar non è una lezione istituzionale e dottrinale sul PPP, ma ho cercato di organizzare le slide più immediate per andare direttamente ai profili che andiamo ad affrontare.

Il primo appunto: PPP istituzionale e PPP contrattuale, per chi opera in PPP sono cose note, ma è giusto per la mia introduzione ai colleghi che verranno, che si occuperanno invece di questioni più specifiche. Il PPP nel Codice dei contratti pubblici, quindi il quadro normativo di riferimento; le tipologie di PPP, quindi cominciamo a fare una disamina delle tipologie dei contratti in partenariato, poi eventuali forme atipiche che, a differenza del Codice precedente, il Codice dei contratti dal 2016 consente.

Cominciamo da una domanda che ha una risposta ovvia, ma che è importante per affrontare tutte le particolarità di questo istituto: che cos'è il PPP? È un fenomeno che vede la collaborazione tra settore pubblico e settore privato. Questa è una cosa che sappiamo tutti.

Quali sono le due caratteristiche fondamentali che qualunque operazione di PPP deve avere? Prima di tutto un rapporto di lunga durata per la pubblica amministrazione e il privato, quindi non si fa mai un PPP in luogo di un appalto che dura due anni, non ha senso, quindi è sempre un rapporto di lunga durata. Poi la lunghezza dipende dal piano economico finanziario e dalla matrice dei rischi, ma sicuramente operazioni di partenariato inferiori ai 10-15 anni sono molto rare da trovare, perché il piano economico finanziario non consentirebbe all'operatore un recupero, di ammortizzare tutti i costi e gli investimenti e cominciare a guadagnare dall'operazione.

In primo luogo il PPP è un rapporto di lunga durata, poi è un incontro gli interessi pubblici e privati che spesso sono contrastanti, probabilmente sono contrastanti. Anche nell'appalto pubblico il soggetto pubblico appalta il suo servizio e il suo lavoro, il soggetto privato realizza l'intervento a fronte di un corrispettivo, ma è ovvio che i due interessi devono poi convergere nel risultato comune, ma sono contrastanti. Anche nel partenariato gli interessi sono contrastanti: il partner privato ha interesse a realizzare un'opera, o a eseguire un servizio ottenendo per quanto possibile degli utili; la pubblica amministrazione ha interesse a veder realizzare un'opera o un servizio che soddisfi interessi pubblici. Questi due interessi nelle operazioni di partenariato pubblico privato devono in qualche modo incontrarsi.

Queste sono le prime due caratteristiche: lunga durata e incontro di due interessi che normalmente sono interessi contrapposti e vedono i soggetti su partite contrapposte. Se pensiamo a un appalto o a una concessione ordinaria, anche nel vecchio ordinamento (nel 163) la pubblica amministrazione agisce sempre in via autoritativa. Se qualcosa non va posso sempre inviare una diffida, una risoluzione contrattuale, una contestazione, una penale per il ritardo. La pubblica amministrazione è sempre in una posizione autoritativa e il privato non è che subisca, perché può sempre - in realtà - reagire con un ricorso.

Invece il partenariato, diciamo la convenzione e il contratto che poi ne scaturisce, vede i due soggetti in una posizione abbastanza paritaria e questo è un vantaggio quando si realizza l'operazione. Poi però la pubblica amministrazione deve ricordarsi che, laddove l'operazione incontra delle difficoltà, la sua posizione rispetto all'operatore privato non è così forte come quella che può avere in un regime di appalto ordinario, in cui ci sono la stazione appaltante (la pubblica amministrazione) e l'operatore privato.

Una seconda grande differenziazione che dobbiamo fare si ha sulle forme di partenariato pubblico e privato. Anche qui la grande distinzione che viene normalmente attivata è tra PPP istituzionalizzato e PPP contrattuale.

Un partenariato istituzionalizzato è quello che viene normalmente attivato, attuato attraverso le società a capitale misto pubblico privato normalmente nel settore dei servizi pubblici locali, ma anche nel settore dei lavori pubblici. Anche la creazione di una società mista a capitale pubblico privato, che gestisca un servizio o che effettui dei lavori è considerata una forma di partenariato pubblico privato.

A monte - anche in questo caso lo sapete - c'è la famosa gara a doppio oggetto: la gara con cui costituisco con la società, ovvero immetto capitale privato nella mia società pubblica, se già ce l'ho, oppure istituisco la società mista e individuo anche il soggetto gestore. La famosa gara a doppio oggetto in cui non esiste più la società mista in cui ho soltanto un partner finanziario, ma devo avere un partner operativo. Un partner cioè che gestisce il mio servizio in

base alle norme di contratto di capitolato che ho messo a gara, quindi anche a regime, diciamo a normativa, la società mista sapete che è cambiata tantissimo, non soltanto nel considerarle forme di PPP ma poi anche con la Legge Madia.

Quest'ultima, non soltanto alle società interamente pubbliche, ma anche alle società a capitale misto ha imposto un adeguamento - anche se più lungo nel tempo – dal punto di vista (inc.) rispetto a società che non erano allineate alle norme sopravvenute per essere anch'esse regolamentate.

Dall'altra parte abbiamo invece il PPP contrattuale, che a monte ha una gara e poi viene contrattualizzato appunto un rapporto tra l'operatore privato e l'amministrazione.

I quattro grandi istituti di PPP contrattuale che sono disciplinati dal nostro codice sono: la concessione, il project financing, il leasing e il contratto di disponibilità. Poi ho messo "altro" perché, come vedremo, una caratteristica forte del nostro Codice dei contratti nell'articolo 180 rispetto alla scelta, invece, del legislatore previgente è il fatto di consentire alla pubblica amministrazione di crearsi la propria forma di PPP ad hoc, in base alla procedura, in base alle esigenze, in base al rigo 180.

Avere dunque una operazione di partenariato che pur rispondendo ai punti fissi (che poi vedremo) che tutte le operazioni di partenariato devono avere, non si riconosce espressamente in una concessione di servizi, in un project, in un leasing, in un contratto di disponibilità, ma può essere diciamo uno shaker di queste forme magari con un'aggiunta in più.

È possibile questo? Sì oggi è possibile, bisogna stare attenti perché comunque la forma non tipizzata dall'ordinamento in PPP e che ricade nell'articolo 180 è più difficile da attivare, perché non abbiamo norme di riferimento per la procedura di gara e per il contratto, come accade invece per le forme tipiche che qui ho linkato. La pubblica amministrazione deve stare

molto attenta nel riconoscere se rispetta tutti i parametri di PPP, oppure se non sia una operazione diversa, mascherata da partenariato pubblico privato e questo è molto importante.

Un'altra grande categorizzazione che dobbiamo fare - qui anticipo un lavoro ha fatto proprio Viggiani che sarà il vostro terzo relatore; un lavoro abbiamo fatto insieme al Master "appalti e contratti" al Politecnico di Milano - riguarda le categorie di opere dei servizi per le quali è possibile attivare operazioni di partenariato. Diciamo che in passato si discuteva sul fatto che un partenariato pubblico privato fosse possibile soltanto per opere calde, per servizi caldi, cioè progetti dotati di una intrinseca capacità di ricavare un reddito attraverso ricambi da un utenza terza rispetto alla pubblica amministrazione.

Invece la giurisprudenza (anche l'evoluzione a livello euro unitario) ci ha insegnato che le categorie, le caratteristiche di una operazione PPP possono andare oltre l'opera calda, il servizio caldo, che sono quelle per cui in generale in passato - ma anche oggi - l'operatore ha interesse a un'operazione di partenariato.

Vediamo ora la definizione di opera o servizio caldo: è un'opera, un servizio capace in via autonoma di generare ricavi commerciali attraverso l'incoming, le tariffe applicate all'utenza, consentendo un recupero integrale dei costi di investimento e di gestione, nonché la produzione di utili per il promotore durante la vita della concessione. Opere calde sono quelle opere che in passato noi potevamo anche codificare nell'istituto della concessione di costruzione e gestione, per cui io realizzo un intervento e poi lo gestisco, quindi realizzo un parcheggio e poi lo gestisco attraverso una tariffazione che possa aver concordato, ma applico le tariffe direttamente all'utenza. Recupererò così i costi dell'investimento (il parcheggio che ho realizzato) e di gestione attraverso gli utili che produrrò, che otterrò durante la vita della concessione.

Questo è normalmente, rispetto a un'opera a caldo è molto più facile impostare operazioni di partenariato, perché è un'opera (come dice questa definizione) che in via autonoma mi consente – se il piano economico finanziario è fatto bene - di recuperare il mio

investimento applicando una tariffa all'utenza. La pubblica amministrazione è in qualche modo terzo, nel senso che non concorre alla produzione di utili a favore del promotore. Normalmente l'operazione di partenariato per l'opera calda è quella che vede minor contributo o contributo zero da parte della stazione appaltante e maggior vantaggio in termini economici.

La seconda categoria di opere o servizi per cui è possibile attivare un'operazione di partenariato riguarda le opere tiepide, ovvero le opere e i servizi che per definizione richiedono una componente di contribuzione pubblica. Anche in questo caso sono opere che hanno una intrinseca insufficienza - intrinseca cioè oggettiva non in base all'incapacità dell'operatore di generare - di flussi di cassa e remunerare grosse spese in investimento, per le quali deve essere prevista una contribuzione parziale da parte della pubblica amministrazione. Normalmente le opere tiepide prevedono una piccola contribuzione parziale, che però c'è.

Facciamo un esempio di opera tiepida: spesso, specie nelle piccole realtà comunali, l'opera tiepida può essere la piscina comunale, oppure un centro sportivo comunale. Opera tiepida perché io richiedo a un operatore un forte investimento, anche qui dall'altra parte ho l'utenza finale, ma può essere che in base alle tariffe amministrative che io impongo all'operatore, ad esempio gratuità per gli anziani, gratuità per le scuole, prezzo amministrato bassissimo per i minori residenti nel comune eccetera eccetera, questo operatore per poter recuperare l'investimento dovrebbe avere una concessione che dura 100 anni e questo diventa impossibile.

Ecco che allora in questi casi, per garantire quel bilanciamento tra l'interesse pubblico e l'interesse privato, può essere che l'amministrazione contribuisca con un contributo una tantum, oppure annuale, all'operatore privato per garantire la tenuta del piano economico finanziario e quindi il bilanciamento degli interessi. C'è un concorso finanziario dell'amministrazione per la tenuta dell'operazione che è assolutamente legittimo.

L'ultima categoria è quella dell'opera fredda, che invece è riferibile a un ambito in cui la remunerabilità dell'investimento del promotore che realizza il servizio è generata, in via

prevalente o comunque esclusiva, da risorse pubbliche. Abbiamo un'opera fredda quando il soggetto privato non fornisce servizi all'utenza finale, ma direttamente alla pubblica amministrazione. Gli esempi classici sono: carceri, ospedali, scuole. Il soggetto privato realizza queste opere e trae la propria remunerazione principalmente da pagamenti effettuati dalla pubblica amministrazione.

È possibile il partenariato per un'opera fredda? Sicuramente, come vi spiegheranno poi nei prossimi due webinar, con un'attenzione particolare alla matrice dei rischi e alla gestione dell'operazione in concreto, assolutamente sì. In questo caso non c'è l'utenza finale e quindi non ci sarà un incoming per l'operatore privato che deriva dalla tariffazione che applica all'utenza; c'è soltanto un interlocutore, la pubblica amministrazione, che corrisponderà un contributo di concessione a favore dell'operatore privato.

Una domanda che spesso faccio anch'io: ma se è un'opera fredda non è un appalto mascherato? Ovvero: se io chiedo di realizzare un intervento e poi l'intervento e i servizi sono gestiti per me, di fatto è appalto misto di lavori e servizi, in cui mi viene reso un servizio e io corrispondo un corrispettivo d'appalto anziché un contributo di concessione.

Sicuramente le opere fredde le posso gestire con un'operazione di appalto ordinario, ma - questo è importante - sono opere per cui oggi non è esclusa la possibilità di un partenariato. In questi casi devo fare attenzione al rischio, cioè devo calibrare l'operazione in modo che il rischio dell'operatore non sia un rischio zero. Voglio dire: realizzi l'intervento, io ti pago, quindi a meno che tu non sia così inadempiente da mandarti via, tu hai una sicurezza, non corri nessun rischio. No, devo anche in questo caso calibrare un rischio, come lo calibro questo rischio? Con le clausole che devo inserire nella concessione contratto, ad esempio quello che normalmente è un mix tra il project puro e il contratto di disponibilità, ponendo a carico dell'operatore tutta la manutenzione, prevedendo ad esempio un'interruzione del canone laddove per qualche misura la manutenzione non sia fatta a regola d'arte, prevedendo delle penali molto forti per l'operatore e così via. Facendo in modo cioè che quel non rischio

rispetto al corrispettivo - perché l'entrata del corrispettivo è certa se lavora bene - venga un qualche modo elevato e consenta di dire che c'è un'operazione di partenariato perché c'è un rischio per l'operatore ex privato, da clausole contrattuali stringenti che alzano l'astina del rischio.

Questo è assolutamente importante, perché altrimenti sto gestendo una operazione di partenariato che in qualche modo agevola l'operatore privato, perché nel momento in cui il promotore - a meno che non succeda qualcosa di strano – poi sarà l'affidatario della commessa, è un'operazione assolutamente legittima, ma in qualche sottraggio alla concorrenza, al libero mercato un'operazione, a fronte di un promotore che ha il 90% cento di sicurezza di portarsi a casa la commessa.

Devo sempre stare attento a non far passare per un partenariato quella che invece è un'opera fredda, senza rischio per l'operatore, che mi deve andare sul libero mercato degli appalti con procedure aperta, ristretta o quello che è, questo in primo luogo, quindi gestire bene la matrice dei rischi.

Vi ricordate che anche Anac non molti anni fa è stata molto dura su un'operazione specifica di partenariato pubblico privato che riguardava la pubblica illuminazione. Se vi ricordate era intervenuta dicendo che in realtà si era trovata di fronte a dei contratti in cui l'interlocutore finale era l'amministrazione, quindi non l'utenza terza, che corrispondeva un contributo e aveva rinvenuto che in contratti concessione non c'era nessun rischio per l'operatore privato. Quelli di fatto non erano altro che appalti mascherati da partenariato.

Queste delibere di Anac risalgono a due o tre anni fa, però avevano posto l'attenzione su alcune tipologie di opere fredde per le quali è assolutamente possibile e consentito creare operazioni di partenariato, ma dobbiamo stare molto attenti a non cadere nel trappolone dell'operatore privato che ci fa passare per partenariato quella che in realtà è un'operazione di appalto. Tutto ciò con un rischio per l'operatore privato che è l'ordinario rischio di un contratto di appalto.

Questa è la prima grande categorizzazione importante: opere calde, opere tiepide e opere fredde. Quando sto per affrontare un'operazione di partenariato perché l'ho scelto e quindi ho creato la mia programmazione di lavoro e di servizi, di attivare un utente di partenariato, o perché sei un operatore che sta facendo una proposta, o ancora perché ricevo una proposta fuori dalla mia programmazione (cosa assolutamente possibile) devo anzitutto capire dove sono tra queste tre categorie che sono consentite.

Se sono nell'opera fredda o tiepida devo fare molta attenzione alla contribuzione che viene richiesta alla parte pubblica e al fatto che in realtà non sia un'operazione mascherata.

Vi evito tutta l'evoluzione del PPP in Italia per approdare - diciamo così - all'oggi, che vuol dire ormai 2016, cioè quattro anni fa: che cosa diciamo in sé il Codice dei contratti nel 50 rispetto a tutta la normativa precedente, con riferimento alle operazioni di partenariato pubblico privato? Come vedremo, la grande novità che vi ho già anticipato è la nuova definizione di PPP, che si basa su questo principio di tipicità del contratto di PPP.

1. La possibilità che si ha di creare, negoziare con l'operatore un contratto di PPP atipico, che non si va a declinare in quelle che sono le forme tipiche - concessione, project, leasing e disponibilità - che io conosco.
2. Disciplina beni presupposto di base per la strutturazione delle operazioni, soprattutto il discorso del rischio.
3. Conferma la regolazione di alcune forme tipiche di PPP che sono appunto la concessione del project, il leasing e il contratto di disponibilità.

Queste sono le grandi novità del Codice 50.

Ora, sempre parlando di categorie generali, vediamo quali sono i caratteri fondamentali del contratto PPP. Possiamo dire che questi caratteri fondamentali sono 4.

Il primo è il contratto di PPP, che non è un contratto a titolo gratuito, quindi non è possibile dire, come a volte si sente: "Ci hanno proposto un PPP per l'amministrazione c'è

rischio zero. No, è impossibile, c'è sempre un coinvolgimento della P.A. e c'è sempre un qualche rischio. Vedremo poi affrontando il resto delle norme che la P.A. è chiamata a porsi, ovviamente deve essere un rischio consapevole, ma molto spesso invece è un rischio inconsapevole. C'è la convinzione da parte della pubblica amministrazione che l'operazione sia a costo zero per l'amministrazione, questo è impossibile.

Il secondo è quello che abbiamo detto all'inizio: la durata dell'operazione normalmente è abbastanza ampia ed è connessa al finanziamento dell'operazione e all'equilibrio economico finanziario della stessa. Non è una durata campata per aria. A volte viene detto: facciamo vent'anni e facciamo tornare il piano economico finanziario. No è l'opposto: prima presentiamo il piano economico finanziario e vediamo le operazioni di finanziamento e poi, sulla base di quello, cerchiamo di capire quale durata potrebbe avere l'operazione e indichiamo una durata.

Spesso questo poi questa durata viene negoziata in riduzione, cioè se l'operatore fa capire che per poter rientrare dall'investimento deve prevedere una concessione che dura 50 anni, ma a quel punto avremo anche un problema di tenuta dall'impianto. Pensiamo a un impianto natatorio che sarà per allora obsoleto, possiamo accorciare la durata, ricalibrare l'equilibrio economico finanziario e prevedere una forma di intervento da parte della pubblica amministrazione.

No deve accadere che prima diciamo quanto durerà e poi facciamo il PEF, ma prima facciamo il PEF e vediamo il finanziamento dell'operazione e poi discutiamo semmai della durata.

Il terzo: questa sarà la lezione della settimana prossima. È indispensabile una corretta allocazione dei rischi anche ai fini dell'utilizzo della scelta, voglio dire: se, visto il piano economico finanziario e l'allocazione dei rischi, capisco ho un'opera fredda e in realtà il rischio dell'operatore sarebbe 0 e questo è impossibile nelle operazioni di partenariato, posso utilizzare una forma atipica di PPP. Mi riferisco ad un mix tra - facciamo un esempio - un project puro e un quasi disponibilità, scaricando sull'operatore privato i rischi (che sono forti) di un contratto disponibilità e caricandoli nel contratto.

In questo modo riesco ad allocare correttamente i rischi scegliendo uno strumento di PPP che mi consente di qualificare la mia operazione come partenariato e non diversamente.

Poi - anche questo è un argomento di cui parlerete nei due prossimi incontri - occorre tenere sempre in considerazione le decisioni Eurostat per on e off balance delle operazioni di PPP per quanto riguarda la pubblica amministrazione. Come ho detto all'inizio, la vera novità del Codice dei contratti del 2016 è proprio che la definizione di PPP è contenuta nel 180, che è questa norma di carattere generale nella quale possiamo far confluire forme di PPP che andiamo a costruire con i nostri consulenti finanziari, giuridici, amministrativi. Forme che possono non riconoscersi in maniera piena nelle forme tipizzate dall'ordinamento.

Vediamo come definisce questo 180 le operazioni di partenariato: *“Il contratto di partenariato è un contratto - lo abbiamo già detto - a titolo oneroso -quindi mai gratuito - con cui una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici, per un periodo – ecco qui che torna - determinato in funzione di durata e ammortamento dell'investimento o/e modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività, che possono consistere nel realizzare, trasformare, svolgere la manutenzione, gestire un'opera in cambio della sua disponibilità, del suo sfruttamento economico o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con l'assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto da parte dell'operatore”*.

Si applicano poi, per quanto riguarda la finanza pubblica, i principi che vi ho anticipato prima e sono le decisioni Eurostat. Questa è la definizione di PPP di un contratto atipico, cioè possiamo costruire un'operazione di partenariato che non si riconduca in nessuna delle altre definizioni che abbiamo visto? Certo. Dobbiamo avere un contratto a titolo oneroso, in qualche modo che ci sia, o caricato sull'utente finale o caricato sulla pubblica amministrazione, una onerosità dell'investimento; una durata determinata in relazione all'ammortamento dell'investimento o alle modalità di finanziamento fissate; un'attività che può consistere in quello che voglio: realizzo, trasformo, mi occupo della manutenzione di un qualcosa che c'è già e lo gestisco, o lo gestisco e basta.

Trattasi di un complesso di attività che decido io, può essere ancora una concessione di servizi, può diventare un partenariato pubblico privato se ho un intervento manutentivo a carico dell'operatore. Non devo pensare soltanto al partenariato sul costruire e realizzare.

In cambio di che cosa? Anche qui non necessariamente di un servizio da gestire, ma anche della disponibilità dell'opera o del suo sfruttamento economico, con assunzione di un rischio secondo le modalità individuate nel contratto. Che cosa devo sempre avere in un contratto di partenariato? L'onerosità, la durata che determino in modo corretto, le attività che possono essere tutte o alcune di quelle che abbiamo elencato. Tutto ciò in cambio della disponibilità del bene che ho come pubblica amministrazione, dello sfruttamento economico del bene da parte dell'operatore privato, della fornitura di un servizio che l'operatore privato rende per me o per la collettività. Poi un rischio rispetto al quale il 180 è assolutamente generico, perché lascia a voi costruire il rischio secondo le modalità individuate nel contratto. È importante che l'assunzione del rischio ci sia.

Siamo sempre nel 180, che, oltre a dare questa definizione di natura generale, poi ci enuclea alcuni elementi importanti che ogni operazioni di partenariato deve avere. Il 180 non solo ci serve per costruire il nostro PPP atipico, che risponde alle esigenze della stazione appaltante, ma mi serve anche quando mi arriva una proposta di PPP che viene tipizzato in un leasing, in un project rispetto al quale devo vedere se tutti i paletti che mi consentono di dire che è un PPP sono riconoscibili in questa operazione.

Punto 1: trasferimento del rischio. Nel contratto di PPP il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta la locazione a quest'ultimo oltre che del rischio di costruzione, del rischio di disponibilità, o nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi per il periodo di gestione dell'opera. Il contratto è definito in modo che il recupero degli investimenti dipenda dall'effettiva fornitura del servizio e dall'utilizzabilità dell'opera.

Con il contratto sono disciplinati anche i rischi incidenti sui corrispettivi derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico. Tutto il discorso del trasferimento del rischio lo vedrete la settimana ventura, ma è importante considerare non soltanto i rischi tipici delle

operazioni PPP - costruzioni, disponibilità, domanda - che sono appunto previsti già nel Codice, ma se qualcuno ha avuto modo di affrontare le linee guida Anac numero 9: tutti gli altri rischi anche non imputabili all'operatore che devono essere monitorati non soltanto quando affronto l'operazione, ma anche durante la vita del contratto.

Questo perché se in qualche modo c'è un rischio sopravvenuto non imputabile all'operatore che incide sul corrispettivo, è quello che mi consente di operare in modo legittimo lo ius variandi rispetto alla mia concessione del contratto. Anche qui, sotto il profilo della matrice dei rischi, non soltanto i rischi tipici che sono questi, che sono già codificati dall'ordinamento, ma anche tutto quell'elenco di rischi che è lunghissimo, che Anac appunto ha codificato e regolato della sua linea guida numero 9, che sono importanti per monitorare l'andamento del contratto.

In caso di opere tiepide o di opere fredde in linea generale per la categorizzazione di questi interventi, o in linea particolare perché il PEF, piano economico e finanziario ce lo dimostra, l'amministrazione può scegliere di versare un canone all'operatore economico, per consentire il bilanciamento e l'equilibrio del piano economico finanziario.

Dicevamo prima: se è un'opera fredda o un'opera tiepida devo stare attento che quel canone a favore dell'operatore economico non annulli il fatto che è una operazione di partenariato. Qui la norma ci dice che quel canone però deve essere ridotto o annullato nei casi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, o mancata prestazione dei servizi. Se questa ridotta disponibilità dell'opera o mancata prestazione dei servizi è imputabile all'operatore, la variazione del canone deve incidere sul valore dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico.

Come dire che devo stare attento e fare in modo che se per qualche ragione il servizio non è ottimale, l'opera non è disponibile, c'è un problema di manutenzione, l'opera non è perfettamente disponibile, devo annullare o ridurre quel canone all'operatore economico, in modo che il suo rischio che avevo previsto in linea teorica nella mia operazione di partenariato venga concretamente attivato.

È da qui che si desume che anche per l'opera fredda e per l'opera tiepida è possibile un'operazione di partenariato, però a condizione che in qualche modo ritorni il rischio sull'operatore in caso di ridotta o mancata disponibilità dell'opera o del servizio per fatto imputabile all'operatore stesso.

Cosa abbiamo detto, anche qua come norma generale? L'amministrazione può versare un canone all'operatore economico; abbiamo detto che normalmente il cambio non c'è nell'opera calda, perché nell'opera calda ci immaginiamo che l'operatore (ho fatto l'esempio dei parcheggi, o comunque di interventi redditizi) recuperi totalmente dall'utenza finale, quindi non c'è un corrispettivo da parte dell'amministrazione. Mentre il canone è sicuramente prevedibile nell'opera tiepida ed è necessario nell'opera fredda, perché altrimenti l'intervento non sta in piedi. Che cosa può esserci oltre il canone? Il comma 6 sempre del 180 - questa grande e lunga norma generale che dobbiamo considerare - ci dice: *“Ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario in sede di gara, o comunque – ricordiamoci - laddove arriva una proposta dell'operatore è una valutazione che devo effettuare prima di dichiarare quella proposta di pubblico interesse, l'amministrazione può anche stabilire o accettare un contributo pubblico, o cedere beni immobili che non assolvono più funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può anche essere riconosciuto un diritto di godimento su un bene.*

In ogni caso l'eventuale riconoscimento di un prezzo, altre garanzie pubbliche o altri meccanismi di finanziamento non può mai superare il 49% del costo di investimento”. Il 49% e il 51%, per cui l'amministrazione non può mai addossarsi diciamo rischio superiore al 49%.

È importantissima questa parte che vi ho sottolineato: prezzo, garanzie pubbliche, meccanismi di finanziamento e diritto di godimento. Quando io analizzo la proposta del piano economico finanziario, (inc.) dei rischi che mi propone ad esempio l'operatore privato promotore, nel momento in cui sono io a fare la gara, devo stare attento perché la mia parte di contributo non è soltanto un canone che mi viene richiesto di versare per arrivare a parametrare l'equilibrio economico finanziario, o la cessione di un bene immobile, o un diritto di godimento su un bene immobile, ma anche altre forme di finanziamento.

Quello classico è la garanzia: negli interventi ad esempio per realizzare palestre e/o piscine, in cui abbiamo sempre il finanziamento del Credito sportivo, lo stesso Credito sportivo chiede all'amministrazione di rilasciare una fideiussione e quello è un rischio per la pubblica amministrazione. Infatti, se l'operatore non paga le rate di mutuo, l'istituto arriverà dall'amministrazione e incamererà la fideiussione rilasciata. Devo dunque ricordarmi che quello è un rischio ed è un rischio alto, che può essere pari anche al totale del mutuo comprensivo degli interessi che l'operatore ha attivato.

Facciamo un altro esempio: se io concedo all'operatore, affinché possa utilizzare il bene immobile per attivare forme di ipoteca bancaria o altro, un diritto di superficie sulla mia area, anche in questo caso quel diritto di superficie ha una valorizzazione per me. È pure un rischio, perché se per caso attiva l'ipoteca e circolarizza quel diritto reale parziale a favore di terzi, io potrei trovarmi poi con l'operatore che salta in aria a non avere più il mio diritto reale e parziale sul bene. Anche questo è un rischio.

Facciamo sempre attenzione, perché tutti questi sono rischi che dobbiamo calcolare, devono esserci nel piano economico finanziario, ma soprattutto devono esserci quando io, pubblica amministrazione, faccio le famose relazioni che vengono chieste - 181 e 183 – alla parte pubblica per dire che l'operazione per me può stare in piedi e il rischio che corro non è troppo elevato anche rispetto all'interesse pubblico.

A posteriori abbiamo avuto amministrazioni che hanno stabilito a monte che il rischio per la pubblica amministrazione era 0 e poi invece abbiamo scoperto che c'era un titolo di superficie è stato circolarizzato a terzi, una fideiussione bancaria per un mutuo che non è stato pagato e richiesto all'amministrazione. Questi sono tutti debiti fuori bilancio e rischi non assunti a monte.

Facciamo attenzione: il Codice oggi ci dice chiaramente che le forme di contributo possono essere varie e diverse forme di finanziamento o garanzia non nominate espressamente, non con nome e cognome, ma che possono porre un rischio in capo alla pubblica amministrazione. Dobbiamo essere in grado di individuarle nell'operazione di partenariato che ci viene proposta.

Ancora 2 slide prima di farvi fare il primo blocco di domande. Modalità di aggiudicazione di un PPP di iniziativa pubblica. Il 181 prevede una procedura a evidenza pubblica, anche il dialogo cooperativo che non facciamo mai ma che esiste. Con quali caratteristiche? A base di gara deve esserci un progetto definitivo, occorre approntare uno schema di contratto e un PEF da cui risulti l'equilibrio economico finanziario.

Questo quando io attivo un partenariato a iniziativa pubblica, diciamo sono molto più rari oggi perché l'amministrazione dovrebbe investire in un progetto definitivo che ha dei costi, che deve essere validato. Dovrebbe approntare una gara con lo schema di contratto, con il piano economico finanziario e matrice dei rischi. Preferisce spesso ricevere una proposta di partenariato su cui attiva le sue verifiche prima di dichiararla di pubblico interesse.

Ancora: quando parliamo di modalità di aggiudicazione il 181 comma 4 e il Codice dei contratti rinviano alla necessità di prevedere già nel bando, nel contratto, nel capitolato modalità di monitoraggio dell'attività dell'operatore economico e dei suoi rischi. Come? Attraverso gli strumenti definiti dalla linea guida Anac numero 9. Le approfondirete la settimana prossima, sono importantissime perché tutte le forme di monitoraggio che individua Anac in questa linea guida numero 9 devono poi essere inserite e attuate nel vostro schema di concessione contratto.

Ciò per consentire - come dice la norma - non soltanto un controllo a monte sulla tenuta del vostro PPP, ma anche un controllo in divenire su (inc.) del vostro PPP e sulla permanenza in capo all'operatore economico e i rischi trasferiti. Se in qualche modo il rischio diminuisce, bisogna capire se è un'alea che va bene per l'operatore o se c'è qualcosa che non va nell'operazione. Se il rischio aumenta in maniera significativa per fatto non imputabile all'operatore, può essere giustificata l'attivazione di un meccanismo di revisione ius variandi della concessione contratto, nel rispetto però di quello che abbiamo detto e scritto nel nostro bando di gara.

Prima di ripartire e fare dei flash su concessione, project, leasing e disponibilità, io vedrei se sono arrivate delle domande sulla prima parte. Mi fermo due minuti, disattivo un

attimo microfono e videocamera, guardo le chat, il tempo per voi davvero per un caffè oppure per nulla, il tempo che io legga le domande e possa darvi le risposte.

La prima domanda che avete fatto: *“è possibile porre a base di gara un progetto di fattibilità tecnico economica?”*. Non più. Se guardate l'articolo 181 comma 2 nella versione pre correttiva al Codice dei contratti diceva: *“salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbiamo ad oggetto anche la progettazione – è proprio la domanda che avete fatto - l'amministrazione mette a gara un definitivo”*. Questo parte è stata rimossa, quindi la regola è che a gara va un definitivo e, ahimè, è proprio il caso per cui sono sempre più rari i progetti di fattività che vanno a gara a iniziativa pubblica, perché il costo in capo all'amministrazione è abbastanza alto.

La seconda domanda che mi avete fatto: *“La differenza tra PPP e concessione?”*. Beh, nel Codice dei contratti attuale ahimè la concessione è un PPP, l'ottavo comma del 180, di questa grande norma generale che dovete sempre considerare vi dice: *“Nelle tipologie dei contratti di cui al comma 1 - cioè i contratti di partenariato – rientrano: finanza di progetto, concessioni, costruzione e gestione, concessione di servizi, locazione finanziaria, disponibilità e qualunque altra operazione di partenariato che andiate a costruire e che ha queste caratteristiche”*.

Oggi qualcuno ha chiesto quali sono le concessioni fuori codice, adesso ve lo dico, ma in realtà in generale la concessione, il lavoro, cioè concessioni di costruzione e gestione o di servizi è un PPP e quindi bisogna osservare tutte le disposizioni del 180 e seguenti e fare attenzione. Oggi non può andare a gara una concessione anche di servizi come concessione senza allegato un piano economico finanziario.

Mi dite: è una concessione di servizi? Sì, certo però un progettino di servizio ovviamente deve averlo che va a gara e comunque deve avere un piano economico finanziario e una matrice dei rischi predisposti dall'amministrazione. Fate molta attenzione, altrimenti non chiamate concessione quello che può essere un normale appalto che può andare a gara con un contratto di appalto.

La terza domanda che mi avete fatto ahimè è un po' specifica: *“è possibile ridurre il canone di un impianto sportivo in questo periodo?”*. Dipende dal contratto, se parlate di canone

vuol dire che, anche se è un impianto sportivo, l'avete considerato come un'opera tiepida e non fredda, perché nell'impianto sportivo c'è l'utenza finale. In qualche modo avete costruito il piano economico finanziario dicendo che l'operatore non poteva stare in piedi senza un vostro contributo di concessione.

Bisognerebbe capire se nello schema di contratto che avete costruito e dalla matrice dei rischi che avete approvato c'è un meccanismo per la pubblica amministrazione in caso di non utilizzo per ridurre il canone.

Oggi normalmente per questo tipo di impianti si fa quel mix che vi ho detto tra project vero e proprio e contratto di disponibilità, perché in questo modo l'amministrazione potrà inserire misura di riduzione e annullamento del canone in casi particolari. Ante 2016 non lo si poteva fare perché non c'era il PPP atipico, invece oggi bisognerebbe in concreto vedere il contratto. Rispondo così - visto che questo webinar lo ha lanciato UPEL - se siete un comune associato a UPEL e abbiamo uno sportello anche per i PPP e mandate lo schema di contratto e di capitolato lo possiamo verificare in concreto.

L'ultima domanda che avete fatto: *"è prelazione sempre?"*. Questo è un problema, perché in realtà la prelazione è ben tipizzata nell'istituto del project financing. No, non è ripetuta in tutte le altre forme di partenariato. Quello che normalmente facciamo per riconoscerlo è il fatto di creare anche qui un PPP ai sensi del 180 con un mix tra project, eventualmente disponibilità, project, leasing costruendo e in questo modo attiviamo il partenariato.

Dice: *"ma non è una furbizia?"*. Beh, una costruzione a questo punto di un 180 con un mix tra istituti diversi che la normativa consente, in modo da poter far scattare, a favore dell'operatore, una prelazione che, viceversa, potrebbe essere messa in discussione per istituti che non sono il project vero e proprio.

Alla domanda: *"Quali concessioni ne sono fuori?"* rispondo adesso.

Riprendo un po' l'argomento e vediamo anche qua senza velleità di approfondimento totale, perché avremmo bisogno di una giornata per ogni istituto, ma vediamo un flash di quelli che sono i contratti tipizzati e le loro caratteristiche principali.

Vi dico questa cosa perché è importante: anche quando vi arriva la proposta attraverso un operatore privato, secondo me lo strumento del 180 è più vantaggioso per la pubblica amministrazione, perché ci consente un mix tra istituti diversi, di prendere il meglio dai vari istituti, creando un'operazione che è più vantaggiosa anche per la pubblica amministrazione.

Consente infatti di riattivare anche questi meccanismi sul canone se c'è riduzione di bilanciamento dei rischi che questi strumenti presi uno per uno non consentono di gestire.

Qualcuno ha fatto un'altra domanda che qui viene vista in concreto, avete parlato di raggruppamento temporaneo per gestire: normalmente nel project puro abbiamo la società di progetto che gestisce, in cui tutti i componenti dovrebbero confluire. In alcuni casi in passato avevamo degli strani meccanismi di raggruppamenti temporanei in cui gli operatori si potevano sfilare. Non è così tranquilla questa cosa, non è possibile che partiamo con un raggruppamento e poi ci troviamo un unico operatore alla fine.

Anche qui dobbiamo stare attenti e vedere come abbiamo costruito il contratto e il bando di gara iniziale e capire chi sono gli interlocutori. È successo in alcuni casi concreti che l'amministrazione per dieci anni abbia avuto un interlocutore e poi, quando abbiamo dovuto risolvere il contratto per inadempimento, ci siamo accorti che c'era una ATI che rimasta tale, dovete dei soggetti si erano sfilati di fatto ma non di diritto, che avremmo voluto coinvolgere nell'operazione di risoluzione ma qualcuno non esisteva neanche più.

Bisogna stare molto attenti a questo meccanismo di chi sono i nostri interlocutori, se si possano sfilare nel corso dell'operazione, perché anche questo è un meccanismo che non è completamente vietato, la modifica è eventualmente soggettiva in corsa, ma va assolutamente codificata.

Ripartiamo delle concessioni. Stranamente, ecco perché uno non si trova, nel 180 vi ho detto che la concessione è un PPP, per la disciplina è dal 164 in poi, per cui a qualcuno può venire il dubbio: allora non sta nel tipo di PPP? Beh c'è stato un errore di impostazione del Codice, perché il PPP è nella parte 4 e la concessione è prima. Il comma 8 del 180 è chiarissimo: la concessione è una forma di partenariato pubblico privato, quindi deve rispettare tutto quello

- dice il Codice – che abbiamo detto ai commi precedenti, che io ho cercato di illustrarvi precedentemente.

Cominciamo con l'ambito di applicazione. *“Si applicano le norme 164 e seguenti del Codice a tutti i contratti di concessione di lavoro e di servizi indetti dalla pubblica amministrazione con lavori e servizi appunto sono enti aggiudicatori sono legati al loro ambito”.*

È una domanda che mi avete fatto: *“quali sono le concessioni che sono fuori dal Codice?”*. Prima si diceva: quali sono i servizi fuori? Quindi c'era un'assoluta libertà adesso concessioni di servizio sono dentro. *“Il Codice dei contratti non si applica ai provvedimenti comunque denominati, con cui le amministrazioni a richiesta di un operatore economico, autorizzano l'esercizio di attività economica che vuole svolgersi anche mediante utilizzo di impianti o beni pubblici”.*

Mi spiace non poter interloquire con voi ma penso che abbiate capito: sono fuori del Codice quando all'operatore viene chiesta un'attività economica sul libero mercato, che non è connessa alle mie finalità istituzionali e che occasionalmente svolge in un mio bene. Siamo fuori dal Codice perché non è più una concessione di servizi, non è una concessione di servizi fuori Codice, è un'altra cosa.

È una concessione in uso di un bene di proprietà pubblica, in cui io do in uso un bene - ad esempio un chiosco bar sul lungolago, oppure un bar all'interno di un parco e così via - in cui io do in uso un'attività ad un operatore che fa un'attività economica. Poi, che la faccia o non la faccia a me non cambia nulla, perché non è legata alla mia attività istituzionale; io gli dò l'utilizzo del mio bene in cambio di un canone. È fuori Codice perché il meccanismo è inverso: io do un bene e non do un canone ma ricevo un canone, perché do in uso un bene immobile per fare un'attività economica.

Domanda: sono fuori Codice, come faccio a regolamentare? Abbiamo il problema di un vuoto di disciplina, quindi se sono un'amministrazione pubblica locale, negli ultimi anni quello che si è fatto è stato approvare un regolamento, integrando il regolamento delle alienazioni che avete già, che gli enti pubblici hanno, di diritto. Approvare un regolamento per gestire il patrimonio immobiliare, disciplinando anche queste concessioni in uso, stabilendo in quali casi

posso fare una procedura snella, in quali casi una procedura pubblica, ma non è una concessione in Codice dei contratti.

Questo è il primo grande quadro diverso. Diciamo ci sono dei casi in cui potete stabilire dall'inizio cosa fare. Facciamo un esempio: l'attività di asilo nido non è un'attività istituzionale per la pubblica amministrazione, quindi se devo dare in utilizzo uno dei miei locali per un asilo nido, che non è l'asilo nido pubblico comunale, posso evitare di fare una concessione di servizi che ha tutti i problemi che abbiamo visto in punto anche di carico finanziario e altro. Posso gestirlo come concessione in uso di un bene a fronte del ricevimento di un canone.

Questa è la prima grande eccezione, vediamo la seconda: servizi non economici di interesse generale. Qua si apre un altro mondo, la grande differenziazione e non parliamo più di appalto a concessione ma di servizio di interesse generale, i famosi SLP a rilevanza economica, a non rilevanza economica.

Quelli a rilevanza economica sono: l'acqua, i rifiuti, la pubblica illuminazione. Ci sono questi servizi pubblici locali di interesse generale a rilevanza economica che hanno disciplina a parte, poi ci sono quelli non economici. Questi ultimi possono rientrare nel campo di applicazione del Codice. So che cosa state pensando: normalmente nei servizi non economici noi facciamo rientrare anche la famosa gestione di campi da calcio dati alle società e alle associazioni sportive.

Sono esclusi dal Codice? Sì, possono essere esclusi dal Codice, stiamo però attenti che Anac, ahimè, ha adottato delle linee guida che invece sono abbastanza restrittive e cercano di ricondurre a rilevanza economica quasi tutto, nello specifico nel concetto di appalto e concessione per rientrare nel Codice. In realtà noi abbiamo alcuni casi in cui pacificamente il servizio ha una rilevanza economica. Se io ho un impianto sportivo per l'attività del calcio che per la destinazione finale di quell'attività è un servizio privo di rilevanza economica, perché chi esercita quella attività non è un bar, non può avere nessun ritorno che non siano le tessere dei tesserati con cui a malapena riesce a fare la pulizia nei campi ed è quindi un servizio non economico, sono fuori dal Codice e quindi posso utilizzare quelle forme di affidamento degli impianti sportivi che anche la nostra legge regionale riconosce.

Devo stare attento, perché invece se quel servizio ha rilevanza economica per esempio un impianto sportivo strutturato, in cui ci sono anche impianti da calcetto che possono essere affittati, o un bar o altro ancora, se quei servizi hanno rilevanza economica rischio di dover riconsiderare le norme che abbiamo detto. Allora forse è il caso di attivare una forma di partenariato.

Questo è vero tanto che, anche nel mondo degli impianti sportivi, una legge del 2016, la finanziaria, ha addirittura previsto la possibilità di utilizzo di un PPP anche per gestire impianti sportivi già in essere, appunto quando ci fossero i presupposti del partenariato pubblico privato e quindi, in qualche modo, un'opera tiepida, in cui un'entrata da qualche operatore ci potesse essere.

Io capisco che è un mondo che si apre, ma possiamo dire che sono due queste macro aree di esclusione: l'attività economica, ho fatto l'esempio del bar ma in realtà ce ne potrebbero essere altre, che devo gestire con la concessione in uso del bene; la seconda invece servizi di interesse generale non economici, privi di rilevanza economica, cioè quando l'operatore non ha un utile e non va neanche in pareggio, recupera soltanto le spese. Qua ci sono degli indicatori che ha fornito negli anni la nostra Corte dei conti lombarda, ma anche altre Corti dei conti: indicatori della rilevanza economica di alcuni servizi che sono stati molto utilizzati appunto per gli impianti sportivi per farci capire se è un servizio privo di rilevanza economica per il quale posso andare fuori Codice, oppure se può avere rilevanza economica e devo ritornare allora dell'impianto del Codice dei contratti.

Siamo sempre nelle concessioni, anche nelle concessioni servizi o lavori, il 165, abbiamo un rischio e una necessità di un equilibrio economico finanziario. La prima domanda che mi ha fatto qualcuno; sì, ahimè, se decido di fare una concessione di servizi devo andare a ritroso nel Codice perché la norma è prima, ma applicare i parametri (che ho cercato di indicarvi all'inizio) del 180 alle norme del 165.

Anche qui devo avere un piano economico finanziario e dei rischi. La maggior parte dei rischi di gestione del concessionario proviene - nella concessione di servizi - dall'aver dei servizi resi al mercato, quindi all'utenza finale.

Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio economico finanziario può determinare la revisione della concessione e quindi il ritorno a una situazione di equilibrio. È quello che dicevo prima: in passato era bloccata, si diceva che non si poteva toccare una concessione, perché si alterava la par condicio della gara all'inizio. Invece oggi la norma dice che possiamo, però devo essere stato bravo all'inizio e aver fatto un piano economico finanziario fatto bene, una matrice dei rischi fatta bene. Poi mettermi nelle condizioni di dire: questo operatore, per fatto a lui non imputabile, ha visto sballare le condizioni di equilibrio economico finanziario del contratto. Io, in base al contratto, in base alle linee guida Anac numero 9, in base al comma 6 del 165, posso attivare una modifica, negoziare una modifica della concessione.

Poi ovvio che anche per le concessioni, pure riprendendo espressamente decisioni Eurostat, ovvero questo richiamo al fatto che il piano, lo schema del contratto devono essere fatti in modo che l'operatore possa diciamo essere in grado di reperire - sul mercato finanziario - le risorse per fare l'intervento.

Una cosa molto interessante in tema concessioni, il 165, sono quelle norme scritte bene ma in realtà poco divulgate e quindi poco applicate. Questa norma ci dice che: *“Per le concessioni da affidare con procedura ristretta”* e cosa vuol dire? Manifestazioni di interesse, griglia o non griglia e poi lettera di invito, quindi anziché la procedura aperta una procedura in due fasi, in cui prima raccolgo le manifestazioni di interesse e individuo la griglia degli operatori che hanno i requisiti e poi li invito.

Potendo prevedere una griglia e una indicazione poi del numero di invitati (o anche no) nel bando posso prevedere che l'amministrazione possa indire, prima della scadenza del termine per presentare le offerte, una consultazione preliminare con gli operatori per verificare l'insussistenza di criticità del progetto e provvedere all'eventuale aggiornamento degli atti di gara. Questo è uno strumento bellissimo e poco utilizzato. Spesso, quando ho una procedura sempre molto rara che però ci può essere, che parte dalla pubblica amministrazione, in cui io metto a gara il progetto per una concessione, può essere che, per

come l'ho fatto, perché non ho previsto bene la parte economico finanziaria, in realtà quel progetto non sia appetibile.

Quante volte, non con un PPP ma anche in altri casi, mettiamo a gara qualcosa e poi non c'è ritorno e gli operatori ci dicono che non è appetibile. Dal momento che il PPP è un'operazione complicata la norma mi consente addirittura, sul mio progetto, di attivare una consultazione preliminare con gli operatori, per vedere se effettivamente questo progetto non è appetibile oggettivamente e non soggettivamente, ad esempio perché non garantisce la bancabilità, la finanziabilità.

Se è così io posso modificare il progetto utilizzando questa norma e poi rimmetterlo in gara, se l'ho già in gara e ho attivato la consultazione preliminare in gara allungando i termini per presentare le offerte post modifica del progetto. Questa è una norma molto interessante, che dovrebbe poter essere utilizzata.

Ricapitolando per quanto riguarda la concessione: rispetto agli altri istituti sulla concessione la prima cosa da capire è che cosa è fuori Codice, lettera A e lettera B di questa slide creano questi due macro mondi che ho cercato di illustrarvi e che devono farmi capire come voglio gestire. Di fronte all'esempio che ho fatto dell'asilo nido, qualcuno potrebbe dire: perché devo fare una concessione di servizi, il progetto, il piano economico finanziario? Vado con la concessione in uso di un bene a fronte di un canone.

Se ho un servizio di interesse generale che è privo di rilevanza economica non devo stare qua, ma vado ad applicare norme regionali o nazionali che disciplinano un altro settore. Per il resto –l'ho già detto prima - la concessione con qualche norma che abbiamo visto, che è un po' più sua, però la concessione è e rimane un PPP del Codice dei contratti e devo approntare la concessione come qualunque strumento di partenariato.

Vediamo adesso una carrellata degli altri strumenti tipizzati. Rimane anche qui quello che vi ho detto: la cosa più utile da fare, specie quando arriva una proposta dell'operatore, o se l'amministrazione ha un'idea, è verificare in concreto qual è lo strumento applicabile, come diceva anche la norma che abbiamo visto prima, la 180. Dobbiamo costruire il nome del nostro

istituto, che può anche essere un 180, cioè una tipicità dei PPP, in base a esigenze dell'amministrazione. Non sediamoci sulle forme tipiche.

Senza voler fare pubblicità: UPEL fa per i suoi comuni anche questo servizio di preliminare valutazione, proprio a questo fine. Questa cosa con queste caratteristiche può essere un PPP? Quale PPP può essere? È importantissimo poi per il RUP poter gestire poi la procedura.

183: la norma che ormai conosciamo tutti, perché è quello che abbiamo sempre pensato di utilizzare come unica forma di partenariato possibile, cioè il project. La finanza di progetto può essere a iniziativa pubblica o a iniziativa privata. La norma ci dice che: *“Le pubbliche amministrazioni, le commissioni aggiudicatrici per realizzare lavori pubblici o di pubblica utilità possono aggirare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato a presentare offerte, che contiene l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti”*.

Qual è il problema? Nel project appunto, la norma non modificata dal correttivo al Codice parla ancora genericamente di *“progetto di fattibilità”*, perché il comma 2 dice: *“progetto di fattibilità a porre a base di gara”*. Qual è la lettura che tendiamo a dare? Siccome la modifica che vi ho detto prima sul 181, sulle procedure di affidamento in generale, per i partenariati pubblico privati è una norma generale, che non vede più eccezioni, quello che dovranno (inc.) e che è anche Anac ci ha segnalato è un mancato coordinamento tra il 181 e la norma del project.

Questo passaggio, delibera Anac 9 maggio 2018 numero 437, ci dice: *“C'è un mancato coordinamento tra l'articolo 181 e le altre norme sul partenariato, in base al quale l'affidamento avviene poi in una base di gara, il progetto definitivo, quelle altre norme che invece consentono di mettere a gara il progetto di fattibilità”*. Ci richiama il 183 comma 1 e il 187 comma 6.

Sono i soliti pasticci del nostro legislatore e io vi richiamo questa delibera Anac - la 437 del 2018 - che mette in evidenza questo. Dicevo io prima: la norma generale dice che oggi posso mettere la gara un progetto di fattibilità, se vado a guardare il 73 si sono dimenticati di modificarlo. Infatti dice ancora: non *“definitivo”* ma *“fattibilità”*.

Che cosa applico? La coerenza dice: applico la norma generale che è il 180, Anac anch'essa dà lettura di questo problema di coordinamento che a distanza di tre anni non è stato ancora superato.

“Pubblicando un bando finalizzato a presentare offerte che contempli l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti”. Vedete che è anche la definizione di project - risorse totalmente o parzialmente - perché anche il project può avvenire su opera calda, opera fredda o opera tiepida. Le offerte devono contenere un progetto definitivo, una bozza di convenzione, un piano economico finanziario, nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio.

Se diamo la lettura che ho cercato di darvi io, del 180 e prevalente, utilizzando anche questa determinazione Anac del 2018 che vi ho citato, questa norma va completamente riletta in senso opposto, cioè non mettere a gara un def e in gara devo portarmi un definitivo, una convenzione e un piano economico finanziario. Io capisco chi è operatore, perché come sempre c'è un collegamento ma il legislatore quando modifica una norma non si rende conto che quell'istituto l'ha richiamato altre dieci volte, in questo caso (inc.) e il 187 che doveva cambiare anche le altre norme di riferimento. Altrimenti abbiamo un problema rispetto alla norma che è il 181, che è la norma generale che si applica a tutte le forme di partenariato.

L'amministrazione redige una graduatoria e nomina a promotore il soggetto che ha presentato la miglior offerta e poi in approvazione il progetto definitivo. Se rientriamo invece nell'(inc.) del 180, poi in approvazione il progetto esecutivo.

Il promotore deve modificare il progetto prima della sua approvazione. Cosa succede se il promotore non vuole modificare il progetto? In questo caso, se si rifiuta di modificare il progetto, c'è lo scorrimento della graduatoria e i soggetti che seguono in graduatoria devono però accettare le modifiche del progetto del promotore.

Come dicevo, con le modifiche del Codice dei contratti e questa grande incertezza tra definitivo e fattibilità, quello che sta andando per la maggiore oggi è il 183 comma 15. È un project financing a iniziativa non più pubblica ma a iniziativa privata. La norma dice che gli operatori economici possono presentare proposte per realizzare lavori pubblici o lavori di

pubblica utilità e fin qua ci siamo. Seconda parte: l'amministrazione aggiudicatrice valuta entro il termine di tre mesi la fattibilità della proposta. Io non ho a questo punto programmato nulla, non avevo l'idea di fare un centro sportivo o di fare una piscina, mi arriva una proposta, devo valutare questa proposta? Sì, devo comunque valutarla, perché non ha senso poi far maturare un eventuale assenso o diniego sulla proposta, al limite faccio una delibera dicendo che non è di pubblico interesse esaminare quella proposta, che non risponde ad esigenze dell'amministrazione.

Se in qualche modo quella proposta invece mi interessa, io entro tre mesi devo valutarne la fattibilità, quindi la fattibilità anche soltanto con una delibera di Giunta che dispone che quella proposta potrebbe essere fattibile è ovvio che deve concretizzarsi in una vera e propria proposta di project. A quel punto invito il proponente a completare il progetto, a fare le modifiche necessarie per la sua approvazione. Anche qui come vedete ritorna ancora – non lo hanno corretto neanche qui - il progetto di fattibilità e imposto la base di gara alla quale è invitato il proponente.

“Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto e la procedura può concludersi con la stipula di un qualunque contratto di partenariato”. Anche qui a valle dell'iniziativa privata, anche se applico il 183 comma 15 non devo per forza a valle applicare il project, ma posso concludere stipulando qualunque contratto di partenariato.

Questo perché mentre alla domanda fattibilità/definitivo vivo anche io nell'incertezza come voi sul mancato coordinamento tra le norme e una lettura restrittiva oppure ampliativa che posso dare qui, qui sono un pochino più tranquilla. Mi avete chiesto: “*ma è possibile applicare la prelazione?*”. Sì, dal momento che comunque il project, l'iniziativa privata può concludersi con la stipula di qualunque contratto di partenariato, che non si chiama soltanto concessione e contratto ma anche gli altri istituti, vuol dire che la prelazione in generale posso sempre utilizzarla nell'ambito di una di queste operazioni. Anche qua attraverso una interpretazione estensiva che diamo, non codificata in maniera espressa.

Il secondo contratto che viene tipizzato nella nel nostro Codice è il leasing che, rispetto agli altri, è ancora qualificato nel nostro Codice come un contratto di lavori, con una componente accessoria di prestazione di servizi finanziari. È una cosa che a fronte di questi PPP che sono invece definiti in modo diverso, il leasing vive ancora il retaggio del Codice precedente. Rimane un contratto di lavori con una componente accessoria che sono i servizi finanziari, quindi è costruito come un partenariato, ma anche il contratto, se avete visto qualche bando per un leasing in contraendo, il contratto poi è di fatto un contratto di appalto di lavori. Ha soltanto questa parte di garanzie maggiori, perché c'è il rischio che viene caricato sull'operatore.

Come viene qualificato nel 187 il contratto di leasing? *“È il contratto con cui una parte si obbliga a costruire, finanziandone il costo, un bene immobile che risponde a esigenze funzionali dell'altra, di durata almeno pari alla vigenza del contratto. A fronte di un versamento di canoni periodici, la controparte assume anche il diritto di riscatto preordinato ad assumere la piena proprietà dell'opera alla scadenza del contratto”.*

Un ambito nel quale si sono molto utilizzati i leasing in contraendo è quello delle scuole: molte scuole si sono realizzate in questo modo, per cui l'amministrazione paga il suo canone e alla fine recupera il bene. Anche qui - per anticipare la vostra domanda - ci dice Anac in quella delibera che vi ho citato: il VI comma del 187 non è coordinato. Ci dice ancora che a gara mettiamo un progetto di fattibilità.

Ecco qui le due letture: quella ristrettiva, oppure quella che segue la linea del “c'è scritto così” e quindi continua a mettere a gara un progetto di fattibilità, nella speranza che nel regolamento attuativo del Codice dei contratti tutta la parte appunto sulla progettazione mettano a posto questa incertezza, con una scelta definitiva in un senso o nell'altro.

Sulla locazione finanziaria non direi altro. Una cosa che dice il 187 è che: *“L'opera oggetto nel contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di pubblica utilità a fini urbanistici e può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario”.*

Queste sono due cose importanti: da un lato a fini urbanistici la considero sempre come un'opera pubblica ma la possa realizzare - ultimo comma del 187 – anche su area nella

disponibilità dell'aggiudicatario. Abbiamo questo mix tra proprietà privata ma regime urbanistico edilizio espropriativo, comma 7, che è della opera pubblica.

Cosa dobbiamo ricordare del leasing, che è gli istituti diciamo che si conoscono di più? Normalmente ha tre soggetti, abbiamo il costruttore, il finanziatore e la pubblica amministrazione che paga un (inc.) codice. Normalmente l'ha costruito perché lo definisce così il 187: un appalto di lavori con questa componente accessoria che è il servizio finanziario.

Rimane il dubbio sul progetto che metto a base di gara. L'opera seguirà il regime dell'opera pubblica in punto di urbanistica, espropriazione ed edilizia, ma posso realizzarla anche su terreno in disponibilità dell'aggiudicatario, qui non in disponibilità dell'ente pubblico.

Un'altra cosa importante sembra quella che riguarda la modifica soggettiva anche per il leasing: può essere che nella vita del mio leasing succeda qualcosa o al soggetto finanziatore o al soggetto realizzatore, che sono in questo caso ciascuno responsabile in parte equa. È come se fosse una ATI in cui ciascuno risponde però per la sua parte: il finanziamento e l'esecuzione dell'opera.

Cosa accade se fallisce, è inadempiente, c'è una causa di incapacità per uno di questi due soggetti? La norma mi consente di sostituire uno dei due con l'assenso dell'altro. Questo è importantissimo: salvare il leasing mutando uno dei due soggetti, il comma 3 del 187. Diciamo che la norma sul leasing è completa, è una sola norma, il 187, in cui c'è tutto quello che non c'è; c'è un richiamo al 180 come norma di carattere generale.

Abbiamo detto di partenariato project, leasing, contratto di disponibilità, 188 del Codice dei contratti. È uno strumento contrattuale dato dall'affidamento a un soggetto privato, a proprio rischio e spese, della costruzione e della messa a disposizione di un'opera in proprietà privata per esercitare un pubblico servizio. La caratteristica che dobbiamo considerare di questa disponibilità è la seguente: che cos'è questa messa a disposizione? Dice infatti la norma: *"Affido della costruzione - è chiaro - e la messa a disposizione di un'opera di proprietà privata"*. Mentre in tutti gli altri casi l'opera è pubblica, nel leasing c'è quella eccezionalità in cui l'area è privata ma l'opera rimanere pubblica, qua l'opera è di proprietà privata.

Non è il 188 direttamente, ma è l'articolo 2, lettera H, H, H, quindi (inc.) definizioni codicistiche, che ci dice cosa si intende per "messa a disposizione". *"La messa a disposizione è l'onere assunto a suo rischio all'affidatario di assicurare all'amministrazione la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti nel contratto, garantendone manutenzione e anche risoluzione di eventuali vizi"*. Nella disponibilità l'opera è di proprietà privata, quindi viene costruita un'opera di proprietà privata e messa a disposizione dell'amministrazione.

Quali sono dall'altra parte gli oneri che ha la pubblica amministrazione? Vediamo il 188: *"La pubblica amministrazione può essere tenuta a corrispondere quello che viene qualificato come un canone di disponibilità, da versare in corrispondenza della effettiva disponibilità dell'opera, che può essere ridotto o annullato quando l'opera, per qualunque motivo, non è a disposizione"*.

Questo per rispondere alla domanda che mi facevate prima sul ridurre il canone dell'impianto sportivo. Normalmente, quando facciamo un 180 facciamo un mix e questo norma qui ce la portiamo sempre dentro, per dire se in qualunque modo l'opera è ridotta o è annullata la sua disponibilità, il canone io non te lo pago. La seconda prevede che io possa comunque corrispondere un contributo in corso d'opera non superiore al 50%.

La terza: posso prevedere un eventuale prezzo di trasferimento nel caso in cui alla fine io voglia riscattare; come nel caso del leasing io voglia acquistare quel bene, che però è e rimane di proprietà privata.

Rispetto a (inc.) disponibilità, quando hanno fatto che la famosa modifica del progetto nel 180 dimenticandosi il 183e il 187, invece il 188 lo hanno considerato. Se voi guardate il terzo comma del 188 versione aggiornata ad oggi dice che: *"Il bando è pubblicato con le modalità... a base di gara"* è scomparso il progetto di fattibilità e compare un capitolato prestazionale.

Addirittura nel fare questa modifica hanno messo a gara non più il progetto di fattibilità ma un capitolato prestazionale, perché in realtà quello che importa non è tanto il progetto, l'opera è comunque privata, l'importante è il capitolato prestazionale. Fai l'opera, come la farai? Chiederai anche tu il permesso di costruire se è un'opera totalmente privata, ma io

prendendo il capitolato prestazionale, cioè che quest'opera abbia le caratteristiche tecniche funzionali che deve assicurare l'opera costruita e anche – importantissimo - quando e come si riduce il canone di disponibilità.

In realtà anche qua c'è un mancato coordinamento, perché se è così, se metto a gara soltanto il capitolato prestazionale e l'opera è privata, vorrei dire: allora che la fai applicando il testo unico dell'edilizia. In realtà il V comma del 188 - anche qui mancato coordinamento con la norma precedente - ci dice: sì però poi infatti l'operatore deve farsi definitivo, esecutivo ed eventuali varianti in corso d'opera. In realtà fa riferimento a una progettazione come se fosse ancora una progettazione di un'opera pubblica vera e propria, quindi un progetto definitivo esecutivo e non un titolo edilizio come se fosse edilizia e opera privata.

(Inc.) disponibilità, quando può essere utilizzato? Quando posso utilizzare il 188, normalmente lo utilizzo nei casi in cui ho bisogno di disporre di un bene di proprietà privata anche per il lungo periodo, ma non ho un interesse forte in questo momento ad acquisirne la proprietà. Questi sono quelli tipizzati, in realtà il Codice si occupa anche di altre norme che mette in queste definizioni di PPP, che sono però casi un pochino più specifici. Sono la sussidiarietà orizzontale, il baratto amministrativo, (inc.) che viene posto in regolamenti da parte dell'ente locale e anche la cessione di immobili in cambio di opere. Vengono poi inclusi in questo titolo IV, questo ha posto delle forme di partenariato.

In definitiva possiamo dire che la strutturazione o l'analisi di operazioni PPP deve tenere in considerazione come aspetto fondamentale quello del trasferimento dei rischi, guardando sempre le previsioni contenute nella convenzione. La prima cosa che devo fare, se mi arriva una proposta di PPP, è esaminare bene le norme della convenzione e capire bene se quelle norme effettivamente trasferiscono i rischi in maniera significativa in capo all'operatore. Queste previsioni devono essere coerenti con la matrice dei rischi, che deve sempre accompagnare la documentazione e dovrebbe consentirmi di individuare - clausola contrattuale e matrice dei rischi - la corretta ripartizione.

Che cosa devo sempre fare prima di un'operazione di partenariato?

1. Prima di qualunque operazione devo anzitutto fare una corretta valutazione sullo strumento che posso utilizzare. Spesso lo strumento è inappropriato e allora posso scegliere uno strumento diverso; come abbiamo detto posso crearmi, ai sensi del 180, un mix tra più strumenti.

2. Devo stare attento a non qualificare come PPP qualcosa che PPP non è. Abbiamo visto che non è una concessione pura perché ci sono le due esclusioni del 164 che abbiamo visto insieme; o addirittura non è un PPP perché se lo guardo bene questo è un appalto secco in cui non c'è nessun rischio in capo all'operatore.

Tutti questi aspetti - adesso penso che Casati partirà con la mia slide finale per ricominciare il discorso - verranno poi analizzati in maniera puntuale la settimana ventura.

Per finire le cose che avete chiesto, la prima è una domanda molto articolata: *“Una pista ciclabile con la manutenzione in capo all'operatore delle forniture, come qualificare quell'intervento?”*. In realtà così com'è scritto sembra più una concessione di servizi che non un'operazione esclusa dal campo concessorio, qualificabile come servizio di interesse generale privo di rilevanza economica, però bisognerebbe verificarlo in concreto.

La seconda domanda che avete fatto: *“Io come faccio in alcuni casi a stabilire un PEF se non so, dall'altra parte, il ritorno da parte dell'operatore?”*. In questo caso la risposta è: attivate eventualmente una consultazione preliminare del mercato. Prima di attivare la procedura vera e propria cercate di sondare il mercato, cosa che assolutamente potete fare.

La terza domanda: l'ho evidenziato io, quindi sono ben consapevole che c'è questa discrasia che ha sottolineato Anac fra il 180, il 183 e il 187. Le due letture che vi sono state date: una è quella che per cui si può dire che non l'hanno modificato perché ritenevano che ci fosse un'eccezione nel 183 e nel 187 rispetto all'affidamento. Project normale e leasing li faccio ancora sulla base della fattibilità, gli altri sulla base di un progetto definitivo. Invece una lettura diversa dice che in base al 180, al 181 soprattutto, metto sempre un progetto definitivo. Queste sono le due letture, avallate anche dalla deliberazione Anac 437 del 2018.

La terza cosa che avete chiesto: *“Nel contratto di disponibilità com'è la posizione dell'amministrazione, cioè quali sono i rischi?”*. I rischi in capo all'affidatario sono il rischio di costruzione, il rischio di gestione tecnica dell'opera, il rischio di manutenzione dell'opera e anche di rispetto di tutte le condizioni tecniche che avete messo nel capitolato prestazionale. I rischi sul ritardo nel rilascio di autorizzazioni, di pareri e atti amministrativi sono a carico dell'amministrazione. Formalmente è proprio un'operazione in cui la maggior parte dei rischi sono fortemente a carico dell'operatore privato, l'unico rischio che ha l'amministrazione è la corresponsione di un canone di disponibilità a fronte di un servizio ben reso, nonché eventuali rischi legati alla burocrazia.

Pareri, autorizzazioni, (inc.) e varianti: l'ultimo capoverso del comma 2 del 188 dice in questo caso è quella porzione di rischio che grava sulla amministrazione. Anche qua è nel capitolato prestazionale, perché (inc.) modificato ci dice: il (inc.) pubblicato (inc.) capitolato di gara più il progetto di fattibilità ma è un capitolato prestazionale. Questa indicazione ci fa propendere per costruire questo capitolato prestazionale in modo da far caricare tutti i rischi di ritardo, i rischi di cattiva manutenzione, di mancata disponibilità dell'opera e via dicendo sull'operatore privato. Sicuramente è un tipo di operazione (anche per come è costruita) nella quale il rischio dell'amministrazione è molto poco, come se fosse una locazione di un bene dove tutto il rischio è in capo alla proprietà, dove il conduttore paga il suo canone soltanto a fronte di un'opera perfetta.

Io avrei concluso, spero di essere stata chiara su questa prima parte, ma tutte le cose che io ho accennato tornano poi sia martedì prossimo che fra due martedì e quindi potrete anche ritornare sui temi con gli altri relatori. Su due domande specifiche – una sulle piste ciclabili e l'altra sulla diminuzione del canone di un impianto sportivo in periodo di Covid 19 - anche tramite UPEL possiamo vedere gli atti concreti e dare un suggerimento che non sia teorico come si può fare qui, ma un pochino più puntuale.

Grazie a tutti e arrivederci.

Il Partenariato Pubblico Privato e l'edilizia ospedaliera



Avv. Mattia Casati

Avvocato amministrativista, partner dello Studio legale Galbiati, Sacchi e Associati di Milano. Specializzato in diritto amministrativo, contrattualistica pubblica, partenariato pubblico privato, servizi pubblici locali, controversie avanti le giurisdizioni amministrative.

Docente al MAC presso il Politecnico di Milano. Svolge abitualmente attività didattica e di collaborazione a pubblicazioni in materia di appalti.

Buongiorno a tutti, sono Mattia Casati, benvenuti a questa seconda giornata dedicata al partenariato pubblico privato in relazione alle tematiche connesse anche all'edilizia ospedaliera. Dedicheremo la giornata di oggi ad approfondire gli aspetti che sono stati esaminati nell'ambito della prima giornata di questo di questo corso con l'avvocato Colombo.

Oggi cercheremo di entrare più nel dettaglio delle tematiche legate al partenariato pubblico privato e alla sua strutturazione.

I temi che affronteremo nella giornata di oggi sono tre:

- strutturazione giuridica del partenariato pubblico privato,
- rischio operativo
- equilibrio economico finanziario.

Perché occorre concentrarci su questi elementi? Rischio operativo ed equilibrio economico finanziario sono i due pilastri fondamentali su cui si poggia qualsiasi tipo di operazione di partenariato pubblico privato. Sono elementi fondamentali da tenere in considerazione fin dall'inizio dell'operazione, sin dal momento in cui si decide di approcciare la realizzazione di un'opera non attraverso lo strumento dell'appalto ordinario, ma attraverso un contratto di partenariato pubblico privato.

Approfondiremo le tematiche legate alle tipologie di rischio connesse al partenariato pubblico privato, vedendo come occorre allocarle, al fine di riuscire a strutturare una operazione di partenariato pubblico privato che sia tale e non una un'operazione che, sotto la veste del partenariato, nasconde un rapporto di appalto ordinario.

Fatte queste valutazioni, potremo a quel punto entrare nel dettaglio di un ulteriore elemento fondamentale che dà attuazione concreta soprattutto ai due aspetti del rischio operativo e dell'equilibrio economico finanziario. Si tratta della relazione istruttoria contemplata dall'articolo 181 comma 3 del Codice dei contratti pubblici. Vedremo che si tratta di una relazione istruttoria che ha come contenuti non semplicemente la valutazione dell'interesse rispetto alla realizzazione di un'operazione in partenariato, ma contempla anche valutazioni ulteriori e diverse di carattere economico finanziario, molto importanti ai fini della scelta sia dello strumento del partenariato pubblico privato sia della scelta dello schema di partenariato da utilizzare.

Proprio alla luce di questo tipo di valutazioni affronteremo l'ultimo punto della giornata: come scegliere lo strumento di partenariato tra quelli a disposizione, in relazione all'obiettivo da raggiungere in relazione ad una singola operazione.

Entriamo ora nel dettaglio dei temi che oggi andremo ad affrontare. Primo aspetto: la strutturazione giuridica del partenariato pubblico privato, allocazione dei rischi ed equilibrio economico finanziario. Dicevamo poco fa che due sono gli aspetti fondamentali che occorre tenere in considerazione nel momento in cui si decide di affrontare la realizzazione di un'opera in partenariato pubblico privato. I due aspetti fondamentali sono il rischio operativo e la sostenibilità economica finanziaria.

Questi due aspetti devono essere considerati e tenuti in evidenza fin dall'inizio di qualsiasi operazione di partenariato pubblico privato, perché sono i due elementi attraverso i quali si riesce a capire se abbiamo a che fare con un'operazione di partenariato pubblico privato, se un'operazione di partenariato pubblico privato è davvero sostenibile da parte dell'operatore privato e se, di conseguenza, se vi sia la prospettiva di poter non solo avviare un'operazione di questo genere, ma di portarla a compimento in maniera proficua.

Tenete conto che la storia del partenariato pubblico privato tiene conto del fatto che nel nostro Paese la consapevolezza della necessità di tenere in considerazione rischio operativo e sostenibilità economico finanziaria dell'operazione è giunta solamente in epoca piuttosto recente, in anni recenti.

Ciò è avvenuto anche grazie in qualche modo alla regolamentazione più puntuale che oggi è contenuta nel Codice dei contratti pubblici. In passato, mi riferisco in particolare alle ultime versioni della Legge Merloni, prima che arrivasse il Codice dei contratti 163, l'idea del partenariato pubblico privato - che di fatto si sostanziava nelle operazioni di project financing - era un'idea molto naif.

Si pensava che, grazie al project financing, si potesse realizzare qualsiasi tipo di opera, soprattutto calda (vale a dire le opere che sono in grado di generare dei flussi di cassa da parte di un'utenza a copertura dell'investimento che viene fatto). Si pensava dunque che si potessero realizzare strutture, infrastrutture ed opere in genere, liberando in qualche modo l'amministrazione da una serie di pesi anche e soprattutto di carattere finanziario e quindi di peso sul bilancio dell'amministrazione.

Questa visione è stata tendenzialmente ormai abbandonata, soprattutto perché si è capito, dal punto di vista anche degli operatori, che, da un lato, l'operazione di partenariato è uno strumento che lascia una libertà ampia, mai conosciuta nel nostro ordinamento, nell'ambito della realizzazione delle opere. Dall'altro lato, si è compreso che si tratta di uno strumento che deve essere studiato, approfondito e pensato fin dal suo inizio, altrimenti si rischia di avere portato ad esecuzione delle opere che poi, nella loro fase di vita, hanno delle problematiche in alcuni casi in termini di realizzazione, ma soprattutto nella fase di gestione dell'opera.

Per riuscire ad evitare questo approccio fallimentare dei primi anni di vita nel nostro Paese delle operazioni di partenariato pubblico privato dobbiamo affrontare l'operazione tenendo conto dei due elementi fondamentali sopra richiamati e non facendo dei ragionamenti di carattere astratto e teorico. Bisogna in concreto affrontare tutte le tematiche legate al rischio operativo - e vedremo a breve cos'è il rischio operativo - e come quel rischio

operativo viene trasferito in capo all'operatore privato. Occorre affrontare l'operazione anche da un punto di vista economico finanziario, cioè andare a capire in concreto se quel tipo di operazione è in grado di essere realizzata attraverso lo strumento del partenariato. Questo perché il suo sviluppo in termini di investimento, di rientro dell'investimento e di remunerazione del capitale - vuol dire guadagno dell'operatore privato - ci porta a dire che l'operazione, da un punto di vista economico finanziario è effettivamente sostenibile.

Rispetto al profilo della sostenibilità economico finanziaria, occorre abbandonare in qualche modo definitivamente uno degli aspetti più difficili da superare rispetto all'approccio che definivo un po' naïf al partenariato pubblico privato.

Le operazioni di partenariato pubblico privato non sono mai gratuite per l'amministrazione, hanno sempre una componente di costo sotto diversi profili: un prezzo, una garanzia che può essere la fideiussione che rilascia l'ente a favore degli istituti finanziari che finanziano l'operazione di partenariato pubblico privato, può essere la messa a disposizione di un bene attraverso un diritto di superficie che ha un suo valore economico. Di conseguenza non c'è mai un'operazione di partenariato pubblico privato che consenta di poter dire in assoluto che l'operazione è gratuita per l'amministrazione.

Un altro aspetto da tenere in considerazione, nel momento in cui si fanno valutazioni preliminari, ma fondamentali per tutta la vita dell'operazione, è cercare (capisco che possa essere complesso) di abbandonare l'approccio per cui l'aspetto fondamentale è quello della contabilizzazione dell'operazione all'interno o all'esterno del bilancio dell'amministrazione.

Negli ultimi anni il tema dell'on/off balance è stato fondamentale a causa delle restrizioni derivanti dal patto di stabilità e quindi delle limitazioni della capacità di indebitamento dell'amministrazione. Un'operazione di partenariato, se rispetta certi presupposti può essere considerata *off balance* e quindi non un investimento..

Non è un tema che bisogna ignorare, tuttavia la qualificazione da un punto di vista contabile dell'operazione è la conseguenza della corretta strutturazione di un'operazione di partenariato. Se si tiene conto del rischio operativo, quindi del corretto trasferimento e si tiene conto della sostenibilità e della corretta strutturazione dal punto di vista economico finanziario

dell'operazione, tendenzialmente si giungerà ad avere anche l'effetto di una contabilizzazione off balance, ma non può essere considerato questo aspetto come l'elemento guida di tutta la valutazione.

Tanto chiarito occorre ora esaminare i due elementi fondamentali, cominciando dal rischio operativo. Dicevamo che il rischio operativo è quell'elemento chiave che dà la possibilità di capire se siamo davanti ad un'operazione di partenariato pubblico privato. Per avere un'operazione di partenariato occorre che il rischio operativo ricada sul partner privato e non sull'amministrazione. Se all'esito delle analisi (che poi esamineremo) il rischio operativo resta in capo all'amministrazione abbiamo a che fare con un appalto ordinario e non con un partenariato.

Il rischio operativo ha una definizione oggi di carattere legislativo che troviamo nell'articolo 3 del Codice dei contratti pubblici e che vi ho riportato nella slide che vedete proiettata nel box grigio. È il rischio legato alla gestione dei lavori e dei servizi sul lato della domanda e dell'offerta o entrambi. In buona sostanza il legislatore dispone che: *“Il rischio operativo è trasferito se, in condizioni normali - quindi se non ci sono eventi imprevedibili e assolutamente fuori dalla portata e dalla capacità del partner privato - l'investimento che viene fatto potrebbe anche non essere recuperato”*.

L'altra parte importante della definizione che vedete proiettata è l'ultimo periodo: *“La parte del rischio trasferita deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato, tale per cui ogni potenziale perdita non sia puramente nominale o trascurabile”*. Fin da questa definizione abbiamo dei parametri importanti da tenere in considerazione nel momento in cui affrontiamo l'operazione di partenariato pubblico privato.

Primo aspetto: il rischio operativo è qualche cosa che riguarda la gestione dei lavori o dei servizi, dunque riguarda l'oggetto del partenariato; ha un effetto sulla domanda o sull'offerta dei servizi e delle attività che vengono svolte attraverso l'opera che andiamo a realizzare. Gli effetti del rischio operativo, quindi domanda e offerta. Cosa vuol dire domanda è abbastanza chiaro: se abbiamo un'opera calda, quindi un'infrastruttura economica (come

oggi viene definita) abbiamo un'esposizione all'accesso ai servizi che, tramite quell'opera, si riescono ad offrire, quindi esposizione al mercato.

Il lato dell'offerta è invece il parametro che riassume il concetto del rischio di disponibilità: l'operatore offre, attraverso l'opera, un determinato servizio tendenzialmente verso l'amministrazione e quel servizio deve avere certi parametri, deve rispettare certi livelli quantitativi/qualitativi. Se quei livelli non sono rispettati e a fronte di un normale andamento del mercato, a fronte di una normale sussistenza di rapporti tra gli operatori del partenariato e l'amministrazione, il partner privato ha il rischio di non rientrare nell'investimento.

Arriviamo alla conclusione: ogni potenziale - è potenziale perché nel momento in cui si costruisce un'operazione non c'è una perdita reale - perdita derivante dall'operazione non deve essere di carattere trascurabile.

La domanda che voi potresti farmi è questa: ma quale imprenditore si lancia in operazioni di questo genere, quando il legislatore gli impone dei rischi così elevati? Basti prendere l'elemento che trovate a metà del box in video: in condizioni normali di mercato non si è in grado di recuperare l'investimento. Quale imprenditore si lancerebbe in un'operazione così rischiosa?

In realtà le operazioni di partenariato pubblico privato funzionano soprattutto per quegli operatori seri che sanno proporsi nell'ambito di queste operazioni in maniera professionale, che utilizzano strumenti per "parare il colpo" e così attenuare il rischio a cui sono esposti.

In questo modo il rischio c'è, ma è calcolato, diciamo così. Lo strumento con cui si riesce a limitare il rischio da parte dell'operatore viene definito, con un termine inglese, ring-fence, cioè di una recinzione. L'operatore che si avvicina ad operazioni di questo genere normalmente cerca di segregare le risorse dedicate a quel tipo di operazione, lasciando inalterato il restante suo patrimonio. In questo modo ovviamente diventa un rischio stimabile.

Nel momento in cui l'operazione non dovesse andare nel verso giusto, la penalità (non trascurabile e non puramente nominale) sarebbe comunque limitata e predeterminabile.

In concreto il ring-fence come si costruisce? Molto semplicemente con le società di progetto, che sono regolate oggi dall'articolo 184 del Codice dei contratti pubblici.

Entriamo ancora più nel dettaglio: quali sono gli elementi fondamentali del rischio operativo? Lo abbiamo detto: normalità nelle condizioni di mercato, assenza di certezza di recupero dell'investimento ed esposizione alle fluttuazioni del mercato. Se mancano questi elementi in capo al privato - e lo capiamo dai documenti che vengono predisposti ai fini della procedura – non abbiamo un corretto trasferimento del rischio operativo.

Nel momento in cui dall'amministrazione si predispongono gli atti sottostanti e gli atti della procedura per l'affidamento di un contratto di partenariato pubblico privato, occorre tener sempre presente questi tre elementi, che devono avere un riflesso reale e concreto nello schema di convenzione, negli atti di carattere economico finanziario e negli atti di gara.

Nel momento in cui l'operazione invece ha un avvio dal lato privato, dunque è un'iniziativa privata di partenariato pubblico privato, questi elementi devono emergere dalla corrispondente documentazione che il privato predispone e sottopone all'amministrazione per le valutazioni di fattibilità, ai sensi del 183 e che avete visto nella lezione precedente del 12 maggio.

Entriamo nel concreto: che cosa occorre tenere in considerazione per riuscire a capire se davvero vi sia trasferimento del rischio operativo? Occorre anzitutto tenere in considerazione le previsioni contrattuali contenute nella convenzione. Continuiamo a chiamarla convenzione per ragioni di tradizione. L'appalto ha un contratto, la concessione (che attiene a un po' tutte le operazioni di partenariato pubblico privato) vede come rapporto una convenzione.

In realtà non cambia nulla dal punto di vista giuridico, è solamente un modo di chiamare con due nomi diversi la stessa cosa, abbiamo sempre a fare con un contratto; che sia contratto di concessione o convenzione di concessione è assolutamente indifferente, non c'è nessuna differenza nella sostanza. L'elemento fondamentale è capire che cosa occorre inserire nella convenzione ed è in quelle previsioni che andranno a strutturare il trasferimento del rischio.

Per avere il polso completo della strutturazione dell'operazione occorrerà tenere in evidenza la bozza di convenzione e la matrice dei rischi. Quest'ultimo è un documento che accompagna tutta la documentazione della proposta dell'operazione di partenariato e che ci consente di avere immediato riferimento ai vari rischi in campo in relazione alla concreta operazione, e come vengono distribuiti. Ovvero se vengono distribuiti in capo al privato, in capo all'amministrazione, o se vengono allocati in capo ad entrambi in percentuali ovviamente differenti.

Teniamo in considerazione un elemento importantissimo della scrittura della convenzione e dell'elaborazione della matrice dei rischi: la convenzione, ma anche e soprattutto la matrice dei rischi, sono documenti che devono essere tenuti in evidenza per tutta la durata dell'operazione. La matrice dei rischi e ad altre previsioni di carattere contrattuale rispetto al monitoraggio dell'andamento del rapporto di partenariato pubblico privato, consentono di verificare se, in ogni momento della vita della concessione, del leasing, del project, del contratto di disponibilità, qualsiasi altro contratto di partenariato pubblico privato che si decida di impostare, il rapporto sia sempre di partenariato e quindi se il rischio è trasferito correttamente.

Se la matrice dei rischi è costruita bene fin dall'inizio, nel momento della fase di gestione potremo vedere se la realtà delle cose corrisponde a quello che è stato stabilito nella matrice dei rischi al momento dell'operazione. Se non c'è corrispondenza a quel punto occorrerà capire se ci sono dei margini per valutare dei sistemi correttivi.

L'equilibrio economico finanziario, secondo paletto. L'equilibrio economico finanziario dell'operazione serve per verificare se l'operazione sia sostenibile, quindi l'elemento fondamentale da tenere in evidenza, rispetto al tema economico finanziario, è capire fondamentalmente se abbiamo a che fare con un'operazione che, attraverso finanziamenti, attraverso pagamenti di canone a seconda del tipo di operazione, ha una sua tenuta.

Ad un certo punto - *break even point* viene definito - della vita dell'operazione ci dovrà essere un pieno rientro dell'investimento e un inizio della remunerazione del capitale investito. Se non si riesce a vedere, sull'arco complessivo della durata della vita dell'operazione, il *break*

even, cioè il momento in cui l'operatore comincia a guadagnare, o se vediamo il *break even* troppo vicino alla fine dell'operazione, o se lo vediamo troppo vicino all'inizio della stessa, l'operazione potrebbe avere dei problemi e potrebbero essere necessari dei correttivi.

Per valutare la sostenibilità di un'operazione di partenariato ci sono diversi indici di carattere economico finanziario che ci dicono se l'operazione sarà redditizia, che ci dicono quanto l'operatore andrà a spendere per l'ottenimento dei capitali necessari per fare quell'operazione. Dall'insieme di tali indici, emergono indicazioni circa la sostenibilità dell'opera, la sua eccessiva gravosità. O ancora se, a fronte di un'operazione ad esempio che richiede capitali importanti e un costo importante per l'ottenimento di quei capitali dal sistema bancario, vi sono delle ipotesi di rientro dell'investimento piuttosto aleatorie in relazione all'oggetto dell'operazione.

Altri elementi fondamentali e importanti rispetto alla costruzione dell'operazione, sempre in relazione agli aspetti di carattere economico finanziario, sono quelli che vedete proiettati nella seconda parte della slide, nei box azzurri. L'equilibrio economico finanziario di una operazione ci dà delle informazioni importanti rispetto al fatto che:

1. da sola quell'operazione potrebbe non reggere, cioè i flussi di cassa che derivano dalla gestione dello sfruttamento economico dell'opera non sono in grado di coprire integralmente l'investimento e di far guadagnare in maniera ragionevole l'operatore. Se non c'è un aiuto da parte della stazione appaltante, da parte più in generale del mondo pubblico, con contribuzioni, finanziamenti o quant'altro, l'operazione non è in grado di avere seguito;
2. secondo aspetto fondamentale dal punto di vista economico finanziario: attraverso l'analisi economico finanziaria capiamo quanto può durare una concessione, un contratto di leasing, un contratto di disponibilità. L'articolo 168 del Codice di contratti pubblici infatti dispone che per tutte le concessioni di durata superiore a 5 anni – ed è norma che poi si applica in via analogica a tutto partenariato pubblico privato, attraverso un richiamo che sta nell'articolo 179 - la durata del rapporto deve essere parametrata a quegli aspetti che vi

dicevo prima: rientro nell'investimento e adeguata remunerazione del capitale investito. Vuol dire che se vi è un'operazione di partenariato pubblico privato strutturata su un arco temporale trentennale e dall'analisi economico finanziaria dell'operazione emerge che il rientro nell'investimento avverrà ad esempio al dodicesimo anno, il resto è guadagno puro per l'operatore.

Se fossimo in aula vi direi: secondo voi questa è un'operazione di partenariato pubblico privato che rispetta l'impostazione dell'articolo 168? La risposta ovviamente - visto che siamo in webinar - non posso che darvela io: no, non lo è, perché non rispetta l'elemento della adeguata remunerazione. Adeguata remunerazione non vuol dire consentire all'operatore privato di guadagnare in maniera smodata, ma di guadagnare il giusto. Per capire quanto sia questo *giusto*, occorre tenere in considerazione ciascun singolo caso concreto. E ciò anche per un altro elemento.

Torniamo al nostro esempio: abbiamo un'operazione in partenariato trentennale ma con un rientro dell'investimento al dodicesimo anno, di fatto per 18 anni la stazione appaltante sta sottraendo - attraverso privativa, il contratto di partenariato pubblico privato - un rapporto negoziale che in realtà dovrebbe essere messo sul mercato, quindi sta chiudendo la concorrenza.

In sintesi, occorre sempre tenere ben presente, nel momento in cui ci avviciniamo a un'operazione di partenariato, attraverso un'analisi economico finanziaria, quale dovrà essere la durata del nostro rapporto.

3. La possibilità che il mercato finanziario sia interessato all'operazione. È chiaro che se abbiamo a che fare con operazioni scarsamente remunerative, o che hanno dei flussi abbastanza contenuti, il rischio che il mercato finanziario - banche o intermediari finanziari - non sia interessato ad approcciare l'operazione è significativo. Prima di avviare quindi la strutturazione di un partenariato ad esempio ad iniziativa pubblica dobbiamo considerare anche questo aspetto, altrimenti il rischio è quello di lavorare inutilmente.

Un altro elemento fondamentale da tener presente quando analizziamo una operazione è connesso all'interesse del mercato. Per comprendere tale elemento, la stazione appaltante può procedere in base alle proprie conoscenze del settore. Se invece è il privato che attiva, con propria iniziativa, l'operazione sarà quest'ultimo a delineare l'interesse. In ogni caso, vi sono sempre gli strumenti che il Codice offre, in particolare, l'articolo 66 del Codice contratti pubblici, la consultazione preliminare di mercato. Oppure, all'interno del mondo delle concessioni, ci sono norme dedicate appositamente, che consentono un confronto con il sistema bancario, tra il momento di pubblicazione del bando e il momento di pubblicazione (nel caso di procedure ristrette) della lettera a inviti, già in sede di gara.

Passiamo ora all'equilibrio economico finanziario.

Tale fattore lo si trae dal Piano economico finanziario che deve essere costruito dall'amministrazione, se l'operazione è ad iniziativa pubblica; deve essere presentato dal privato se si ha a che fare con un partenariato ad iniziativa privata e l'amministrazione lo esaminerà.

Perché occorrono le analisi e gli approfondimenti preliminari sin qui esaminati?

Prima ragione: errate valutazioni sullo strumento del partenariato pubblico da utilizzare possono portare ad un fallimento dell'operazione. Si pensava di avere a che fare con un'opera calda, ma in realtà opera calda non è e non è neanche tiepida, quindi l'operazione non funziona da un punto di vista economico finanziario e non vengono trasferiti adeguatamente i rischi. Di conseguenza si incorre in una scelta sbagliata dello strumento (si sceglie un'operazione di project financing che si chiude con una concessione, quando in realtà non c'è utenza). Avremmo dunque dovuto scegliere uno strumento diverso: il leasing, il contratto di disponibilità per esempio, o un altro tipo di contratto che comunque abbia le caratteristiche del PPP.

Ricordo infatti che il partenariato pubblico privato consente anche la creazione di contratti non schematizzati dal Codice contratti pubblici; l'importante è che esistano in quella operazione il trasferimento dei rischi e l'equilibrio economico finanziario.

Seconda ragione, ancor più importante: che l'operazione di PPP sia davvero un'operazione di partenariato pubblico privato.

Considerate che le conseguenze dell'attivazione di un PPP che tale non è non sono semplicemente di carattere nominale, sono conseguenze giuridiche importanti. Abbiamo a che fare con un contratto nullo per illiceità della causa. Su un piano concreto, il contratto si trasforma in un contratto in frode alla legge; niente di rilievo penale, sono definizioni di carattere civilistico, però significa che stiamo impostando un contratto nullo.

Se è vero che la nullità tra le parti è qualcosa che esce dalla sfera di controllo di partner privato e di partner pubblico (amministrazione) (la nullità la accerta un giudice), è altrettanto vero che prendendo questi principi e portati nel campo pubblicistico, nell'operazione di partenariato pubblico privato, questo diventa un elemento di attenzione fondamentale anche per l'autorità di vigilanza, per l'ANAC.

Non è infrequente che ANAC vada a esaminare operazioni di partenariato pubblico privato e, nel momento in cui non intercetta un corretto trasferimento dei rischi e/o una corretta qualificazione sul piano economico finanziario dell'operazione interviene anche attraverso raccomandazioni pur non vincolanti ma che creano quella che si chiama - l'avete sentito tante volte in questi quattro anni - una moral suasion. In pratica ANAC induce l'amministrazione a porre mano alla concessione.

Capite che nel momento in cui emergono dei problemi di questo genere, nel momento in cui si sta strutturando l'operazione ma non è ancora andata a gara, si riescono a risolvere. Se questi problemi emergono invece in fase di esecuzione con un contratto già stipulato è molto più complicato riuscire a porvi rimedio.

Sono le 10.24, farei una brevissima pausa di due minuti per leggere i quesiti che sono arrivati e alle 10.30 ripartiamo, così chiudiamo gli altri aspetti del nostro incontro.

Rieccoci, ho visto i quesiti che sono stati posti e ve li leggo perché non credo riusciate a vederli tutti.

“Il rischio operativo è trasferito in tutto o anche solo in parte sul soggetto privato? C'è una parte di rischio che permane sulla pubblica amministrazione?”.

Il rischio operativo deve ricadere - lo vedremo adesso - nelle forme di almeno due rischi su tre, tra costruzione, disponibilità e domanda, sul privato. Se non ci sono almeno due rischi su tre che vengono trasferiti non abbiamo un'operazione di partenariato. Ci sono dei rischi che devono rimanere sulla pubblica amministrazione, ma non sono rischi che devono finire per neutralizzare - come abbiamo visto - il rischio di mancato rientro delle perdite da parte da parte dell'operatore privato che assume la qualifica di partner nel contratto di partenariato. Adesso lo vedremo perché affronteremo proprio il tema della tipologia dei rischi e della loro allocazione.

Seconda domanda: *“Chiedo cortesemente di contestualizzare il rischio operativo nella parte rischio di remunerazione nel leasing in costruendo”.*

“Rischio di remunerazione”, non ho ben capito a cosa viene fatto riferimento, se viene fatto riferimento al rischio finanziario ovviamente dobbiamo tenere in considerazione che si tratta di un rischio che deve rimanere in capo all'operatore che si appropria al partenariato.

Il leasing in costruendo è un'operazione che può essere costruita come partenariato pubblico privato se ha le caratteristiche del partenariato pubblico privato, quindi un corretto trasferimento del rischio di costruzione normalmente. Vedremo adesso quali sono gli elementi del rischio di costruzione che devono passare in capo ai privati e quali sono le attenzioni che dobbiamo utilizzare per capire se lo stiamo trasferendo bene oppure no. Poi deve essere trasferito il rischio di disponibilità, cioè il fatto che l'opera resti sempre in funzione secondo i parametri di performance che vengono stabiliti a livello contrattuale in relazione alla singola opera.

Assieme a questi rischi fondamentali ce ne sono degli altri, come il rischio di carattere finanziario cioè del rientro dell'investimento. È il rischio tipico del soggetto finanziatore. Tenete conto che nelle operazioni di leasing in costruendo il soggetto che si propone può essere un soggetto costruttore, può essere un soggetto finanziatore. Normalmente però, nella prassi qualsiasi tipo di operazioni di partenariato in leasing viene attivata o gestita da un raggruppamento composto da un costruttore e da un finanziatore. Ovvero immediatamente

da due soggetti che coprono sia il rischio di costruzione sia il rischio di disponibilità ed anche il rischio finanziario.

Poi la declinazione concreta di come bisogna allocare correttamente il rischio finanziario dipende dalla singola operazione, dal caso concreto. Tenete conto che la costruzione di un partenariato pubblico privato comunque è sempre in qualche modo un po' un vestito su misura. Bisogna tener conto di tutte le esigenze e le condizioni del caso specifico.

Terza domanda: *“Quali sono i rapporti reciproci tra trasferimento del rischio e piano economico finanziario?”*.

Lo abbiamo visto: dal piano economico finanziario vediamo quali sono gli indici di remunerazione del capitale, di capacità di resa dell'operazione e da lì riusciamo a capire se una determinata operazione consente un vero trasferimento del rischio operativo, quindi se c'è una reale esposizione alle fluttuazioni di mercato in condizioni normali. Probabilmente i mesi che abbiamo vissuto oggi saranno utilizzati nei futuri manuali di diritto per fornire un esempio concreto di che cosa sia una causa di forza maggiore, o di un evento assolutamente imprevedibile.

Il rapporto è molto stretto, cioè dal piano economico finanziario si riesce a capire se stiamo trasferendo per davvero il rischio operativo; nell'insieme di tutte le componenti economico finanziarie, flussi di cassa, garanzie che l'amministrazione può offrire, canoni che l'amministrazione paga, prezzo che viene pagato, immobili messi a disposizione o ceduti dall'amministrazione, riusciamo a capire se abbiamo a che fare con un'operazione che espone l'operatore privato a potenziali perdite significative, oppure se qualsiasi tipo di perdita in ultima battuta viene coperta con un prezzo, con o una garanzia o con altro da parte dell'amministrazione e dunque non c'è un trasferimento del rischio operativo.

Ultima domanda e poi riprendiamo: *“Quindi una errata valutazione di PPP può configurarsi come danno erariale?”*

In alcuni casi sì, in alcuni casi no, dipende dall'operazione e da quali sono le conseguenze. Se abbiamo a che fare con un leasing in costruendo per esempio, che è costruito

e strutturato male, che non trasferisce adeguatamente il rischio operativo, a quel punto il canone che viene pagato è da considerare a tutti gli effetti come investimento.

Se ci sono delle problematiche che possono configurare un danno erariale ci potrebbe essere qualche contestazione. Tenete conto che il danno erariale non è semplicemente un esborso, ma è un esborso basato su un comportamento negligente, o doloso. Il semplice pagamento non è sufficiente dunque ad integrare un'ipotesi di danno erariale, ci vogliono anche altri elementi costitutivi di questa fattispecie di danno.

Bene riprendiamo la nostra giornata con la valutazione delle tipologie di rischio e la loro corretta allocazione. Quali sono le tipologie di rischi fondamentali? Credo lo abbiate visto nella prima lezione di questi 3 incontri. Il primo rischio da tenere in considerazione è il rischio di costruzione. Secondo la definizione che darà ANAC nelle sue linee guida numero 9, il rischio di costruzione consiste nella allocazione in capo al privato di tutte le problematiche collegate alla realizzazione dell'opera.

ANAC ci dice che: *“Non viene trasferito correttamente il rischio di costruzione allorché l'amministrazione sia chiamata comunque a pagare, indipendentemente dalle problematiche che si verificano nel corso della realizzazione dell'opera un determinato prezzo, o comunque a sostenere gli oneri della realizzazione dell'intervento”*.

Il trasferimento del rischio di costruzione eventualmente deve tenere in considerazione anche la tipologia di operazione che stiamo strutturando. Se stiamo strutturando un project financing, un leasing, un contratto di disponibilità. L'elemento fondamentale è che comunque il rischio di costruzione deve cadere sull'operatore privato. Può esserci una piccola parte che comunque resta in capo all'amministrazione, ma deve essere una parte di contorno e limitata.

Per capire bene se stiamo trasferendo il rischio di costruzione su un piano operativo dobbiamo riferirci anzitutto allo schema di convenzione che, eventualmente sulla base di un'iniziativa privata, occorre analizzare. Se il partenariato è a iniziativa pubblica dobbiamo pensare -, mentre scriviamo e costruiamo lo schema di convenzione - a perimetrare bene qual è il rischio che si assume il privato.

In buona sostanza non è possibile limitarsi ad impostare un contratto d'appalto, perché ci sono degli elementi ulteriori da tenere in considerazione. Il primo fra tutti è quello legato a possibili varianti. Nel momento in cui abbiamo a che fare con un partenariato, la variante quindi la modifica che tecnicamente diventa imprevedibile e imprevedibile (questa oggi è la definizione di variante da articolo 106 e tra l'altro 176 del Codice dei contratti pubblici) dobbiamo considerare se effettivamente le basi che impongono una modifica progettuale rispetto all'idea originaria dipenda effettivamente da situazioni sopravvenute, non previste, non prevedibili.

Questo perché nel momento in cui approcciamo il partenariato pubblico privato abbiamo non abbiamo solamente l'elemento della realizzazione dell'opera, abbiamo anche l'elemento fondamentale della progettazione. Di conseguenza dobbiamo stare attenti a strutturare per bene le conseguenze di una modifica progettuale che deriva per davvero la situazioni non previste e non prevedibili. Oppure se quella modifica, quella variante non dipenda invece da una superficialità di progettazione del privato.

Normalmente questo tipo di rapporto nell'ambito di un appalto privato viene gestito in fase esecutiva e attraverso le perizie di variante, le eventuali riserve dell'appaltatore. Nel mondo del partenariato pubblico privato, viceversa, la questione si trasforma in modo diverso e la potremmo riassumere nella seguente domanda: chi deve pagare le modifiche - ed eventualmente un aumento di costi di realizzazione dell'opera - dovute a determinate circostanze?

La risposta a questa domanda dipende dall'individuazione puntuale delle circostanze imprevedute e imprevedibili che possono verificarsi e da cui discende la corretta allocazione del rischio di costruzione. Di conseguenza avremo una corretta allocazione nel caso in cui effettivamente, in concreto, vi fossero delle varianti da gestire, dovute a circostanze assolutamente imprevedute e imprevedibili, che di conseguenza escono totalmente dalla sfera di controllo del privato e che quindi è giusto restino in capo all'amministrazione.

Oppure se avessimo a che fare con circostanze che avrebbero potuto essere previste o prevedibili in relazione al contesto, potrebbe essere corretto che restino totalmente a carico

del privato. Ciò nell'ottica del rischio operativo per cui ogni fluttuazione, ogni modifica non diventa irrilevante ed espone l'operatore al rischio del possibile non rientro nell'investimento.

Se abbiamo aspetti legati alla progettazione fatta in maniera piuttosto superficiale, l'eventuale variante non potrà ricadere in capo all'amministrazione in termini di costo. Vi faccio un esempio concreto, che forse in occasioni di incontro in UPEL ho già fatto. Se io abito in Brianza, terra di occhi pollini, ovvero di sacche di nienta che si formano a vari livelli sottostanti il terreno.

Se intendo realizzare un nuovo centro sportivo, una nuova piscina, in Brianza, come progettista dovrò tenere in considerazione in particolare il fatto che la tipologia del suolo contempla anche questo tipo di formazioni, che potenzialmente possono comportare non delle problematiche insuperabili, ma che necessitano di una valutazione in termini strutturali differente a seconda dei casi. Bene, nel momento in cui viene attivato un partenariato pubblico privato in Brianza devo tenere conto di questo aspetto. Se ipotizziamo di avere un partenariato ad iniziativa privata e l'operatore privato presenta il suo progetto di costruzione di una nuova piscina, senza considerare questo aspetto, pensando alle strutture dell'opera senza considerare l'esistenza di occhi pollini, dunque la necessità di implementare cementi armati o tipologie di strutture per superare il problema, nel momento in cui si dovesse scavare ed emergesse l'esigenza di una modifica progettuale in termini strutturali e un maggior costo per realizzare le strutture portanti dell'opera, in quel caso il maggior costo dovrà essere tenuto a carico dell'operatore. Ciò in quanto la sua progettazione è stata superficiale, tenendo in considerazione il fatto che è facilmente individuabile l'informazione che la Brianza è terra di occhi pollini.

Analogo esempio lo si potrebbe fare - e poi lo vedremo - rispetto al rischio archeologico. Se venisse costruita una nuova piscina appena fuori Roma è altamente probabile che possano essere ritrovati reperti archeologici. È chiaro che in un contesto del genere se non venisse considerato il costo derivante da un rallentamento dei lavori perché gli scavi non possono essere fatti con macchinari ordinari ma a mano, la soluzione del problema dovrebbe ricadere necessariamente sul privato progettista.

Il secondo aspetto da considerare è la regolazione delle modifiche al contratto. Le modifiche al contratto sono diverse dalle varianti perché la modifica abbraccia anche le varianti ma ricomprende anche altri elementi. Un esempio che si può portare di modifica al contratto è quello dell'aumento dei fattori produttivi. Aumenta il corso del ferro, tema tipico di qualche anno fa nel settore dei lavori; aumenta il costo del lavoro. Anche qui bisogna fare delle distinzioni: se sono modifiche che sono ragionevoli e che possono essere ipotizzate come verificabili dall'operatore in sede di progettazione bene, tutto l'aumento di costo spetta solo ed esclusivamente all'operatore privato.

Se, viceversa, qualsiasi tipo di modifica che potrebbe andare ad impattare sull'aumento di costo comporta una rinegoziazione con l'amministrazione, non vi sarebbe un corretto trasferimento del rischio di costruzione, perché l'amministrazione viene chiamata a pagare sempre, in un modo o nell'altro.

Altro tema da tenere in considerazione: sospensioni e proroghe sul tempo di esecuzione. La sospensione impatta sui costi della realizzazione dell'intervento, anche in questo caso occorre tenere in considerazione quali sono le ragioni che possono portare alla sospensione e quali sono le ragioni che possono portare alla definizione di una proroga. Se dipendono dall'operatore privato i maggiori costi, chiamiamoli semplicemente da fermo cantiere, quindi maggiori costi per macchinari, maggiori costi del personale, utile non percepito, maggiori costi del finanziamento sono tutti quanti a carico del privato.

In parte dovremo tenere in considerazione anche la regolazione del rischio amministrativo, ovvero il rischio legato ai procedimenti amministrativi che occorre attivare per arrivare all'inizio della realizzazione dell'opera: conferenze di servizi, se parliamo del mondo sportivo eventuali pareri CONI, Vigili del fuoco e quant'altro. Normalmente il rischio amministrativo e quindi quello che succede nell'ambito dei procedimenti amministrativi è un rischio che tipicamente resta in capo all'amministrazione. Il privato infatti non ha inizialmente nessuna possibilità di andare ad influire in maniera significativa sul procedimento amministrativo.

Questo tipo di rischio però in alcuni casi non è corretto allocarlo integralmente in capo all'amministrazione, quindi se la conferenza di servizi chiede delle modifiche necessariamente non prevedibili a quel punto c'è poco da fare, il rischio è giustamente tenuto a carico dell'amministrazione. Ma se la conferenza di servizi chiede delle modifiche progettuali rispetto a fattori assolutamente prevedibili, a quel punto abbiamo a che fare con un rischio amministrativo, che dipende da superficialità dell'operatore privato. Di conseguenza eventuali modifiche, eventuali maggiori costi saranno carico del privato, così come dovrebbe e deve restare a carico del privato il rischio rispetto ai propri oneri all'interno del procedimento amministrativo.

Primo fra tutti quello della presentazione di una istanza, se dovessero essere necessari nulla osta, autorizzazioni e quant'altro, completa fin da subito. Si evince che eventuali ritardi nella gestione del procedimento possono anche non dipendere dall'amministrazione, ma dalla superficialità del privato. In questi casi il rischio amministrativo cade nell'alveo del privato e deve essere allocato in capo al privato.

Veniamo al secondo rischio fondamentale da tenere in considerazione: il rischio di disponibilità che ha diverse sfaccettature. Lo ritroviamo come elemento fondamentale nelle operazioni che realizzano infrastrutture sociali, cioè opere fredde, ospedali, carceri, sede nuova del municipio, scuole. È l'elemento fondamentale che assieme al rischio di costruzione e consente il trasferimento del rischio operativo.

Lo ritroviamo anche nelle opere calde, in una concessione, ove oltre al rischio di costruzione e al rischio domanda, vi siano anche livelli di performance di gestione e di performance rispetto alla manutenzione. Per regolare bene il rischio di disponibilità occorre stabilire a livello di convenzione - dunque a livello contrattuale - quali siano le performance che ci aspettiamo dall'opera.

Una corretta allocazione del rischio di disponibilità parte innanzitutto dalla regolazione delle attività di manutenzione dell'opera normalmente; dobbiamo prevedere gli interventi di manutenzione che devono essere effettuati, quali sono i livelli di disponibilità, quindi il livello di performance che ci si attende da quell'opera grazie all'intervento di manutenzione.

Da questo punto di vista occorre fare una puntualizzazione, che fa vedere bene come tutti gli elementi - rischio di disponibilità, rischio di costruzione e, nell'insieme, rischio operativo - siano strettamente legati al piano economico finanziario come veniva chiesto da qualcuno di voi con la domanda a cui abbiamo risposto nella pausa.

Bisogna fare questa puntualizzazione perché non è infrequente trovare dei contratti di partenariato che, in relazione alla strutturazione delle performance e delle conseguenze del mancato raggiungimento dei livelli di performance, prevedono delle penali in alcuni casi molto alte, in altri casi contenute, quasi irrisorie.

Come si può capire se quella penale che va a sottrarre un beneficio all'operatore privato, sia in grado davvero di diventare impattante sul privato nei termini che abbiamo visto del rischio operativo? Come è possibile costruire correttamente le conseguenze negative che derivano da un performance non raggiunta? La risposta a questa domanda dipende dal piano economico finanziario. Se si ha a che fare con un'operazione che è altamente remunerativa per l'operatore si potrebbero anche prevedere in convenzione delle penali o delle riduzioni di canone (nei casi in cui ci sia un canone a carico dell'amministrazione) anche molto significative. Pur essendo riduzioni o penali molto significative però lasciano un margine di remuneratività significativo.

A questo punto non serve andare a guardare solamente qual è la quantità della penale, non serve andare a vedere di quanto si può abbassare il canone, devo prendere questi elementi e rapportarli al mio caso concreto, al piano economico finanziario.

Se vi fosse una penale significativa, o una riduzione significativa del canone ma vi fossero comunque dei livelli di remuneratività o degli indici di remuneratività molto elevati, potrei anche ritenere che a quel punto l'effetto negativo, la perdita che subisce l'operatore, sia semplicemente del tutto trascurabile e quindi non vi è un corretto trasferimento del rischio operativo.

Viceversa, nel caso di un'operazione che ha una remuneratività molto bassa, anche penali o riduzioni di canone contenute possono azzerare completamente la remuneratività per il privato. Dunque, penali e o riduzioni del canone nel caso di mancata performance, non è

detto che siano semplicemente delle penali irrisorie, delle riduzioni irrisorie che non hanno nessuno impatto o che hanno un impatto trascurabile. In realtà anche penali molto contenute e riduzioni molto contenute, nel caso di un'operazione a bassa redditività, possono diventare significative, possono correttamente trasferire il rischio di disponibilità e, di conseguenza, assieme al rischio di costruzione, il rischio operativo.

Veniamo infine al rischio un po' più semplice da capire, che è quello di domanda. È immediato: il rischio di domanda è quello che deriva dall'andamento del mercato. Se un'opera consente di avere dei flussi di cassa attraverso l'ingresso di utenza, o l'utilizzo da parte di utenza - un museo, una piscina, un centro sportivo dunque tendenzialmente - calda, un'infrastruttura economica, vi sarà tendenzialmente anche il rischio di domanda.

Se è facile da intuire e capire che cos'è il rischio di domanda, non sempre è semplicissimo dare una corretta regolazione di tale rischio all'interno degli atti contrattuali nell'ambito del partenariato. Questo perché l'operatore economico tenderà a voler limitare le possibili conseguenze negative delle fluttuazioni di mercato.

Da questo punto di vista ovviamente abbiamo una frizione che deve essere risolta in sede di negoziazione ed è per questo che spesso è utile un'iniziativa privata piuttosto che un'iniziativa pubblica, perché ciò consente di mettere a punto alcuni aspetti degli atti del partenariato che l'iniziativa pubblica purtroppo non può avere.

Normalmente se c'è un'iniziativa pubblica abbiamo la costruzione da parte della stazione appaltante di tutti gli atti, ci potrebbe essere una consultazione di mercato, dopo di che c'è la pubblicazione del bando e la gara. Non si ha la percezione dell'interesse del mercato rispetto ad un'operazione e c'è il rischio di creare un'operazione che non sia così appetibile per il mercato e che contenga degli aspetti che possono non portare al risultato sperato.

Cosa che invece l'iniziativa privata consente in base al 183 comma 15, lo avete visto nella scorsa la scorsa volta il 12 di maggio: è possibile invece, una volta che arriva la proposta, pretendere dal privato alcune modifiche per far sì che quella proposta possa essere dichiarata fattibile. Abbiamo un margine di negoziazione che consente anche di sistemare possibili problematiche legate al rischio di domanda.

Che cosa dobbiamo tenere in considerazione in concreto? La regolazione degli effetti dell'andamento del mercato, creare dei tetti al di sopra o al di sotto dei quali, a seconda del tipo di domanda, del tipo di indice che abbiamo in considerazione. Se, al di fuori di tali tetti viene prevista la possibilità di andare a rinegoziare le condizioni della concessione, o del nostro contratto di partenariato più in generale, stiamo costruendo un partenariato che non trasferisce correttamente il rischio di domanda. Questo perché non espone l'operatore in condizioni normali a un adeguato rischio di mercato.

Facciamo un esempio concreto. Prendiamo spunto sempre dalla pandemia da Covid 19. Prendiamo come esempio la gestione delle mense scolastiche. Normalmente, nella maggior parte dei casi, questo tipo di servizio viene gestito attraverso un appalto; non è infrequente che questo tipo di servizio venga gestito tramite un contratto di partenariato pubblico privato, ove abbinato all'effettuazione di lavori.

In questi casi, il rapporto ha due cardini fondamentali: quello del rischio di costruzione e del rischio di domanda. La domanda sta nel numero di persone che all'anno accedono alla mensa; nel 2019 la remuneratività di questo tipo di operazione, una volta a regime, dipende da quanti bimbi accedono alla mensa.

Ci può essere l'anno in cui abbiamo una adesione significativa, l'anno in cui abbiamo una adesione più contenuta, un anno ancora con un'adesione ancor più contenuta, perché conosciamo benissimo e sono prevedibili i dati delle nascite e quindi di accesso alla scuola dell'obbligo e dunque rispetto al potenziale bacino di utenza da tenere in considerazione.

Se quindi nel 2018 hanno in media avuto accesso alla mensa 100 bimbi e nel 2019 invece i bimbi che utilizzano la mensa sono 70, quel mancato introito derivante da quei 30 che non hanno utilizzato la mensa deve rimanere in capo al privato. Così stiamo trasferendo correttamente il rischio di domanda.

Se invece prevediamo nella nostra convenzione che se dovessimo avere una flessione della domanda pari o superiore al 10% dell'anno precedente stiamo creando un tetto al rischio di domanda.

In questo modo il privato non è più esposto alle normali fluttuazioni di mercato, perché se nel 2018 entrano in mensa 100 bimbi in media, nel 2019 entrano in mensa 70 bimbi, abbiamo uno scostamento più alto del 10%. A quel punto il privato avrebbe diritto alla rinegoziazione della concessione; una rinegoziazione della concessione che di fatto gli consentirebbe affievolire le conseguenze rispetto all'andamento degli accessi.

In questo modo però di fatto il rischio resta sull'amministrazione, perché attraverso forme di indennizzo, forme di negoziazione del prezzo, forme di rinegoziazione della durata della concessione, stiamo togliendo l'operatore privato dal rischio di mercato, dalle fluttuazioni normali della domanda. Non stiamo dunque trasferendo correttamente il rischio di domanda.

Proseguiamo il nostro esempio e spostiamo gli anni. usiamo l'esempio del numero di pasti: nel 2019 la nostra concessione ha generato 100 pasti; nel 2020 la nostra concessione ha generato 30 pasti. Dobbiamo chiederci perché, dobbiamo chiederci se quel dato che potrebbe essere dovuto, in linea teorica se lo prendiamo così in maniera asettica all'andamento della domanda, in realtà non dipenda da qualcos'altro.

Sì che dipende da qualcos'altro, dipende da una situazione assolutamente imprevedibile e imprevedibile: la pandemia che ha portato alla chiusura delle scuole e all'azzeramento della domanda mensa. Una circostanza del genere è giusto che venga accollata integralmente all'operatore? No, perché dipende da un fatto imprevedibile e imprevedibile, da una circostanza assolutamente di forza maggiore e che di conseguenza legittima una rinegoziazione della concessione.

Spero di essere stato chiaro: se abbiamo un andamento della domanda che va verso il basso, ma la discesa della domanda dipende da andamenti normali di mercato, le conseguenze negative restano a carico del privato. Se l'andamento, anzi la fluttuazione - per utilizzare il termine definitorio del Codice - della domanda, la fluttuazione del mercato non dipende più dalle normali dinamiche di mercato, ma dipende da eventi assolutamente imprevedibili gli effetti negativi restano in capo all'amministrazione committente.

Di conseguenza, tenendo conto di questi due parametri fondamentali, occorrerà modulare i contratti di partenariato, evitando di prevedere dei cap che possano portare a rinegoziazioni in caso di semplici fluttuazioni di mercato.

Possiamo prevedere dei cap e quindi dei tetti massimi di fluttuazione della domanda nel caso in cui la variazione dipenda da circostanze imprevedibili, perché in questo caso abbiamo l'effetto esattamente opposto rispetto a quello che abbiamo visto inizialmente. È l'operatore privato che, anche a fronte di eventi imprevedibili, è in grado di sostenere un abbattimento della domanda. In tal caso si trasferisce ancor di più e ancora meglio il rischio di domanda sull'operatore privato.

Rischio di costruzioni, disponibilità e domanda non sono gli unici rischi che devono essere gestiti all'interno delle operazioni di partenariato pubblico privato, abbiamo anche altre tipologie di rischio. Le trovate elencate in maniera esemplificativa nelle linee guida ANAC n. 9 a cui vi rimando per la lettura. Teniamo conto che anche quelle tipologie di rischi sono degli esempi: ogni operazione di partenariato pubblico privato ha il suo insieme di rischi che ne sono tipici e che devono essere selezionati a seconda del caso.

Vediamone alcuni, i più interessanti da tenere in considerazione.

Il primo è il rischio di commissionamento: è connesso alla possibilità che l'operazione non veda la luce, o per scelte dell'amministrazione o per l'opposizione di terzi. Volete un esempio concreto? L'esempio più immediato che si può fare è legato alla realizzazione degli impianti crematori nell'ambito dell'edilizia cimiteriale.

Per queste tipologie di impianti vale come non mai il detto anglosassone "not in my back yard": sì, è giusto che ci siano forni crematori, ma non li fate vicino a me, fateli da un'altra parte. Se questo tipo di approccio viene tenuto dall'intera popolazione di un comune abbiamo un problema. Se questo approccio diventa in concreto una continua manifestazione di dissenso, con ostruzione alla realizzazione e quant'altro, che porta alla impossibilità concreta di realizzare l'opera, chi sostiene i costi eventualmente già sostenuti fino al momento in cui si decide di abbandonare il progetto?

Li tiene a carico l'amministrazione, perché il rischio di commissionamento è un aspetto che il privato non è in nessun modo in grado di gestire e di fronteggiare, quindi è un rischio tipico dell'amministrazione e non determina una problematica rispetto al rischio operativo.

Il rischio amministrativo l'abbiamo in parte già visto. Attenzione, nel momento in cui vi approcciate o ricevete proposte di partenariato che hanno al loro interno un rischio amministrativo calato solo ed esclusivamente sull'amministrazione. Ci sono degli aspetti che in realtà dipendono e devono ricadere in capo al privato; questo è un tipico rischio condiviso.

Il rischio geologico ambientale: è un rischio che deve essere considerato – anche questo - in relazione al caso concreto. L'esempio che vi facevo prima della costruzione di una nuova piscina a Roma lo si può replicare anche per quello che riguarda gli aspetti di carattere ambientale. Se vado a realizzare un nuovo intervento in una zona che so con certezza che potrebbe presentare dei profili di inquinamento - come ce ne sono diverse purtroppo in Italia – ed è una zona caratterizzata da infrastrutture industriali dismesse ed abbandonate di alcuni settori ad esempio chimici, a quel punto il rischio ambientale dell'operazione non sarà certo trascurabile. Se il privato, che ad esempio attiva un'iniziativa di PPP, lo trascura dovrà sopportarne le conseguenze. Tutto ciò, ovviamente se l'amministrazione ne dà una rappresentazione corretta.

Infatti è tendenzialmente ragionevole - in un contesto come quello dell'esempio che vi ho fatto - trovare delle situazioni che potrebbero innescare procedimenti di bonifica o di messa in sicurezza e conseguentemente maggiori costi. Se i maggiori costi se sono dovuti appunto a superficialità di progettazione spetteranno e resteranno a carico solo dell'operatore privato.

Se invece stiamo lavorando in un settore, in una zona in cui non abbiamo nessuna avvisaglia di problematiche di carattere ambientale, a quel punto eventuali necessità di messa in sicurezza e/o bonifica potrebbero essere invece maggiori costi e aspetti che restano in capo all'amministrazione e non al privato.

Vediamo ora come è strutturata una matrice dei rischi.

Come è costruita la matrice dei rischi? Sulla prima colonna troviamo:

- la tipologia di rischio,

- una descrizione che dobbiamo avere di questo rischio rispetto al caso concreto,
- quali possono essere le possibilità che si verifichi quel rischio,
- quali possono essere i maggiori costi che si verificano,
- quali sono gli strumenti con cui questo rischio viene mitigato,
- quali siano i riferimenti normativi all'interno della convenzione che contengono questi strumenti di mitigazione.

Infine nelle ultime tre colonne: se quel rischio sia a carico del privato, sia a carico dell'amministrazione o se sia un rischio condiviso.

Per ogni tipologia di rischio dobbiamo andare a completare la nostra tabella, che diventa il nostro vademecum per tutta la vita del nostro rapporto di partenariato.

Se abbiamo una tabella in cui abbiamo il rischio di commissionamento, dovremo andare a barrare la casella a carico del pubblico; se abbiamo un rischio di progettazione dovremo - in relazione al caso concreto – barrare la casella integralmente a carico del privato, o eventualmente condiviso se ci sono delle situazioni di imprevedibilità che potrebbero avere un influsso sulla progettazione.

Il rischio di domanda come vi ho detto è tendenzialmente un rischio che resta a carico integrale del privato.

Tutte le considerazioni che ho fatto fino ad ora devono trovare il loro riflesso nella relazione istruttoria prevista dall'articolo 181 comma 3. Questa relazione contiene le analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico finanziaria ed economico sociale dell'operazione; la natura e l'intensità dei vari rischi, quindi essenzialmente tutto quello che abbiamo visto fino ad ora, valutato attraverso tecniche di comparazione di carattere economico finanziario.

Si tratta dello schema del public sector comparator. È uno strumento che dobbiamo all'ANAC e all'allora ufficio del Ministero dell'economia che si dedicava proprio alle operazioni di partenariato.

Il public sector comparator è uno strumento che ci consente di mettere a confronto due elementi fondamentali: le analisi dell'operazione che vogliamo intraprendere attraverso l'utilizzo di strumenti ordinari, appalto ordinario e indebitamento, con l'uso di uno più strumenti di partenariato pubblico privato. Ci fa vedere, dal punto di vista economico finanziario, quale delle due strade è la più conveniente e ci consente di scegliere, a ragion veduta, la strada che vogliamo percorrere.

Se al termine della valutazione fatta a norma del 181 comma 3 abbiamo come esito una convenienza dell'uso dello strumento in partenariato pubblico privato sceglieremo questa strada. Viceversa, sceglieremo strumenti di carattere ordinario.

Una volta che abbiamo fatto tutte le nostre analisi e abbiamo la nostra relazione istruttoria, se abbiamo deciso di raffrontare i diversi strumenti di partenariato pubblico privato, come facciamo a scegliere quale strumento sia più opportuno? Oltre alla convenienza economica che abbiamo visto, un altro parametro da tenere in considerazione è la tipologia di opera con cui abbiamo a che fare. Normalmente per opere e servizi caldi abbiamo generalmente lo strumento della concessione, che è quello più adeguato, perché sussiste la capacità dell'opera di generare ricavi attraverso l'utenza.

Per le opere tiepide possiamo avere una concessione che viene puntellata nella sua tenuta dal punto di vista economico finanziario attraverso la contribuzione dell'amministrazione, della stazione appaltante. Una contribuzione è il prezzo che consente di mantenere l'equilibrio economico finanziario.

Per i servizi tiepidi si può utilizzare anche la locazione finanziaria, il leasing in costruendo, o il contratto di disponibilità, perché hanno una domanda molto contenuta ed una componente significativa di necessità di intervento da parte della amministrazione. In questi casi lo strumento della locazione finanziaria o il contratto di disponibilità sono quelli che normalmente nella prassi vengono più utilizzati.

Nelle opere e nei servizi freddi, cioè quelli che vengono rivolte direttamente all'amministrazione e che non hanno tendenzialmente domanda, i contratti più adeguati da

utilizzare sono quelli della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, che prevedono un meccanismo di canone e un rapporto diretto tra partner privato e amministrazione.

Bene, con questo abbiamo concluso il nostro incontro. Vedo che ci sono altri quesiti che sono giunti nella seconda parte della nostra mattinata, proviamo a dare una risposta immediata.

Viene chiesto: *“Ipotesi pratica di mancato rientro del finanziamento nel leasing costruendo, considerato che costituisco un diritto di superficie che legittima anche l'accensione di una ipoteche a garanzia”.*

L'ipotesi occorre valutarla in concreto. Nel momento l'amministrazione non riesca a pagare i canoni di leasing e perde l'opera, non vuol dire che non stiamo costruendo un leasing corretto, perché l'opera, finché vive il rapporto di partenariato pubblico privato, resta un'opera privata e non dell'amministrazione. Dopodiché le conseguenze negative da questo punto di vista dipendono dal singolo caso concreto e bisognerebbe valutarlo in relazione alla specifica situazione. È difficile in un webinar entrare nello specifico del caso.

“Sarebbe possibile ripetere i concetti generali di disponibilità e di performance dell'opera realizzata?”.

Disponibilità e performance dell'opera realizzata consistono nel creare livelli di adeguatezza che riteniamo opportuni rispetto a una determinata opera; ad esempio vogliamo che in una piscina la temperatura sia sempre di un certo tipo. Oppure vogliamo che un campo da calcio - sempre nel mondo dello sport - sia mantenuto ogni sei mesi, perché questa è la vita della tipologia di prato naturale che si sceglie di piantare. La manutenzione non viene fatta ogni sei mesi? Non abbiamo raggiunto la performance, perché vediamo che l'erba da bella, verde e rigogliosa diventa gialla.

Sono esempi che cerco di fare nella maniera più chiara possibile, poi sono da parametrare rispetto alle reali esigenze.

Sull'efficientamento energetico degli edifici: vogliamo che le opere che sono state fatte, quindi il cappotto, il nuovo impianto termico generino costantemente una temperatura interna di 20 gradi e mezzo. Non raggiungiamo i 20 gradi in maniera costante perché la temperatura si

asesta a 18 gradi e quindi il cappotto non funziona perché è fatto male; la nuova caldaia e l'impianto termico non sono in grado di garantire quella stabilità di temperatura.

Bene, a quel punto non raggiungiamo la performance, quindi nel momento in cui non raggiungiamo la performance e a quel punto decidiamo che deve scattare (a livello convenzionale) una riduzione del canone o l'applicazione di penali che consentano di avere un impatto sulla remuneratività del rapporto.

La performance può essere legata anche a tipologie di servizi, ragioniamo sempre sul mondo sportivo. Viene realizzato un nuovo impianto sportivo e si decide che, dal punto di vista del servizio, ci debbano essere dei livelli minimi da garantire. Quei livelli non vengono garantiti? Non raggiungiamo la performance convenzionata e di conseguenza scattano le penali o la riduzione di eventuali canoni che possono essere ipotizzati anche nel caso in cui l'opera non sia calda ma tiepida.

“Nel leasing posso imputare tutte le spese di manutenzione, sia ordinaria che straordinaria, all'operatore, dato che permane in favore di quest'ultimo la proprietà del bene, imputando completamente al privato il di rischio di disponibilità per la durata del leasing?”.

Sì questa è la normale strutturazione di un'operazione di leasing in costruendo con partenariato pubblico privato, poi dipende anche dalla capacità finanziaria del comune rispetto alla strutturazione dei singoli canoni.

Bene questa era l'ultima domanda. Io a questo punto ho concluso, ringrazio tanto per l'attenzione e spero di rivedervi presto, non solo in video ma nella sala di UPEL o nelle varie sale di UPEL, fisicamente e riprendere un po' l'attività ordinaria a cui eravamo abituati fino a poco tempo fa.

Ringrazio tutti per l'attenzione e vi auguro una buona giornata.

Il Partenariato Pubblico Privato e l'edilizia ospedaliera



Avv. Marco Viggiani

Legale appalti presso la Centrale di Committenza dell'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa - Invitalia S.p.A.. Avvocato specializzato in materia di appalti pubblici, PPP e finanza di progetto, Segretario di Commissioni di gara. Docente al MAC presso il Politecnico di Milano. Svolge abitualmente attività didattica e di collaborazione in pubblicazione in materia di appalti.

Buongiorno a tutti. Una breve presentazione: sono Marco Viggiani, sono avvocato, opero come legale appalti della centrale di committenza in Invitalia spa. Mi occupo di appalti e, più in generale, ho approfondito le tematiche del partenariato pubblico privato e della finanza di progetto, anche seguendo da vicino progetti relativi alla costruzione e alla gestione di strutture ospedaliere.

Oggi sono qui e ringrazio Upel per l'opportunità che mi viene data con il webinar di oggi.

Innanzitutto che la tematica del partenariato pubblico privato e dell'edilizia ospedaliera nell'attuale, drammatico contesto a seguito di questa emergenza epidemiologica diventa quanto mai attuale. La necessità di dover ricorrere ad ogni forma utile di contribuzione e supporto al sistema sanitario, sia nazionale che regionale, ma anche privato, è certamente una priorità in questo periodo.

Ovviamente, per la situazione emergenziale, le caratteristiche tipiche di un partenariato pubblico privato in un contesto così particolare come quello della sanità, non sempre sono di facile adattamento appunto nel contesto emergenziale. Questo perché - lo anticipo - gli elementi salienti e le caratteristiche dei partenariati spesso non collimano con le esigenze di

velocità, di emergenza e di rapidità di azione che normalmente devono essere messe in campo per fronteggiare emergenze di questa portata.

Ciò detto richiamo e illustro brevemente, a volo d'uccello, la strutturazione di questo breve webinar, che si svolgerà in due parti di un'oretta ciascuna: la prima parte dedicata all'illustrazione degli elementi essenziali del PPP nell'edilizia ospedaliera, quindi le peculiarità da considerare. So che sono stati svolti dai colleghi (nelle giornate precedenti) due webinar che hanno illustrato bene i concetti di PPP in teoria generale e i principali elementi che caratterizzano queste forme di collaborazione.

Poi passerò ad illustrare gli stadi di utilizzo del project (quindi di un PPP) per la realizzazione di una struttura ospedaliera, con dei richiami agli aspetti critici e ai rischi da evitare, che saranno illustrati nella prima parte.

Il concetto di PPP e la tipologia di queste operazioni di ingegneria economico finanziaria, ma anche di ingegneria tout court quindi di attività costruttive e gestionali, emerge in particolari frangenti. che si parla di più di PPP ogni qualvolta vi sia un contesto di scarsità di risorse economiche e finanziarie, come quello - per intenderci fronteggiato - nella crisi economica del 2009, per sopperire quindi al potere di intervento della sfera pubblica. Oppure in casi di emergenza lo Stato, o meglio il partner pubblico, potrebbe limitarsi ad una funzione di monitoraggio e controllo, lasciando all'expertise privata, all'efficienza privata il compito di creare e gestire un'opera, un intervento o un'operazione complessa, a beneficio della collettività e degli utenti. In questo modo va sostanzialmente a delegare una sfera di competenza istituzionale ad un privato sotto diverse forme e modalità. A ben vedere tuttavia le modalità per costruire un'operazione di PPP nell'ambito sanitario non sempre si conciliano con stretti tempi di emergenza.

Passiamo direttamente alla prima parte del nostro webinar, che andrà a illustrare il PPP e l'edilizia ospedaliera, cioè le peculiarità da considerare. Farò un breve richiamo - come potete vedere dall'indice dei contenuti di questa sezione - a qualche elemento di teoria generale dei PPP. che la disamina sarà concentrata su questi tre punti:

1. il primo riguarda il concetto di ospedale come opera fredda, un concetto da superare;

2. il secondo riguarda il PPP applicato alla sanità e quindi le diverse teorie che si sono sviluppate per cercare di coniugare al meglio una forma di esternalizzazione dell'attività istituzionale all'interno di un contesto così delicato;
3. il terzo riguarda una breve illustrazione degli elementi fondamentali per la sostenibilità di un'operazione, ossia la contabilizzazione dei PPP, indispensabile per il partner pubblico nell'andare a verificare o meno la convenienza di agire attraverso questa particolare modalità di cooperazione.

Iniziamo subito con il primo punto. Nella teoria tradizionale dei PPP e quindi della distinzione delle operazioni di partenariato, si è sempre parlato di una macchina come summa divisio di distinzione fra opere calde, opere fredde, opere tiepida eccetera. sono concetti abbastanza noti ormai. In questa prima slide ho voluto sintetizzare la struttura vista dall'alto di un partenariato pubblico privato. Nella slide sono illustrati tutti i principali player della cooperazione quindi dell'operazione e i loro rapporti con il soggetto che, contrattualmente o istituzionalmente, si occuperà e quindi prenderà in gestione l'intervento.

Il partner privato - che può essere costituito da una società veicolo, ma non necessariamente - è l'interlocutore privilegiato che funge da collegamento di tutte le parti interessate all'operazione. Nella parte alta possiamo vedere il partner pubblico, che è la pubblica amministrazione o l'ente pubblico interessato, che agisce nel perimetro di una concessione attribuita in favore del partner privato, a cui si ricollega un'altra sfera posta in alto più a sinistra, interessata dalla gestione di questa concessione, quindi al contratto di servizio. Sono esattamente gli utenti che possono o meno beneficiare dell'attività svolta dal partner privato in virtù di questo rapporto processorio.

Nella parte bassa invece sono rappresentati i player interni al partner privato, cioè tutti coloro che non fanno parte del lato pubblico della forma di cooperazione. Il partner privato interloquisce con finanziatori e sponsor, poi ci sono i promotori dell'iniziativa. Come spesso succede nell'ambito soprattutto dell'edilizia ospedaliera e della gestione dei servizi ospedalieri,

dove il partner privato non è un soggetto abilitato, o meglio, qualificato nell'ambito del settore dell'edilizia delle costruzioni, spesso il partner opera come general contractor.

In virtù di questo incarica società terze, gli altri partner di progetto, che gestiscono invece attività di tipo infrastrutturale o edilizie, quindi con i costruttori oppure con altre società che si occupano di facility management per quanto riguarda la manutenzione, o tutte le attività necessarie alla corretta gestione di un intervento, o di un'operazione. Normalmente le SPV che diventano concessionarie di queste attività sono invece costituite soprattutto da partner economico finanziari. Grazie.

Possiamo vedere sulla destra che il partner privato si caratterizza per la presenza di promotori, cioè i soggetti che sostanzialmente danno il via all'iniziativa, o proponendola ex novo al partner pubblico, o partecipando in risposta ad un bando di gara, o ad una lettera d'invito. Sono caratterizzate da un rapporto di tipo imprenditoriale con la SPV, nel lancio teso a questo rapporto - come vi sarà già stato illustrato nei precedenti webinar, ma lo ridico brevemente - sussiste il cosiddetto ring fence.

Mi riferisco alla distinzione che di norma nelle operazioni di partenariato viene a crearsi tra la società veicolo che si occuperà di diventare titolare della concessione, o comunque del contratto di PPP, e i promotori, ovvero altri imprenditori e/o operatori economici che si occupano di fornire il capitale iniziale, necessario all'avvio dell'iniziativa. Sono coloro che detengono le quote di partecipazione della SPV, ma che al contempo, con la creazione di uno schermo societario ulteriore, si proteggono da eventuali esternalità negative che la condotta imprenditoriale del servizio oggetto di PPP potrebbe portare.

Dall'altro lato invece, diametralmente opposto ma in forte correlazione anche con i promotori, troviamo i finanziatori, gli sponsor, ossia soggetti che investono capitale privato in forme di equity o non equity, a carattere speculativo, che scommettono nella riuscita dell'impresa concedendo forme di finanziamento, che possono essere delle garanzie a prestiti, a mutui o a quant'altro. Questi soggetti si attendono un buon rendimento dalla gestione dell'iniziativa, quindi dal revenue della gestione del PPP per come ottenere degli interessi e dei guadagni.

Questa velocissima e sintetica illustrazione ci porta a capire un po' meglio il contesto in cui ci possiamo trovare quando parliamo di ospedale come opera fredda, ossia di un'opera che non è capace di generare una remunerazione in maniera autonoma e dunque il soggetto promotore si fa parte attiva dell'iniziativa, senza una forma di contribuzione pubblica.

Ad esempio forme di contribuzione prezzi come contribuzione diretta, come è ammessa la possibilità fino al 49% il Codice dei contratti, o altre forme di contribuzione sotto forma di garanzia, posso pensare garantita dallo Stato.

Queste sono opere che presentano una non convenienza di tipo imprenditoriale e si distinguono nettamente dalle opere calde o dalle opere tiepide in cui questa forma di contribuzione è nettamente inferiore, dove proprio in virtù della tipologia di rapporto con l'utenza e della possibilità di operare sistemi di tariffazione sull'utenza da parte del soggetto che gestisce l'opera o il servizio, l'investimento riesce a remunerarsi e a ottenere un flusso di cassa costante nel tempo. Un flusso tale da poter ripagare l'investimento iniziale, il capitale di debito eventualmente assunto per l'avvio dell'iniziativa e far ottenere ai promotori - quindi ai partner privati - un ritorno anche economico.

Arriviamo al punto: normalmente gli ospedali, così come le carceri piuttosto che altre infrastrutture sensibili, penso all'edilizia scolastica anche, in un contesto come quello italiano di una sanità pubblica, si caratterizzano per l'impossibilità di applicare delle tariffe all'utenza. Per questo il servizio per la realizzazione di un'opera ospedaliera o per la gestione di servizi ospedalieri enti e limiti (e lo vedremo più tardi) diventerebbero non convenienti e quindi allontanerebbero qualsiasi ipotesi di attività imprenditoriali e di iniziative imprenditoriali che volessero inserirsi in questo settore.

Al fine di correggere questa stortura economica, lo Stato è abilitato a intervenire andando a corroborare per una quota parte quello che potrebbe essere il mancato guadagno o il mancato ristoro delle spese dell'investimento che il privato si attende dalla realizzazione dell'iniziativa.

Ho voluto esordire nella sezione parlando dell'ospedale come opera fredda, come concetto da superare perché l'edilizia sanitaria ospedaliera e i servizi che normalmente

possono formare oggetto di esternalizzazione da parte di un'azienda sanitaria, quindi della parte pubblica, in realtà costituiscono un elemento di ritorno molto importante, che un imprenditore privato con buona capacità e con alta professionalità riuscirebbe a gestire. Ci sarebbe dunque la possibilità di ottenere vantaggi e ricavi.

L'ospedale oggi, la struttura ospedaliera che contiene sia la parte principale di servizi sanitari sia un contesto di attività e di servizi diversi - penso ai servizi generali, piuttosto che ai servizi amministrativi o ai servizi tecnici - può presentare forme di convivenza e di cooperazione che potrebbero essere addirittura estese ad ambiti tradizionali.

Ambiti di riserva tradizionale, di competenze istituzionali dell'amministrazione sanitaria che potrebbero essere estesi, dicevo, anche al privato e far trovare conveniente, quindi ampliare le forme di esternalizzazione, lasciando alla mano pubblica o al partner pubblico stretti ambiti di monitoraggio e di controllo.

Prima di passare però ai motivi che mi inducono ad arrivare a questa conclusione, volevo finire di illustrarvi la collocazione della struttura ospedaliera nell'ambito della grande distinzione delle famiglie di partenariato, per farvi vedere insieme a me come l'ospedale possa collocarsi non solo in una prospettiva di opera fredda.

Su questo tema guardiamo questa seconda divisione delle forme di partenariato. I partenariati possono dividersi in parti green field o brown field. Nel primo caso si tratta di operazioni relative al finanziamento di nuove opere ancora da realizzare e da finanziare. Ci troviamo nel classico contesto di una concessione di costruzione e gestione, tipica nel caso degli ospedali.

Nel secondo caso invece si tratta di un rifinanziamento del debito contratto dal concessionario per opere già realizzate, o in corso di realizzazione. Si intende, nella prospettiva della istituzione finanziaria che dovrà andare a sostenere un'operazione di partenariato, anche la possibilità di intervenire nella gestione della struttura ospedaliera. Pensiamo ai servizi svolti all'interno di una struttura ospedaliera, magari in perdita o comunque non economicamente convenienti dal punto di vista imprenditoriale, rigenerandoli in modo tale da renderli nuovamente efficienti in termini di prestazioni erogate direttamente alla struttura sanitaria o

all'azienda sanitaria. Dall'altro poi andando a ottenere una remunerazione maggiore per le prestazioni rese, in modo tale da riportare in attivo l'intero asset, l'intero bilancio economico dell'operazione.

Nel caso delle (inc.) questo mi porta a ritenere che le operazioni di partenariato pubblico privato nel campo ospedaliero non necessariamente debbano limitarsi a nuove opere, a nuova edificazione, a nuova costruzione, ma possano anche estendersi al recupero, alla manutenzione, all'efficientamento di strutture ospedaliere già esistenti, necessariamente senza dover passare per forme classiche di appalto.

Ovviamente le differenze tra i due campi sono evidenti. Nel caso delle operazioni ex novo, quindi dei PPP di nuova costituzione troviamo inevitabilmente costi elevati per l'acquisizione del capitale iniziale; si tratta di una nuova iniziativa quindi il promotore dovrà analizzare con i propri advisor in tutti gli aspetti connessi ai rendimenti e alle performance del capitale acquisito. Dovrà effettuare uno studio prospettico sui rendimenti e fronteggiare richieste più alte degli istituti di credito, trattandosi di un'iniziativa che non ha uno storico (statistico e di risultati) alle spalle. In questi casi non è possibile avere la riprova che una nuova ed efficiente gestione potrebbe aumentare i livelli di remunerazione attesi dal servizio.

La quantità di capitale iniziale è maggiore rispetto all'inserimento all'interno di un'opera o di un servizio già esistente; le operazioni green field però dei vantaggi necessariamente. Da un lato quello di avere un potenziale di crescita del valore dell'operazione o dell'opera molto alto e quindi grande capacità di attrazione degli investimenti. Conseguentemente vi è un riparto molto più alto e più facile dei rischi con gli intermediari bancari, o con gli altri investitori, di capitale.

Nelle operazioni brown field ricordo sempre questo esempio, cioè l'inserimento di un partner privato nel recupero, ristrutturazione, manutenzione e gestione di una struttura ospedaliera già esistente. È una sorta di revamping della struttura ospedaliera. Sono operazioni che hanno un'appetibilità speculativa sicuramente più bassa, innanzitutto perché il flusso di cassa generato da infrastrutture già operative è sicuramente più certo ma di minore entità.

In pratica sono operazioni che attraggono investitori avversi al rischio e più protesi ad un rendimento costante, quantunque basso, nel lungo periodo. Normalmente il credito ottenibile in operazioni del genere, quindi il margine, è prodotto più da interessi di tipo finanziario economico che non da un ritorno economico diretto, proveniente dalla gestione dell'operazione. Questo invece può avvenire in un'opera in un'opera nuova, in un contratto di costruzione e gestione, magari anche con una quota di tariffazione sull'utenza.

Il PPP applicato alla sanità si sposa bene per entrambi in queste due divisioni. Non dobbiamo pensare necessariamente ad un ospedale, a una struttura ospedaliera o ad un servizio in ambito ospedaliero. Abbiamo visto che l'ultima bozza del Regolamento di attuazione - che dovrebbe uscire a settembre - torna disciplinare in maniera chiara la possibilità di applicare i PPP anche ai servizi, dandone una strutturazione e un'identità propria. Cosa che l'attuale codice non disciplinava.

La sanità si presta a poter diventare, o a poter essere letta come un ambito molto interessante nel quale fare applicazione dei PPP proprio per la sua versatilità nell'andare ad applicare queste teorie a strutture esistenti, oppure a strutture non ancora costruite, dunque da realizzare.

Un'ulteriore distinzione, necessaria per illustrare compiutamente l'adeguatezza dell'utilizzo di forme partenariali in sanità, è la distinzione di progetti da non recourse e full recourse. Diciamo che un PPP applicato alla sanità può caratterizzarsi con una attività in cui il progetto è capace di traslare tutti i rischi finanziari sui partner di progetto e sugli sponsor. In questo caso però andremo a trovarci fuori dal perimetro tipico dei PPP perché vi è una completa assenza di allocazione dei rischi. Vi è un paritetico riparto fra partner pubblici e privati, cosa che nell'ambito del nostro Codice e in virtù delle direttive non sarebbe consentita per qualificare l'operazione né in termini di concessione né in termini di partenariato pubblico privato.

Le operazioni sono invece di tipo non recourse quando il progetto è contraddistinto dall'impossibilità di eventuali creditori del partner privato - i cosiddetti investitori - di rivalersi

sui promotori e sugli sponsor dell'iniziativa. La loro sfera speculativa, il loro ritorno dunque è dato esclusivamente dal cash flow generato dal progetto.

Ho voluto fare questa distinzione perché c'è chi aveva teorizzato inizialmente la possibilità, in maniera paritetica, da parte di aziende sanitarie o aziende ospedaliere, di poter cooperare appunto pariteticamente con partner privati inseriti all'interno dei comitati di gestione delle strutture, creando dei veri e propri consigli di amministrazione della struttura ospedaliera, con soci privati. Questa possibilità è stata poi allontanata, questa prospettiva è stata resa irrealizzabile perché le nostre direttive - come dicevo l'articolo 5, l'articolo 23, l'attuale impostazione del nostro Codice e le linee guida dell'ANAC - richiedono necessariamente che vi sia una allocazione pressoché totale, se non maggioritaria, in capo al partner privato dei rischi derivanti dall'iniziativa partenariale o dalla concessione. È vero con i dovuti margini di correzione eccetera, però sempre in maniera sbilanciata in favore della pubblica amministrazione, del partner pubblico.

Ora l'ospedale si pone come un intervento e in generale non solo l'edilizia ospedaliera ma anche tutti i servizi che possono formare oggetto di esternalizzazione all'interno di una complessa struttura ospedaliera, formano una attività che può essere ricondotta - a mio avviso non necessariamente e non sempre magari e in tutte le forme - ad una cosiddetta opera fredda.

Nel senso che il correttivo che la sfera pubblica può prevedere per contribuire alla realizzazione e alla gestione dell'opera o dell'operazione può essere sicuramente di minore impatto. Gli elementi tipici di contribuzione o di aiuto all'attività che un partner privato potrebbe intestarsi a seguito di una forma partenariale sono sempre in forma di canoni erogati o di contributi diretti, finanziamenti diretti della pubblica amministrazione - nei limiti del 49% dell'investimento e del costo sostenuto. Passano anche attraverso le classiche forme di garanzia che possono essere concesse al partner privato, o ancora attraverso gestioni, disposizioni, norme di tipo fiscale o economico che vadano ad impattare sul bilancio, sulla tenuta economica della SPV, in modo tale da renderla beneficiaria di sgravi piuttosto che di condizioni fiscali più agevoli.

Per quanto riguarda il PPP applicato la sanità passiamo alla seconda sezione. Il PPP applicato alla sanità può essere sintetizzato nelle diverse forme di esternalizzazione di servizi che competono tipicamente alla sanità pubblica, a operatori economici, dunque a soggetti terzi che si sostituiscono a settori e spazi tipici in cui operava appunto la sanità pubblica.

Queste forme di esternalizzazione sono dirette alla costruzione, alla realizzazione o - come dicevamo prima - al recupero di strutture ospedaliere, o possono interessare invece le attività che vengono eseguite all'interno delle strutture ospedaliere. Ossia una serie diversificata e numerosa di servizi che vengono resi all'utenza che fa ricorso alla struttura ospedaliera, o che deve ricevere le cure della sanità pubblica.

Tra questi servizi si possono distinguere tre tipologie principali:

1. Servizi clinici, ossia servizi di tipo core quelli tipicamente riserva del partner pubblico, ossia: l'assistenza sanitaria, la diagnostica, la laboratoristica, l'assistenza domiciliare, i servizi infermieristici, la preparazione farmaceutica e la distribuzione dei farmaci.
2. Servizi non clinici, non core, che sono già tradizionalmente oggetto di esternalizzazioni, quali: i servizi alberghieri, la cura del verde, le pulizie delle strutture ospedaliere, la mensa e la ristorazione ospedaliera, la lavanderia (quindi il lavanolo), la guardiania, la logistica (magazzini eccetera), la manutenzione macchinari e il biomedicale.

Mi sono dimenticato di dirlo all'inizio: ognuno di voi ha la possibilità di porre domande in diretta tramite la chat. Io farò mi riserverò un piccolo spazio di tempo di 10/15 minuti alla fine del webinar per rispondere a tutte le domande che mi sono state fatte. Gentilmente fatele e io mi riservo poi di leggerle in fondo e di dare ad ognuna la risposta.

Vado avanti: nelle situazioni di servizi e infine un ambito più particolare che sono i servizi di carattere generale: i servizi amministrativi, legali, assicurativi, la gestione del personale, le attività di formazione del personale ospedaliero, infermieristico e quant'altro, la

gestione dei servizi di information technology e dei sistemi informativi, quindi DB, CED, eccetera.

Questi sono i grandi spazi che costituiscono sicuramente degli ambiti che notoriamente erano riservati alla mano pubblica, ma che per una serie di vantaggi che vi dirò, sono stati nel tempo mano a mano esternalizzati ad appaltatori privati, che sono stati resi appaltabili. Un problema, o meglio un punto più delicato è la possibilità di esternalizzare i servizi clinici, i cosiddetti servizi core, ossia nello specifico: l'assistenza sanitaria, la diagnostica e la laboratoristica, le preparazioni farmaceutiche e la distribuzione.

Si tratta di servizi che normalmente e tipicamente vengono gestiti direttamente dall'azienda ospedaliera, la quale si avvale di fornitori semplicemente per quanto riguarda i macchinari, di parti di ricambio, di manutenzione, di acquisto di macchinari e manutenzione. Al contrario invece altre tipologie di esperienze hanno portato a prospettare la possibilità di affidare, di delegare le operazioni di diagnostica e laboratoristica a partner privati. È molto più difficile ovviamente l'ambito dell'assistenza sanitaria diretta, qui avere del personale sanitario che non è personale sanitario pubblico ma privato, che opera in un contesto pubblico e che viene remunerato sotto forma attraverso prestazioni. Poi vedremo come.

Quelli che noi vediamo qui divisi in due attività sono i vettori, o i principali asset economici che un partner privato può e deve considerare nell'andare a proporre e a strutturare un'operazione di PPP sanità. Ci possiamo dirigere verso la costruzione e il recupero della struttura ospedaliera o di altre strutture ospedaliere e concentrarci al contempo sulla commistione di gestione dei servizi che, all'interno di quella struttura, si andranno a erogare.

Possiamo avere (e spesso si auspica) una combinazione delle due forme di esternalizzazione all'interno di un unico progetto partenariale, perché spesso la remunerazione ottenuta dai servizi erogati all'interno della struttura ospedaliera (le tre colonne di destra) sono parte sostanziale della remunerazione del capitale investito inizialmente dal privato per fare fronte all'altro insieme, ossia quello della costruzione, del recupero edilizio o dell'ammodernamento della struttura ospedaliera.

Tuttavia questo scenario non è neanche del tutto vero, perché non si può escludere che il solo avvio di un'attività partenariale per la costruzione o il recupero di un'attività ospedaliera possa essere tale da generare per il partner privato sufficiente flusso di cassa per rendere economicamente conveniente e sostenibile l'operazione. Penso per esempio al contratto di disponibilità o al leasing in costruito; oppure attraverso la possibilità del soggetto che andrà ad effettuare l'efficientamento, la ristrutturazione, il recupero o il revamping della struttura ospedaliera di potersi remunerare autonomamente attraverso un contratto di facility management per la disponibilità efficiente della struttura; assicurare dunque alla pubblica amministrazione una struttura efficiente.

Ovviamente questa componente di contribuzione economica per attività di manutenzione da parte della pubblica amministrazione al privato ancora non ci consente di fuoriuscire dal perimetro di opera fredda. Il flusso di cassa che l'opera genera non proviene dall'utenza, non c'è la tariffazione diretta dall'utenza, ma sono sempre somme pubbliche erogate al privato per assicurare la disponibilità dell'opera.

Quello che voglio arrivare a dire è che sarebbe impossibile per il privato poter ripagare l'investimento attraverso invece il riconoscimento di altre forme di remunerazione o guadagno, commisurate alla tipologia, alla quantità, alla qualità delle prestazioni.

Ricordiamoci che il nostro sistema sanitario è caratterizzato, nell'ambito degli aspetti di ingegneria economica sul costo delle prestazioni, da una componente tipica che è quella dei DRG, la cui componente di costo è corretta attraverso la previsione dei cosiddetti LEA. Voglio dire che sarebbe possibile prospettare una forma di remunerazione al privato, al quale dovrebbe poter essere concesso di erogare anche servizi diversi dai servizi non clinici e generali, ma addirittura clinici quindi più peculiariamente di tipo sanitario. Ciò in modo tale da poter generare, attraverso i ticket e i DRG, un flusso di cassa analogo e al pari di quello che si genera all'interno delle opere tiepide o calde.

Io non voglio anticipare il discorso, seguirò le slide, le quali mi portano ad illustrare il secondo passo rispetto alle esternalizzazioni e all'individuazione dei vettori principali di

un'operazione. Sono le forme che, attraverso questa esternalizzazione e questi rapporti di PPP, nell'ambito sanitario possono instaurarsi.

Le forme attraverso le quali una SPV può cooperare e coordinarsi con il partner pubblico sono principalmente di tre tipi, almeno nell'esperienza pratica, nella teoria aziendale che si è seguita in questi anni. Hanno assunto la veste di società miste di capitali pubblico privati, sono emerse le fondazioni di partecipazione, oppure si è fatto ricorso, si può ricorrere al cosiddetto contratto di associazione in partecipazione previsto dal nostro Codice civile.

Le forme più classiche di cooperazione partenariale potrebbero essere quelle in cui l'azienda sanitaria costituisce una società nel cui capitale al 49% entra la SPV - la società veicolo appositamente costituita dai partner privati - diventa (inc.) operativo nella gestione delle attività non sanitarie, o - perché no? - parzialmente sanitarie dell'azienda ospedaliera, o comunque della struttura ospedaliera in cui viene impiantata questa operazione.

La società mista di capitali pubblico privati presenta innanzitutto una realtà disponibilità finanziarie, risorse tecnologiche e competenze manageriali molto spiccate. Si mette insieme effettivamente il know how manageriale della struttura pubblica per quanto riguarda la parte sanitaria (ma potrebbe anche non esserlo) e quella manageriale per la gestione degli altri servizi. Vi è una sicuramente una vicinanza, o meglio, la possibilità di intercettare disponibilità finanziarie molto alta.

Questa forma per la realizzazione di PPP in sanità presenta poi un alto grado di flessibilità di gestione e integrazione del personale anche volontario; infine un reinvestimento nell'attività clinica di almeno una parte delle eventuali quote di utili che la società mista produce. Da un lato potrebbe andare ad alleggerire i costi sostenuti dalla parte pubblica, con il diretto beneficio magari di un innalzamento della disponibilità finanziaria a supporto del privato.

Va detto che le forme di esternalizzazione sotto qualunque forma adottate, o a seconda della tipologia di servizio affidato all'esterno, sono molto ben viste soprattutto dal management sanitario pubblico. Queste forme di esternalizzazione consentono da un lato sicuramente di delegare buona parte delle responsabilità che normalmente competerebbero

al management. Penso solo ai rapporti di lavoro con il personale infermieristico, sanitario, o ai rapporti di lavoro con il personale amministrativo tecnico della struttura ospedaliera.

Buona parte dei conflitti, dei rapporti sindacali, della gestione delle spese del personale verrebbe spostata su un soggetto altro e non gravare più in termini di responsabilità sul management. Analoga cosa: il management potrebbe limitare la propria sfera di responsabilità ad un ambito di vigilanza, diminuendo le forme di responsabilità per incidenti, sinistri e quant'altro al massimo a ambiti di erigendo culpa e vigilando. Lasciando in pratica ai sistemi di vigilanza e sicurezza interna (231 e quant'altro) del partner privato tutti gli aspetti più delicati correlati alla sicurezza.

La seconda forma di partecipazione che è stata vista e analizzata e che ha caratterizzato forme di partenariato in ambito sanitario riguarda le fondazioni di partecipazione, che vedono la presenza di fondatori istituzionali, di soggetti fondatori che sono normalmente soggetti istituzionali, integrati mano a mano con fondatori o aderenti semplicemente che non entrano a far parte della fondazione. rappresentano la parte privata dell'iniziativa partenariale.

I soci fondatori - non quelli originali - in termini di contribuzione netta al capitale della fondazione guadagnano diritto di voto e capacità gestionale; normalmente i soci fondatori originari (le istituzioni pubbliche) si limitano ad un board di controllo di tipo consultivo, lasciando ai soci privati o ai componenti del Consiglio di amministrazione, del Consiglio fondativo la gestione quotidiana dell'attività sanitaria e non sanitaria, la responsabilità di intercettare contributi e finanziamenti necessari ad integrare le dotazioni di capitale pubblico trasferite dallo Stato o dalle Regioni. Poi anche sviluppare tutta una virtuosa attività di fund raising che normalmente le aziende esclusivamente in mano pubblica non riescono a sfruttare appieno.

La fondazione di partecipazione ha il pregio di sfruttare gli spazi di libertà normativa non riconosciuti ad una società, penso alle società in house o miste pubblico private e alle limitazioni previste già dal Codice civile, in più dal Decreto Madia. Mi riferisco a tutte le limitazioni che una società mista pubblico privata, a partire dal Decreto Bersani in avanti, deve

necessariamente tenere presenti. Una su tutte ad esempio la possibilità di dimettere a gara la quota per il socio operativo privato.

Vi è la possibilità di ampliare, all'interno degli organi direttivi, la presenza di figure di diversa estrazione: dai professionisti alle parti sociali, a liberi sostenitori quindi contributori economici, ai soggetti istituzionali e al partner privato. La fondazione beneficerebbe poi di tutta una serie di normative anche fiscali molto peculiari e più leggere in termini di oneri previsti rispetto ad una società, ad un soggetto costituito in forma societaria. Ha anche il pregio di sfruttare e di portare all'interno proprio il know how del privato, penso alla citata qua sopra applicazione del contratto di lavoro pubblico e alle risorse umane che operano all'interno della struttura ospedaliera. Si tratta di una forma ibrida molto flessibile in cui gli spazi di cooperazione possono essere modulati in maniera più adeguata alla realtà da affrontare.

L'ultima tipologia di esternalizzazione, di quadro attraverso cui il partner privato e il partner pubblico possono cooperare è il contratto di associazione in partecipazione. Si tratta di un rapporto di tipo contrattuale non istituzionale, in cui il privato assume la titolarità gestionale della struttura, il partner pubblico rimane con un ruolo di associato all'interno di questa forma imprenditoriale. Vi è una partecipazione agli utili e alle perdite d'impresa; vi è l'ulteriore fatto che la gestione del personale è trasferita interamente in capo al partner privato, che si assume l'onere dei rapporti di lavoro fra le parti.

L'ultima modalità che vedete su questa slide è infine la possibilità di settare un'operazione di partenariato in sanità attraverso forme di sponsorizzazione. È vero: la sponsorizzazione, leggendo l'articolo 180 ultimo comma del Codice che riepiloga le tipologie di partenariato, non è prettamente considerata una forma di partenariato, quanto (se non ricordo male) è regolato dall'articolo 19 del Codice.

Tuttavia la sponsorizzazione può fungere ugualmente da ambito attraverso cui la collaborazione tra pubblico e privato si instaura e può essere virtuosamente applicata ad una struttura peculiare come la sanità. È vero, gli spazi di intervento possono essere minori rispetto a forme concessorie previste dall'articolo 180, ma tuttavia penso alla possibilità della

sponsorizzazione di poter essere concepita non solo e non necessariamente solo come sponsorizzazione di tipo finanziario, ma come sponsorizzazione di tipo tecnico.

Mi riferisco alla possibilità per uno sponsor di incaricare un terzo o di prestare direttamente lui - se è qualificato ai sensi degli articoli 83 e 84 del Codice - determinate attività in favore dell'azienda ospedaliera o della struttura sanitaria all'interno della quale interviene, in cambio dei classici benefici di visibilità o di ritorno dello sponsor. Non escludiamo che una sponsorizzazione possa essere anche a titolo gratuito, in termini di sponsorizzazione benefica.

Ora faccio ancora un passo in avanti partendo da questi tre aspetti che abbiamo appena visto, ossia queste tre forme di gestione di una struttura sanitaria in un rapporto partenariale. PPP e sanità si fondono inevitabilmente con le teorie di gestione aziendale, laddove le teorie di gestione aziendale ci portano ad una distinzione che richiama un po' la distinzione concettuale di partenariato pubblico privato della teoria fondamentale, ovvero di un partenariato di tipo contrattuale e di un partenariato di tipo istituzionale.

Ricordiamo che la distinzione era che nel partenariato istituzionalizzato vi è la presenza di una SPU della struttura societaria che ha la missione di assicurare la realizzazione dell'operazione e la gestione del servizio che fonde insieme partner pubblico e partner privato.

Nella prospettiva istituzionale invece i soggetti partecipanti alle operazioni sono legati da una semplice forma di tipo contrattuale, quindi un rapporto diretto e non mediato attraverso uno schermo societario. Pensiamo alla concessione. La teoria aziendale che più si fonda e più risulta adeguata nell'applicazione contestuale alla sanità è la prospettiva di tipo contrattualistico, perché si consentono di connotare i PPP sulla base delle caratteristiche dei diversi servizi sanitari che l'SPV andrà a prendere in gestione.

È necessario garantire che, con un'unica operazione, i servizi oggetto di gestione possano essere diversificati e in numero più alto che non un unico rapporto concessorio di un unico servizio. La prospettiva contrattualistica è quella più quella che ha interessato l'analisi perché, nell'ambito delle sperimentazioni gestionali in sanità, sono tantissimi gli esempi di esternalizzazione di servizi effettuati da aziende ospedaliere a concessionari o ad appaltatori. Pochissimi invece sono i casi in cui un unico soggetto strutturato abbia assunto nel suo

complesso l'insieme organizzato delle competenze e delle attività che istituzionalmente si svolgono all'interno della struttura ospedaliera, per le quali la stessa struttura ospedaliera è stata realizzata.

Abbiamo sperimentazioni gestionali in sanità che sono estese ai servizi accessori - ed è la forma più tipica come dicevamo - e a servizi e a sperimentazioni gestionali in sanità che sono estese o che si è prospettato di estendere anche ai servizi clinici, ossia ai servizi core. Il problema maggiore sta in una in una prospettiva di prerogative dell'amministrazione sanitaria rispetto al partner privato. Amministrazione che da un lato è molto restia a spogliarsi di attività proprie e da un lato fronteggia una resistenza abbastanza marcata da parte dell'utenza.

Effettivamente abbiamo assistito in questi giorni di epidemia da Covid a situazione in cui la sanità pubblica ha fronteggiato egregiamente l'emergenza, con un grado (almeno percepito) di soddisfazione abbastanza elevata da parte dei soggetti che si sono visti costretti a ricorrere a queste cure. Sicuramente un grado di soddisfazione maggiore e di affidabilità maggiore rispetto alle cure erogate da strutture o da operatori privati all'interno della struttura sanitaria.

Questo però è meno vero perché la diffidenza viene percepita più come la struttura ospedaliera a sé stante che non come le singole professionalità che vi operano. Proprio per questo il grado di soddisfazione della sanità pubblica spesso è associato al luogo e al tipo di professionalità che operano al suo interno e non tanto all'appartenenza pubblica o privata dell'operatore che ha erogato direttamente la prestazione.

Anticipo questo discorso: cambia molto la percezione di una prestazione clinica, sanitaria, core o non core, erogata all'interno di una struttura ospedaliera privata rispetto ad una di tipo pubblico.

Nell'andare a verificare gli aspetti più critici di queste sperimentazioni gestionali, i grandi punti dicevano di analisi sono da un lato le procedure amministrative per l'avvio dei PPP e dall'altro la gestione dei rapporti fra pubblico e amministrazione sanitaria e il privato. Riguardo all'aspetto di tipo formale e amministrativo le normative di interesse sono il nostro Codice dei contratti e le svariate disposizioni sia di carattere legislativo che regolamentare,

piuttosto che circolari ma anche normative sovranazionali che regolano la contabilizzazione dei PPP.

Normative che spesso spingono un'amministrazione a decidere o meno, secondo i propri spazi di bilancio e del proprio Patto di stabilità, ad operare attraverso queste forme. Per quanto riguarda le procedure amministrative per l'avvio del PPP, la procedimentalizzazione dell'articolo 183 riguardo alla finanza di progetto è stata molto razionalizzata, ma presenta ancora difficoltà di tipo attuativo per quanto riguarda gli skill personali del management amministrativo per impiantare una corretta operazione. Si parla soprattutto di skill economico finanziari piuttosto che dell'analisi della matrice dei rischi, tutti i singoli aspetti che sono già stati trattati e che vediamo già regolamentati all'interno del Codice.

Dall'altro lato calcolare e andare a verificare bene che l'operazione sia sostenibile ed economicamente vantaggiosa. Poi tra gli elementi critici e più marcatamente problematici che caratterizzano queste operazioni ci sono la gestione del personale, i fattori produttivi interessati dall'operazione e i costi di transazione.

Iniziamo dal personale. Come anticipato, quando si decide di avviare un'operazione di partenariato da un lato il manager sanitario pubblico spinge per queste forme di esternalizzazione, proprio per i motivi di cui sopra, ossia la possibilità di delegare ad un terzo privato e tutta la sfera più delicata di rapporti e di gestione del personale. Per far fronte a questi svantaggi, a queste negatività ma anche per recuperare sui costi spesso per la gestione dei servizi affidati in concessione il partner pubblico decide di ricorrere a personale di bassa qualificazione, o a forme contrattuali flessibili molto spinte. Soprattutto cerca di sfruttare ogni possibile spazio per limitare al massimo i vincoli normativi e gli ambiti di contrattazione sindacale. L'amministrazione ha un abbattimento dei costi di reclutamento e dei costi di gestione del personale e riesce a liberare anche spazio di bilancio, nelle competenze di bilancio destinate al ricambio ovvero al turn over del personale, dedicando una quota minore per queste spese.

Va considerato anche l'ambito dei cosiddetti fattori produttivi: con le esternalizzazioni si riescono a raggiungere forme di flessibilità sempre più spinte di organizzazione aziendale,

che una gestione di tipo pubblico non potrebbe conseguire in virtù degli stretti spazi normativi all'interno dei quali è costretta.

Vi è un efficientamento dei costi sostenuti per l'erogazione del servizio dovuto alla efficienza produttiva del partner privato. Infine un aumento della produttività del lavoro. Questi sono gli elementi che se da un lato possono spingere verso queste forme, dall'altro hanno dei risvolti di tipo negativo, ovvero forme di flessibilità sempre più spinte di organizzazione aziendale, il che significa raggiungere livelli di produttività molto alti, a detrimento della qualità del lavoro, spesso. Poi un innalzamento della efficienza produttiva assicurata dal privato esclusivamente a fronte di una elevata domanda di prestazione senza la quale questa alta efficienza produttiva non avrebbero ragione di essere di essere prestata.

Dobbiamo infine considerare i cosiddetti costi di transazione, che sono:

- a. le spese derivanti dalla procedura complessiva di outsourcing, quindi di esternalizzazione;
- b. la difficoltà di pianificare economicamente e finanziariamente l'operazione; sappiamo tutti benissimo quanto sia delicato e complesso andare a redigere un piano economico finanziario e quali sono le diverse figure professionali che devono essere sentite e interessate di un PEF, poiché si tratta di un elemento ad alto grado di interdisciplinarietà;
- c. i difetti della pianificazione e programmazione economico finanziaria iniziale.

Tra gli elementi che andremo a illustrare - i vantaggi e svantaggi di PPP in sanità - c'è proprio questo elemento strettamente attinente agli aspetti di management sanitario.

Facciamo un salto all'indietro e partiamo dai cosiddetti vantaggi del PPP. Quali sono i vantaggi del PPP tipico in sanità? Innanzitutto reperire risorse finanziarie libere sul mercato, capaci di integrare se non addirittura di sostituire quelle pubbliche. Il sistema della contabilità di queste operazioni che, in determinate situazioni, permetterebbero di contabilizzare off balance (fuori dal bilancio dell'amministrazione e considerate come spese di investimento), senza che impattino direttamente sul patto di stabilità interno.

Un altro vantaggio di un'operazione di PPP in sanità è che i PPP si caratterizzano per l'acqua indetta onnicomprensività del progetto di partenariato. Normalmente pensiamo ad un appalto di lavori, che è la realizzazione di un'opera in base al capitolato speciale e quindi il mio importo incide col costo stimato della realizzazione dell'opera. Nel PPP invece grazie al PEF si tengono insieme tutti gli elementi che costituiscono l'operazione lungo tutto l'arco del ciclo di vita dell'intervento. È un quadro di più ampio respiro rispetto ad un appalto classico, che tiene conto dei livelli di costo da sostenere inizialmente, nell'immediato, delle risorse di bilancio indispensabili per garantire il funzionamento dell'opera, del flusso di cassa lungo tutto il ciclo di vita dell'opera necessario a mantenere operativa l'opera e ad assicurare la manutenzione, oltre ai livelli di guadagno per il per il soggetto concessionario.

I benefici progettuali quali sono che il PPP in sanità ora è un'operazione di lungo termine, di lungo respiro e la possibilità di progettare con lungimiranza l'intervento garantisce la possibilità di buoni livelli di performance nell'attuazione del progetto, proprio perché, grazie alla minuziosa pianificazione preliminare, sia il progettista che l'amministrazione nella redazione del PEF devono tenere conto. Vi è una ripartizione dei rischi secondo i criteri e le direttive imposte dalla Direttiva 24 e dal Codice. Settare, quindi predisporre un'operazione di PPP implica la necessaria integrazione di competenze trasversali, quindi la possibilità di godere di best practice tra settore pubblico e privato. Poi vi è un'importantissima fase di monitoraggio da parte dei project management sui KPI di progetto e sulle milestone. Un monitoraggio molto attento in ogni fase del processo.

Veniamo alle parti dolenti. Innanzitutto lo svantaggio del PPP in sanità e che è implica che qualsivoglia difetto di capacità di programmatoria o di previsione progettuale impatti negativamente sulla realizzazione e sulla gestione dell'opera, con effetti spesso imprevedibili, che addirittura possono portare al fallimento dell'operazione stessa, alla sua riconsiderazione sia in termini di bilancio che amministrativi in forma di appalto classico. Queste sono le conclusioni che la Corte dei conti europea nel 2018 aveva espresso nella sua relazione sui PPP.

Poi una spinta personalizzazione purtroppo del progetto di partenariato e ancora una componente oggettiva che normalmente coinvolge in primis il fattore tempo e che è tale da

incidere negativamente. Pensiamo solamente nel caso del PPP sanitario alle tecnologie impiegate, ai macchinari, alla diagnostica, alla tipologia di strutture, alle forniture del materiale sanitario.

L'arco temporale di concessione che normalmente si sviluppa dai 25 anni in su e gioca spesso a sfavore dell'operazione, perché il rischio elevato di obsolescenza che la sanità presenta sotto ogni aspetto della sua strutturazione è tale da poter impattare negativamente, con diminuzioni della performance in termini economici e finanziari della gestione.

Poi l'altro aspetto che un PPP in sanità che normalmente contempla investimenti per svariate centinaia di milioni di euro, rappresenta di norma operazioni strutturate di grandi dimensioni, perché devono essere capaci di generare economie di scala, da un lato per sostenere e ammortizzare i costi iniziali e dall'altro per realizzare quei ritorni di investimento nel lungo periodo che normalmente tutti si attendono. Le dimensioni eccessive degli operatori coinvolti all'interno del progetto però spesso possono incidere negativamente sui rapporti interni. Spesso sul mercato presenti pochi operatori di grandi dimensioni che riuscirebbero a soddisfare insieme tutti i requisiti e le qualificazioni necessarie per avviare una operazione così complessa. Ora, il fattore dimensionale gioca da un lato negativamente, perché può sicuramente ridurre la concorrenza tra i pochi player di grandi dimensioni presenti sul mercato e quindi diminuire la credibilità e il ricorso a queste forme di partenariato.

Ora, superati e illustrati questi punti, quando parliamo di teorie aziendali applicate al PPP alla sanità ci dobbiamo porre nell'ottica di una considerazione che normalmente un imprenditore privato ed un amministratore pubblico si trovano a dover fare. Da un lato è indispensabile trovare misure di incentivazione all'attrazione di capitali che siano legate all'erogazione delle prestazioni, alla qualità delle stesse, al numero dei pazienti, quindi all'elemento cosiddetto di disponibilità alla domanda, in modo da giustificare l'accesso al sistema tariffario e, più specificamente, alla remunerazione delle singole prestazioni.

Significa che quello che si tende a fare è andare a misurare e a verificare gli spazi di estensione dell'intervento del privato anche negli ambiti classici di intervento pubblico, gli spazi in sanità. D'altro canto migliore sarà la prestazione sanitaria erogata dal privato internamente

ad una struttura ospedaliera pubblica ed i relativi standard quali-quantitativi, più pazienti saranno attratti.

Entriamo qui nel gioco della cosiddetta migrazione sanitaria, laddove una struttura ospedaliera che vede una fuga di pazienti che prediligono altre strutture ha una diminuzione del proprio budget sanitario per numero di prestazioni erogate, con il rischio di perdita di specializzazioni o di specialisti al proprio interno. Questo perché i numeri di soglia minimi di prestazione non vengono garantite e quant'altro.

Più pazienti determinano l'aumento della quantità delle singole prestazioni per l'effetto della quantità della remunerazione del canone del corrispettivo dovuto al privato. La teoria aziendale vorrebbe cercare una forma di coniugazione, vorrebbe coniugare questi due aspetti, cioè portare la teoria complessiva della sostenibilità di un'operazione di partenariato pubblico, il mio riferimento è al libro verde della Commissione del 2004 sul trattamento contabile dei PPP. Ricordiamoci il famoso trasferimento dei tre rischi complessivi, ovvero il rischio di costruzione e ad almeno uno dei due rischi tra disponibilità e domanda.

Ora la teoria aziendale cercherebbe di coniugare l'aspetto quali-quantitativo e la remunerazione attraverso le prestazioni. Il punto di aggancio è stato teorizzato attraverso il ricorso alla ai DRG cioè è allo strumento utilizzato nell'ambito sanitario nazionale per calcolare la remunerazione per singola prestazione sanitaria erogata all'interno della struttura.

Laddove dovessimo considerare la possibilità di una struttura ospedaliera come opera tiepida o calda, in cui anche le singole prestazioni sanitarie nei confronti dell'utenza sono erogate da medici privati - mettiamola così - quindi contrattualizzati dal partner privato, sempre sotto l'egida del controllo pubblico, nel quale sistema il privato verrebbe remunerato accedendo direttamente in quota parte al sistema tariffario attualmente pubblico, potrebbe passare attraverso questa forma. Mi riferisco ad un DRG, che non è altro che un sistema di classificazione internazionalmente riconosciuto (applicato anche in Italia) di malattie, procedure diagnostiche, terapeutiche e di suddivisione in migliaia di voci di tutte le componenti che possono costituire una prestazione sanitaria erogata nei confronti di un paziente.

Dicevo che il riferimento è ai DRG e la remunerazione delle singole prestazioni sanitarie quindi è determinata dal sistema DRG che raggruppa - per ciascuna specialistica o prestazione - l'insieme delle singole componenti del DRG, andando ad attribuire un valore economico a quella singola prestazione come somma delle singole voci di DRG.

Il DRG è sempre stato utilizzato - e questa è una premessa doverosa - in maniera molto attenta e peculiare, perché il DRG, ancorché sia un sistema di classificazione, spesso nella singola prestazione concreta erogata da un sanitario è suscettibile di variazioni. Pensiamo alla qualità di prestazioni sanitarie erogate in una struttura piuttosto che in un'altra; alla esperienza o alla professionalità di un sanitario che, per un determinato accertamento, ritiene indispensabile un esame in più o un esame in meno. Sono tutti fattori che possono incidere sulla componente di remunerazione della singola prestazione, atteso che i singoli DRG interni potrebbero essere leggermente diversificati.

L'attribuzione di un DRG a ogni paziente dimesso dalla struttura sanitaria consente pertanto di attribuire un costo a ogni singolo ricovero. Il DRG deve essere in qualche modo opportunamente corretto, come abbiamo capito in seguito a questo brevissimo esempio che vi ho fatto. I correttivi ai DRG sono sostanzialmente i LEA, i cosiddetti "livelli essenziali di assistenza", che introducono forme omogenee comuni per livello territoriale delle prestazioni da erogare e delle linee guida.

In pratica essenzialmente vanno a contemplare le cosiddette misure di appropriatezza o non appropriatezza di una determinata prestazione; attraverso questa DRG con applicato un livello di correzione determinato dal LEA si può considerare questo sistema come un buon punto di partenza per prospettare una forma di partenariato estesa anche ai servizi clinici tipicamente riservati alla pubblica amministrazione. Questo per rendere la struttura ospedaliera, l'ospedale formalmente di proprietà pubblica ma i cui servizi sono erogati in maniera privatistica, direttamente all'interno dell'ospedale.

Ora, la tariffa per singolo DRG è un buon elemento perché il DRG ha un carattere di remunerazione omnicomprensivo, i servizi dal privato attraverso questa modalità di remunerazione diventano, nell'ambito della cosiddetta teoria aziendale, fattori produttivi che

contribuiscono al calcolo della performance aziendale nel suo complesso, perciò alla possibilità per il management dell'azienda sanitaria pubblica di verificare l'andamento reale della performance ospedaliera, quindi aziendale.

Il concetto è questo: migliore è la performance gestita dal privato, più velocemente sono remunerati i costi sostenuti dall'azienda, maggiore è la possibilità che il paziente o il soggetto pubblico sia disposto a sostenere spese per un servizio clinico più efficiente ed efficace.

Vuol dire che, essendo correlato il DRG alla prestazione, dunque alla tariffazione pubblica della prestazione, la maggiore efficienza spinge a un maggior numero di prestazioni e un maggior numero di prestazioni significa alimentare una remunerazione, un flusso di cassa virtuoso all'interno anche di un ambito così peculiare come quello dei servizi clinici di un ospedale.

Questo sistema deve fronteggiare una serie inevitabile di resistenze. Quello che vi ho appena detto è riassunto all'interno di questa slide, dove abbiamo i due concetti di payment by result e money for (inc.). Sono che dovrebbero essere applicati al caso di un PPP in sanità, attraverso un sistema premiale per fattori produttivi che contribuiscano ad aumentare da un lato la competitività dell'azienda sanitaria nel mercato del sistema sanitario, al fine di attrarre un maggior numero di pazienti ed erogare un maggior numero di prestazioni. Si andrebbe così a sviluppare questo aspetto virtuoso.

Quello che vi ho anticipato prima è sintetizzato all'interno di questa slide: gli elementi tipici del PPP sono quelli della quota di contributo pubblico sul totale delle spese di costruzione di investimento, fino a quanto e dove la pubblica amministrazione si può spingere per supportare il privato; gli elementi di progettazione dell'intervento e le tempistiche; il valore del contratto, ovvero il cash flow e la remunerazione dell'investimento.

Dall'altro lato della bilancia ci sono le criticità: i cronoprogrammi troppo lunghi o incerti spesso sono forieri di problemi legati all'obsolescenza delle risorse; spesso un orizzonte temporale molto lungo (richiesto però inevitabilmente dai PPP) non consente una convenienza delle risorse reperite sul mercato; spesso un'operazione è soggetta a indirizzi altalenanti degli

organi decisionali. Purtroppo il cosiddetto *rischio normativo* di normative sopravvenute e della mutevolezza della del nostro panorama normativo incidono sensibilmente su questo aspetto.

Ancora forse un'immaturità del modello di trasferimento del rischio presente nelle esperienze della pubblica amministrazione, che ancora non ha sviluppato agli skill necessari per un'attenta e puntuale regolamentazione dei rapporti fra pubblico e privato. Spesso c'è anche una scarsa tendenza all'innovazione e alla collaborazione tra privati e PA, da un lato dovuta a resistenze di carattere burocratico amministrativo forse, dall'altro dalla necessità di massimizzare il profitto e le risorse strumentali esistenti.

Il perimetro delle criticità crea una percezione del PPP in sanità come modello antisociale, è quello che vi dicevo inizialmente: la prospettiva per un paziente di essere curato all'interno di una struttura pubblica gestita da un privato, probabilmente non sarebbe tra le più appetibili. La percezione potrebbe mutare in positivo quando il servizio che il privato riceve sotto forma di servizi e assistenza all'interno dell'ospedale privato non è noto se sia erogato da un operatore (poniamo) sanitario o infermieristico che sia contrattualizzato da un soggetto terzo, quindi sia frutto di una esternalizzazione, di un outsourcing oppure o.

Sorvolo gli ultimi aspetti di contabilizzazione dei PPP perché sono andato molto avanti nella norma. La contabilizzazione dei PPP segue i principi introdotti dalla SEC 2010, dalla normativa di bilancio comunitario e dal manuale sull'indebitamento 2016 prodotto ed emanato dalla (inc.), che è un Centro di ricerca tecnica della Banca europea degli investimenti.

La *summa divisio* è derivante dalla necessità di poter mettere fuori bilancio, o contabilizzare a bilancio le spese sostenute - in conto investimento o meno - per la realizzazione di queste infrastrutture sanitarie, o di queste operazioni in PPP. Nel caso delle strutture ospedaliere in cui vi è contribuzione pubblica fino al 49% complessivo in quanto opere fredde, ci troviamo necessariamente nella contabilizzazione di *on balance*. Ossia la spesa sostenuta dall'amministrazione è interamente riportata in bilancio, quindi i canoni per lo sfruttamento della dell'operazione partenariale, dunque i canoni erogati nei confronti del privato, o il prezzo del contributo iniziale erogato sono tutti i costi in conto economico, quindi non per spese di investimento.

La prospettiva come sopra illustrata, laddove dovessimo andare a considerare l'ospedale non più come opera fredda tout court, è sempre quella mano a mano di spostare questa collocazione del PPP in sanità da on balance verso off balance, in modo tale da poter alleggerire ancor di più l'impatto in bilancio di queste operazioni.

Negli ultimi istanti - prima di passare gli ultimi cinque minuti della lezione a rispondere alle vostre eventuali domande - a illustrare il case study che conosco abbastanza bene, avendo svolto attività di consulenza su alcuni dei profili che hanno interessato questa operazione di PPP. Io evidenzierò mano a mano i punti nevralgici di interesse e di criticità.

Si tratta della concessione di costruzione e gestione di una struttura ospedaliera in Campania a Napoli, partita ormai molti anni fa e che oggi vede la struttura pienamente operativa e funzionante, direi quasi interamente. Una breve illustrazione del quadro: si trattava di un intervento di costruzione di un nuovo ospedale in sostituzione di quattro vecchi nosocomi da dismettere, collocati in posizione non conveniente all'interno del centro cittadino, al fine di creare un'unica struttura più efficiente, che potesse accomunare tutte le diverse specialistiche dei nosocomi in dismissione.

Nell'ambito di questo grandissimo piano di ristrutturazione edilizia sanitaria il progetto preliminare sviluppato dall'azienda sanitaria veniva approvato per un importo molto rilevante, parliamo di un'operazione partita agli inizi degli anni 2000, pari a circa € 200 milioni. Si parla di una concessione di costruzione e gestione disciplinata dalla Legge 109/94 (la Merloni), che prevedeva la realizzazione e la progettazione definitiva ed esecutiva in capo al concessionario, le attività di esproprio con erogazione delle indennità, la costruzione del plesso ospedaliero, l'acquisizione e la fornitura delle apparecchiature elettromedicali e degli arredi, infine la gestione tecnica, economica e funzionale dei servizi non sanitari, non core. Sono quelli che avevamo visto prima: manutenzione e gestione degli edifici, impianti, apparecchiature medicali, la pulizia, la sterilizzazione e quindi il lavanolo, le lavanderie, la raccolta e lo stoccaggio dei rifiuti, la fornitura di energia, mense, vigilanza, gestione ricettiva e infine gestione di un servizio alberghiero, di una galleria commerciale e di un parcheggio a servizio del progetto. Il progetto prevedeva, oltre agli edifici strettamente sanitari, questi tre spazi, questi tre immobili

destinati ad attività esclusivamente finalizzate a beneficio del privato e integrati all'uso dell'ospedale.

Come potete vedere il costo dell'investimento, pari a 187 milioni al lordo di Iva era un quadro economico iniziale abbastanza rilevante. Trattandosi di opera fissa il mix di fondi risultava con impegno finanziario coperto al 56% da un mix di fondi statali rivenienti da fondi CIPE, fondi regionali e fondi per l'edilizia ospedaliera; da un 43% da fondi dei promotori privati, per € 91 milioni, quindi molto rilevanti. Nella prospettiva dell'attuale Codice questa tipologia di riparto finanziario non sarebbe più consentita e ammessa, posto che l'attuale limite massimo almeno nominale è il 49% da Codice.

Ora, in dipendenza già la sottoscrizione del contratto con il concessionario, il fabbisogno finanziario dell'opera è subito stato rideterminato in € 210 milioni, di cui autorizzati per lavori € 128. Una diminuzione del valore dell'opera che è indice di due cose: la prima è forse una non completa verifica e analisi dei fabbisogni iniziali dell'opera e dunque del complessivo investimento. Dall'altro la diminuzione del vallo del fabbisogno finanziario dell'opera comporta una diminuzione dei margini di utile e quindi del margine imprenditoriale che il concessionario aveva prospettato nell'arco concessorio dei 30 anni previsti da questa concessione.

Viene costituita una SPV dal raggruppamento aggiudicatario della concessione, la quale SPV subentra immediatamente nel rapporto concessorio ai fini della realizzazione e della gestione dell'opera. Il prezzo della concessione erogato per la percentuale dei lavori delle forniture a carico del concedente in base agli stati di avanzamento viene determinato in € 119 milioni comprensivo di Iva, oltre alle spese tecniche di consulenza sostenute dalla PA fino a un massimo di 750.000 €.

C'è già un primo sensibile impatto perché si perdono € 10 milioni, come potete vedere dal quadro economico iniziale, nell'ambito del prezzo della concessione. La prima fase della concessione di costruzione e gestione è la fase di progettazione, che spettava al privato nei livelli di progettazione definitiva ed esecutiva. Nel 2004 il privato provvede a trasmettere il progetto definitivo all'azienda sanitaria, su tale progetto definitivo l'azienda chiede subito

integrazioni e approfondimenti, rimodulazioni e precisazioni in presenza di significative carenze, per una non corrispondenza con le normative vigenti.

Da cronoprogramma il 22 dicembre era il termine previsto per la redazione della progettazione definitiva, ossia 60 giorni dalla stipula della concessione. Abbiamo già un primo slittamento della realizzazione dovuto a questo motivo. La consegna della prima revisione progettuale viene messa in atto 191 giorni dopo il termine di consegna del progetto definitivo, quindi già con un incremento del 218% del tempo programmato. Si indice la conferenza dei servizi per l'approvazione del progetto.

A dicembre 2020 partner privato e partner pubblico corrono ai ripari addivenendo alla sottoscrizione di un atto ricognitivo, nel quale concessionario e concedente si fanno reciproche concessioni in termini contrattuali, per regolare e disciplinare una serie di spazi che l'originaria convenzione posta a base gara e quindi stipulata non prevedeva. Tutto questo è frutto delle modifiche intervenute a seguito della revisione progettuale della conferenza dei servizi.

Dopo questa variazione l'importo complessivo dell'investimento indicato nell'elaborato relativo al piano finanziario è di € 187 milioni; secondo la disposizione contrattuale originaria la progettazione esecutiva avrebbe dovuto essere completata entro il dicembre 2004, ossia a 60 giorni dalla stipula della concessione. Tuttavia nell'atto ricognitivo stipulato nel 2005 la consegna dei lavori è slittata al 2006, quindi ulteriore slittamento. Con l'approvazione del progetto esecutivo l'importo complessivo dell'intervento viene rideterminato ancora una volta in € 209 milioni.

Passiamo da una fase di € 210, a € 119 a € 209 milioni. L'atto ricognitivo che viene stipulato - che potete vedere rappresentato sinteticamente - non è altro che un'integrazione alla concessione che va a regolare tutti gli aspetti che oggi (per fortuna) sono precisamente contemplati nell'ambito dello schema di concessione di PPP che è stato adottato l'anno scorso dalla RGS che è disponibile. Va a contemplare tutta una serie di elementi: dagli aspetti relativi al corrispettivo banalmente, alla possibilità di riequilibrio del piano economico finanziario, alle rimodulazioni delle tariffe lungo il ciclo di vita dell'opera dovute a eventi relativi alla gestione del servizio, ai criteri di aggiornamento delle tariffe.

Sono tutti elementi che rendono il contratto, la convenzione di concessione originariamente stipulata giuridicamente non corretta. Nell'ambito dell'atto ricognitivo riconosciamo l'inserimento di nuove condizioni relativamente alla gestione dell'opera e alla regolamentazione di aspetti inerenti la gestione del futuro servizio non disciplinati in alcun atto a base di gara.

Si tratta di elementi ognuno dei quali è suscettibile di incidere molto direttamente e sensibilmente sugli equilibri di bilancio dell'intera operazione. Parliamo per esempio:

- della proroga della concessione per un tempo pari al tempo eventuale di ritardo nella redazione del verbale di ultimazione dei lavori,
- della previsione dell'introduzione di un limite massimo di penale nel caso di indisponibilità delle apparecchiature elettromedicali che il concessionario avrebbe dovuto garantire,
- dell'integrazione di specifici casi di risoluzione per fatto della concessionaria, o per fatto del concedente,
- del diritto di riequilibrio del PEF nel caso di proroga del termine di durata della concessione.

Si tratta di tutti gli elementi che oggi per fortuna devono essere decisi a monte, ex ante, sui quali il partner privato non ha margine di negoziazione. Qui la timeline purtroppo non si vede, provo a verificare se riesco a farvela vedere, no dal PPT originale. In realtà questa è una timeline che copre il periodo 2005/2009. Nonostante le difficoltà progettuali i lavori vengono consegnati, in corso di realizzazione dell'opera si materializzano due problemi principali, emergono due problematiche. Innanzitutto il committente chiede – aperto il cantiere - una serie di correttivi alle opere da realizzare che necessitano di modifiche funzionali e varianti; oltre a quelle che - sosteneva il committente - sarebbero state previste dalla conferenza dei servizi del 2005 che non sarebbero state accolte dal progettista, quindi dal concessionario nel progetto.

Viene sottoscritto un atto di sottomissione, poiché queste modifiche funzionali e adeguamenti contemplavano un maggiore fabbisogno finanziario. Si redige una perizia di variante di circa e 10 milioni, ovviamente con la concessione di una tempistica in aumento per la realizzazione. Dal 2006 passiamo al 2009.

Il committente contesta ulteriormente al costruttore di non aver recepito nella realizzazione le varianti prescritte dalla conferenza dei servizi del 2005 e decide di sospendere la realizzazione del plesso ospedaliero, concedendo una proroga di 122 giorni per le modifiche conseguenti e per la ripartenza.

In questo frangente l'amministrazione sanitaria effettua un'ulteriore richiesta di modifiche per la richiesta di adeguamento alle sopravvenute previsioni di legge regionale e nazionale, nonché per le stringenti misure imposte dal piano di rientro dal debito sanitario della Regione, che nel frattempo era stata commissariata. La concessionaria nel 2009 decide di avvalersi della clausola risolutiva espressa da convenzione da atto ricognitivo, addebitando la responsabilità per colpa all'amministrazione e sospendendo unilateralmente i lavori di completamento.

A seguito di questa prima risoluzione l'amministrazione agisce in tutta risposta con una risoluzione per colpa nei confronti dell'amministratore per aver sospeso illegittimamente i lavori e per non aver adeguato il progetto alle varianti richieste. Questa è la timeline, questo è un velocissimo riepilogo dell'andamento dello sviluppo di questa operazione di partenariato, a partire dal contratto, una sovrapposizione con l'atto ricognitivo. Infine la partenza dell'esecuzione dell'opera con l'interruzione nel 2009.

Al momento della doppia risoluzione la percentuale delle opere previste in concessione eseguite al momento dell'interruzione era la seguente. Andiamo a verificare che c'era un buonissimo grado di realizzazione per quanto riguardava l'albergo, il sovrappasso degli impianti, una realizzazione delle opere strutturali pari più o meno la metà del completamento dell'opera.

Tra i motivi che hanno spinto il concessionario da un lato a risolvere e dall'altro la concedente a richiedere necessariamente le modifiche c'è quello che vuole che la struttura

ospedaliera è passata dalla veste giuridica di presidio ospedaliero a quello di azienda ospedaliera di rilievo nazionale. Ciò comporta un set di caratteristiche sanitarie molto diverse e più complesse rispetto al normale presidio ospedaliero. Compreso l'innalzamento dei posti letto delle discipline mediche originariamente previsti.

Si bloccano i lavori, si entra in contenzioso, viene nominato un gruppo di esperti dell'allora esistente Unità tecnica di finanza pubblica espressa nel 2015, adesso fatta convergere nel DIPE della Presidenza del Consiglio. Gli esperti sono stati incaricati di verificare l'operazione sotto il punto di vista della sostenibilità economico finanziaria, con la finalità di superare il contenzioso in atto.

I punti di analisi hanno riguardato il PEF come documento cuore di ogni operazione di partenariato, andando ad analizzare il PEF gara con il PEF offerto in sede di gara. Mettiamola così: il PEF atto di gara, quindi posto a base di gara, il PEF offerto dalla concessionaria e il PEF all'esito della prima modifica a seguito dell'atto ricognitivo. Si è comparato lo schema di contratto di gara con il contratto effettivamente stipulato e con l'atto ricognitivo del 2005.

Le criticità rilevate dalla UTFP sono analoghe a quelle che già il Ministero della salute, nell'ambito di un supporto fornito nell'istruttoria propedeutica al finanziamento aveva già rilevato. Quello che l'unità tecnica rileva è che vuoi l'offerta del partner privato, vuoi le conseguenze dell'atto ricognitivo e delle varianti, quindi queste variazioni successive al progetto, hanno finito per trasformare l'operazione.

Da una operazione nata cosiddetta (inc.) cioè un piano che non teneva conto, al netto, di tutti gli oneri di capitalizzazione degli interessi e di quant'altro, ad un piano (inc.) ossia di una strutturazione pesante che teneva conto del costo del capitale investito e acquisito dalla SPV, con una diversa modalità di coprire la capitalizzazione all'interno del bilancio dell'operazione.

Inoltre emerge che le risorse private che la SPV si era impegnata - tramite promotori - a versare nell'operazione non risultavano dettagliate nel PEF offerta, mentre erano dettagliate nell'atto ricognitivo. Venivano suddivise in € 20 milioni per mezzi propri e in € 90 milioni in finanziamenti bancari, quando inizialmente invece nel PEF l'offerta era € 90 milioni di risorse private. È palpabile la differenza di apporto di capitale privato (cioè effettivamente quello

presente nel (inc.) migliore) rispetto a un altro capitale di € 90 milioni – ingentissimo - tutto da reperire, a che costi non si sa.

Sono qui illustrate le diverse economics dei tre diversi PEF e delle diverse condizioni che portavano a ritenere la presenza di una insostenibilità dell'offerta. Vado avanti: succede che vengono analizzati anche gli atti di concessione, i quali erano tutti carenti della necessaria parte richiesta dalla normativa per allocare i rischi in capo al concedente. È vero, ci troviamo, *tempus regit actum*, in una normativa (quella della 109/94) che non prevedeva limitazioni di contribuzione pubblica nei confronti del privato e non prevedeva un trasferimento di rischi in capo al privato, nemmeno con l'utilizzo dei sistemi matrice del rischio, piuttosto che il PPP (inc.) eccetera.

In questi due slide sono descritti gli atti di concessione e i relativi elementi di criticità. Gli elementi di criticità identificati dall'UPFT sono sintetizzati in questi quattro punti:

1. la costituzione della SPV, dove la composizione sociale ha prevalentemente componenti del settore edilizia e carenza di soci operativi nella gestione dei servizi non core, invece oggetto di attività;
2. gli aspetti finanziari, quindi la debolezza intrinseca del PEF;
3. il riparto dei rischi e il sistema di penali tutti a vantaggio del privato, o comunque difficilmente applicabili;
4. infine il costo ritenuto eccessivo per posto letto rispetto alla media nazionale.

Si arrivò poi, ai fini di sbloccare la situazione, ad un'ipotesi di transazione con il concessionario che venne vagliata secondo diversi gradi di approfondimento, alla fine si optò per una transazione di compromesso. Nello specifico, a seguito della transazione - in cui sono intervenute con proprio parere sia l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici che l'Avvocatura dello Stato - il quadro economico venne alzato e rideterminato in € 237 milioni. Un intervento che va a modificare molto il quadro economico iniziale.

Uno per tutto: perché l'iniziale concessione di costruzione e gestione diventa di fatto un semplice appalto di costruzione ordinario di lavori di costruzione dell'ospedale. Come

potete vedere il passaggio delle apparecchiature ed arredi viene completato di qualche fornitura ed arredo. La gestione dei servizi sanitari non core eccetera verrà gestita (a seguito della transazione) dalla AL che si incaricherà poi di stabilizzare questi servizi attraverso gare.

L'operazione si chiude con un costo più elevato del costo iniziale di investimento prospettato di ben € 26 milioni. Nel nuovo costo vi sono esclusivamente i costi di struttura, quindi di infrastruttura dell'ospedale e non di gestione dei servizi.

Questa timeline dà atto di quello che è successo dopo la transazione: ad ottobre 2012 viene sottoscritto l'atto transattivo, fino ad arrivare al 2016, data di completamento del complesso ospedaliero con funzionalizzazione dei primi servizi sanità.

Io interrompo qui la presentazione e cerco di dare risposta alle domande che mi sono state poste in chat. Sono arrivate quattro domande.

La prima domanda: *“Quali sono gli indici che ci dicono che nell'operazione di PPP vi è un'adeguata remunerazione per l'operatore privato, né troppo alta né troppo bassa?”*.

Secondo le teorie elaborate dalla dottrina e soprattutto in tema di aspetto economico finanziario dell'operazione di PP sono date dall'applicazione sempre dei valori di value for money e di public sector comparator. Non si tratta altro che di andare a verificare il beneficio, in termini finanziari derivanti dalla pubblica amministrazione, del ricorso all'operazione di PPP. Si tratta di procedure che sono diventati obbligatorie a livello di istruttoria per la PA prima di bandire una gara per la concessione di una finanza di progetto per esempio, come previsto dall'articolo 181 del Codice.

Il concetto è quello di andare a verificare i rischi trasferibili che sono connessi alla costruzione e alla gestione dell'opera; il rischio come abbiamo detto cosiddetto di transazione, ossia un rischio trattenuto che non può essere trasferito al privato e i costi operativi diretti ed indiretti che l'amministrazione sostiene per realizzare l'operazione.

Gli indici sono quelli classici della public sector comparator e del value for money. Se andiamo a considerare la duplice distinzione fra la sostenibilità economica e la convenienza, gli indici sono innanzitutto la collocazione territoriale della struttura ospedaliera; il tipo di

specialistiche che, nell'ambito della programmazione sanitaria territoriale, sono state dedicate a quel tipo di struttura.

Quando pensiamo alla costruzione di un ospedale dobbiamo andare a diversificare a seconda della struttura che si sta andando ad edificare: un conto è un piccolo presidio ospedaliero o di primo soccorso, un conto è un'azienda ospedaliera di rilievo nazionale, un policlinico ad esempio. Questi sono aspetti remunerativi che vanno tenuti in considerazione, perché il volume dei servizi non clinici che potrebbero essere esternalizzati cambia non solo nella quantità ma anche nell'utenza.

Seconda domanda: *“L'istruttoria di cui al 181 comma 3 - ossia l'istruttoria richiesta per l'analisi della domanda e dell'offerta a cui ho fatto riferimento - in caso di proposta spontanea la deve fare l'operatore all'interno degli atti che ci propone, o la deve fare comunque la PA in sede di valutazione della proposta?”.*

No la risposta è sempre quella, ossia la PA deve essere in grado di valutare la perseguibilità dell'operazione di PPP anche a fronte di una proposta autonoma - faccio il caso della 183 comma 15, quindi di una proposta non inserita negli strumenti di programmazione triennale - da parte del privato. La parte relativa al privato riguarda la strutturazione del PEF, quindi si limita a proporre un PEF, a proporre uno schema di convenzione e a dare una descrizione approfondita - come richiede il Codice - del sistema di gestione degli strumenti.

L'amministrazione, ricevuta questa proposta, a mio avviso in maniera del tutto proattiva dovrà comunque dare corso alle istruttorie del PPP test che vengono normalmente intese, per verificare se la sua volontà primigenia, se vi è innanzitutto un interesse pubblico sussistente alla realizzazione di quanto prospettato dal privato. Poi se, come controprova, nel quadro prospettato dallo stesso proponente vi sono i requisiti per cui l'operazione sia sostenibile da un punto di vista pubblico.

A mio avviso le operazioni devono essere fatte, perché il privato potrebbe trovare più conveniente proporre un PPP; dal punto di vista dei rapporti e delle situazioni in essere e di ciò che conterranno ovviamente, l'amministrazione potrebbe privilegiare - anche in termini di programmazione economica delle risorse in bilancio - semplicemente un mero appalto

piuttosto che la gestione. Affidando magari con un contratto di concessione i servizi non core, trovandosi una struttura ospedaliera magari finanziata con altri fondi.

Terza domanda: *“Nel contratto per strutturare adeguatamente l'operatività nell'articolo 165 comma 6 del Codice, occorre indicare tassativamente quali sono gli eventi che, se si verificano e comportano un'incidenza nell'equilibrio economico finanziario, ossia alterano di una certa percentuale l'indice di equilibrio, possono comportare la revisione? Oppure è meglio indicare che qualunque evento, basta che non sia riconducibile all'operatore privato, se incide nell'equilibrio, comportare la revisione?. Ma se la risposta esatta è quest'ultima, non rischia il nostro PPP di esser equivalente all'appalto?”.*

Esatto! No, è esattamente questo il punto. Nell'ambito della disciplina delle eventualità negative che il PEF, o meglio la convenzione deve tenere in considerazione ai fini di un riequilibrio del PEF, vanno tenuti in considerazione i cosiddetti spazi della matrice di rischio, che l'ANAC tanto ci impone di andare a valutare, ma che effettivamente ha una sua logica di tipo tutelante, proprio per questa ragione. Ossia:

- va identificato il tipo di rischio, che possono essere anche i rischi dal lato pubblico;
- va quantificata la probabilità del verificarsi del rischio;
- vanno prospettati i maggiori costi e/o i ritardi associati al verificarsi del rischio;
- vanno analizzati gli strumenti per l'amministrazione di questi rischi e quali sono gli impatti sui costi e sulla probabilità di verificarsi del rischio;
- vanno bilanciati economicamente i rischi a carico del pubblico e a carico del privato;
- vanno inseriti all'interno di un articolo, o comunque nell'articolato della convenzione che identifica e disciplina i rischi.

Una clausola che in maniera generica si limita a prevedere un riequilibrio del PEF a fronte di eventi imprevedibili eccetera, spesso può essere utilizzata anche come arma a doppio

taglio contro la stessa amministrazione, perché l'amministrazione potrebbe trovarsi nella difficoltà di non riuscire a contenere le pretese di riequilibrio richieste dal privato a fronte di un indeterminato evento, o comunque di un intervento inizialmente non contemplato ma di cui l'amministrazione tassativamente ne esclude l'operatività. È preferibile stabilire ex ante le regole del gioco.

L'ultima domanda attiene invece mi chiede: *“In una operazione di proposta spontanea di PPP di servizi, in cui però vi è la presenza di lavori accessori, se il proponente non si trova ad avere i requisiti di qualificazione per eseguire i lavori, può dichiarare che procederà a subappaltarli a soggetti aventi i requisiti di qualificazione, oppure necessariamente deve fare ATI con il soggetto che ha i requisiti di qualificazione per i lavori, o ricorrere ad avvalimento?”*.

Prima parte della domanda: questo dipende da come viene strutturata la gara mi verrebbe da dire, perché una gara può essere strutturata come una concessione di servizi, con una quota accessoria di lavori. A quel punto si può prevedere anche un semplice requisito ex articolo 100 e il concessionario si impegna, si obbliga a far eseguire i lavori ad un soggetto in possesso dei requisiti di qualificazione. A quel punto non sarebbe necessario ricorrere nemmeno all'avvalimento, ma si tratterà di un dialogo in sede di cantiere fra il concessionario e la direzione dei lavori e il RUC che andranno a verificare il possesso dei requisiti richiesti già dal disciplinare di concessione all'operatore.

Diversamente, se la quota lavori ha invece una sua autonoma rilevanza si potrebbe prospettare l'ipotesi di una concessione mista servizi /lavori; a quel punto le opzioni si aprono, perché essendo una prestazione secondaria d'appalto l'operatore, a prescindere dalla forma di costituzione, deve essere direttamente responsabile dell'esecuzione anche dei lavori. Pertanto le forme da privilegiare potrebbero essere alternativamente l'ATI piuttosto che un subappalto necessario e qualificante, piuttosto che un avvalimento di tipo tecnico.

La seconda parte della domanda è la ripetizione della stessa. Io, se non vi sono altre domande, chiuderei qui in estremo ritardo rispetto a quanto programmato. Direi che possiamo salutarci, vi ringrazio dell'attenzione e della partecipazione. Ringrazio ancora Upel per questa bellissima opportunità. Un saluto a tutti gli uditori, buona giornata.

Il Partenariato Pubblico Privato e l'edilizia ospedaliera

12 – 19 – 26 maggio 2020

FAQ

1. D: Quali sono le macro differenze tra il partenariato e le concessioni?

R: Il partenariato pubblico privato (PPP) è una categoria che racchiude diverse tipologie di contratti pubblici (ad esempio, locazione finanziaria, contratto di disponibilità), tra cui anche le concessioni. Quindi, la concessione è un tipo di contratto di PPP.

2. D: Sul comma 4 dell'art. 180. il problema è che l'operatore economico con cui si confronta la P.A: è spesso costituito da 3 soggetti distinti, seppur inizialmente partecipanti in RTI (realizzatore, finanziatore e gestore) ma che poi, nei fatti, si sganciano l'uno dall'altro ed il canone viene in realtà corrisposto al finanziatore, ad una banca, presso la quale la PA è "debole", come ridurre il canone se viene meno parzialmente la disponibilità del bene (impianto sportivo) come è successo in questi mesi?

R: La riduzione del canone riconosciuto dall'amministrazione nell'ambito di un contratto di PPP dipende dalle previsioni contrattuali delineate nel contratto stesso. Occorre poi considerare che la riduzione del canone prevista dall'art. 180, comma 4, del D. Lgs. n. 50/2016 dipende dalla ridotta disponibilità del bene per ragioni che dipendono dall'operatore privato (sia esso singolo o raggruppamento). Le ipotesi di riduzione dell'utilizzo per circostanze simili a quelle intervenute in ragione dell'emergenza da

Covid-19 non rientrano tra quelle che dovrebbero consentire una riduzione del canone, risultando ipotesi di forza maggiore che esulano dall'ambito di controllo dell'operatore privato. Piuttosto, situazioni analoghe a quella citata possono dare adito ad una rinegoziazione finalizzata all'individuazione di un nuovo equilibrio economico finanziario.

- 3. D: Per l'art. 181, l'amministrazione deve porre a gara un progetto definitivo. Si tratta di una norma che supera la previsione dell'art. 183 (che ammette di avviare una gara sulla base di un progetto di fattibilità)? Come può l'offerta dell'operatore economico essere costituita da un progetto definitivo, dato che proprio un progetto definitivo viene posto a base di gara? Il progetto del concorrente sostituisce quello dell'amministrazione? Oppure, in tal caso, occorre richiedere in gara la presentazione di un progetto esecutivo?**

R: Il rapporto tra l'art. 181 e i successivi peccano di coordinamento. In effetti, gli artt. 183, 187 e 188 consentono la possibilità di attivazione di un rapporto di partenariato pubblico privato anche ponendo a base di gara un progetto di fattibilità tecnico-economica.

Dato che le disposizione in questione sono comunque vigente, occorre coordinarle. A questo proposito, occorre considerar che l'art. 181 pone una norma di carattere generale, mentre l'art. 183 del D. Lgs. n. 50/2016, così come l'art. 187 e l'art. 188 prevedono una disciplina specifica dedicata al *project financing*, alla locazione finanziaria e al contratto di disponibilità. Dato che il numero di contratti di partenariato pubblico privato non è chiuso (si veda il comma 8 dell'art. 180), nel caso in cui un'operazione di PPP non rientri in nessuna delle previsioni dell'art. 183, 187 e 188, il progetto da porre a base di gara è il progetto definitivo, come richiesto dall'art. 181.

- 4. D: Nel ppp non si può mettere a base di gara un progetto di fattibilità tecnico economica e ricevere il progetto definitivo in sede di gara?**

R: Nel caso di *project financing* ad iniziativa pubblica è ammessa la possibilità di porre a base di gara un progetto di fattibilità tecnico-economica.

5. D: Quali concessioni di servizi sono escluse dal codice?

R: Per effetto del recepimento della direttiva 23/2014, anche le concessioni di servizi, che abbiano le caratteristiche previste dall'art. 3, comma 1, lett. vv), del D. Lgs. n. 50/2016, sono incluse nell'ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici. Sono dunque escluse quelle concessioni relative a situazioni e ambiti esclusi dall'applicazione oggettiva del Codice dei contratti pubblici.

6. D: Nel contratto di disponibilità, quali sono i rischi a carico della PA e dell'operatore?

R: Il contratto di disponibilità, al pari di tutti i contratti di PPP, deve determinare il trasferimento, in capo al privato, di almeno due rischi tra quelli di costruzione, disponibilità e domanda. Nel contratto di disponibilità, il rischio di domanda è in genere inesistente, posto che si tratta di un contratto pensato per la realizzazione di opere sociali (o opere fredde). Dunque, nel contratto di disponibilità devono essere trasferiti al privato il rischio di costruzione ed il rischio di disponibilità. In capo alla P.A. restano quei rischi che esulano dalla sfera di controllo del privato (ad esempio, rischio di commissionamento, rischio normativo, rischio ambientale e/o archeologico, nelle ipotesi in cui questo non dipenda dal privato).

7. D: Come può la P.A. ipotizzare un piano economico finanziario da mettere a gara se non conosce la struttura economica dei potenziali concorrenti?

R: La determinazione del piano economico finanziario non dipende tanto della struttura economica dei concorrenti, ma dal progetto. In ogni caso, sono diversi gli strumenti utilizzabili, a seconda delle specifiche esigenze, per sondare il mercato in relazione ad una specifica operazione. Anzitutto, vi è la consultazione preliminare di mercato (art. 66). Vi è poi la disciplina del dialogo competitivo (art. 64), che consente la

progressiva formazione dell'oggetto e delle prestazioni su cui fare offerta oppure quella della procedura competitiva con negoziazione (art. 62), nei casi in cui ciò è ammesso.

8. D: Una eventuale proposta di contratto di disponibilità ricevuta dalla P.A. dovrebbe essere "messa a gara"?

R: La proposta può essere messa a gara se risulta fattibile e di pubblico interesse, ai sensi dell'art. 183, comma 15, del Codice dei contratti pubblici. Il fatto che sia stata presentata una proposta, non attribuisce al soggetto che l'ha avanzata alcun diritto a veder la stessa posta a gara. L'unico obbligo che la P.A. ha rispetto ad una proposta di PPP ad iniziativa privata è quello di dare riscontro all'operatore (nel termine di tre mesi previsto dall'art. 183, comma 15, del D. Lgs. n. 50/2016).

9. D: Come si rapporta il rischio di rientro nell'investimento nel leasing in costruendo.

R: Il rischio di rientro nell'investimento nel *leasing in costruendo* deve essere gestito tenendo conto del ruolo del finanziatore che, in genere, è presente direttamente nella compagine privata sin dall'avvio della procedura. Tale rischio, dunque, deve essere gestito nell'ambito del rischio operativo, ricordando che gli istituti finanziari non possono assumere, in ragione della disciplina normativa di settore, rischi diversi da quello appunto del mancato rientro del finanziamento.

10. D: Nel leasing posso imputare tutte le spese di manutenzioni sia ordinarie che straordinarie all'operatore dato che permane a favore di quest'ultimo la proprietà del bene, imputando compiutamente al privato il rischio di disponibilità per tutta la durata del leasing?

R: Si è necessario (con la precisazione che il bene non resta in proprietà del soggetto costruttore/manutentore, ma del soggetto finanziatore). Diversamente, il rischio di disponibilità non verrebbe adeguatamente trasferito sull'operatore privato.

11. D: Un'errata valutazione di PPP può configurarsi come danno erariale?

R: È possibile, anche se si tratta di conseguenza non automatica. In effetti, occorre verificare caso per caso se sussistano tutti i presupposti perché possa configurarsi un'ipotesi di danno erariale.

12. D: Il rischio operativo va trasferito in tutto o anche solo in parte sul soggetto privato?

R: il trasferimento del rischio operativo è la base del PPP. Senza di esso non vi sarebbe un contratto di PPP, ma un appalto. La sua ripartizione non deve mai portare ad uno squilibrio che finisca per far ricadere ogni situazione non contemplata nel progetto a carico dell'amministrazione.

13. D: Quali sono i rapporti reciproci tra trasferimento del rischio e piano economico finanziario?

R: Il piano economico finanziario mette in evidenza lo sviluppo della singola operazione di PPP e, ad esempio, permettere di avere evidenza del fatto che rispetto ad alcune opere sia necessario l'intervento dell'Amministrazione, nei casi di domanda debole o inesistente. Oppure, in casi diversi, il piano economico finanziario consente di avere evidenza del trasferimento del rischio di domanda (ad esempio, pur in presenza di un'opera calda, il rischio di domanda potrebbe dirsi non adeguatamente trasferito ove dal PEF emerge la previsione di una contribuzione pubblica anche in normali condizioni di mercato).

14. Nel contratto, per strutturare adeguatamente l'operatività dell'articolo 165 comma 6 del D.Lgs. n. 50/2016, occorre indicare tassativamente quali sono gli eventi che, se si verificano e comportano una incidenza nell'equilibrio economico finanziario (ossia alterano di una certa percentuale gli indici di equilibrio, percentuale da stabilire giusto?) possono comportare la revisione, oppure è meglio indicare che qualunque

evento , basta che non sia riconducibile all'operatore privato, se incide nell'equilibrio, può comportare la revisione?

R: se la risposta esatta è questa ultima, non rischia il nostro PPP di essere equivalente all'appalto? I normali “eventi” contrattuali, quali ad esempio gli inadempimenti contrattuali da parte dell’operatore economico o le cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione/PPP, poiché insiti in ogni rapporto contrattuale pubblico. Le principali Linee Guida e documenti tecnici elaborati a livello nazionale e comunitario relativi alla costruzione di operazioni di concessione o di PPP mediante finanzia di progetto (solo per citarne alcuni: Linee Guida ANAC n. 9/2018, RGS-MEF “Schema di contratto standard di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in Partenariato Pubblico Privato” – 2018, EPEC “Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts” – 2013, etc.), suggeriscono di tenere in considerazione un livello di dettaglio il più approfondito possibile nella disciplina delle “esternalità” elencate nello schema di contratto/convenzione e dalle quali può dipendere la necessità di un riallineamento del PEF. Tra questi indici figurano tutti quelli che possono derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti (che, di norma, dipendono da “eventi economici” non gestibili o prevedibili con il normale grado di diligenza dal concessionario), ossia quelli di esposizione alle fluttuazioni del mercato (si pensi alle “bolle speculative”, a improvvise crisi di liquidità di un intero sistema paese, etc.), che tipicamente incidono sull’operatività economica o finanziaria dell’operazione (variazioni dell’importo dell’investimento o dei costi di costruzione, modifica della durata, variazione del sistema di circuito finanziario corrispettivi-spese, etc.). A questi possono aggiungersi altri fattori “oggettivi”, quali rischi “legislativi” (ovvero norme sopravvenute che incidono economicamente su termini e condizioni di realizzazione o gestione dell’opera o del servizio) o “amministrativi” (rischio autorizzatorio, etc.).

15. Quali sono gli indici che ci dicono che nella nostra operazione vi è una adeguata remunerazione?

R: Trattandosi di una operazione tecnico-finanziaria riconducibile alla forma dei PPP, si deve fare riferimento ai meccanismi tipici di istruttoria preventiva richiesti dall'articolo 181, co. 3 del D.Lgs. n. 50/2016 per i PPP (ricompresi nel cd. PPP Test: Value for Money – VfM, Public sector comparator – PSC, etc.), consigliato anche da ANAC nelle sue Linee Guida n. 9, approvate con Delibera del Consiglio dell'Autorità n. 318 del 28 marzo 2018. In generale, dunque, gli elementi sono quelli tradizionali che assicurano la sostenibilità dell'operazione e dell'equilibrio economico-finanziario, cui si accompagnano gli indici legati al volume di prestazioni rese dalla struttura presso la quale l'operazione di PPP vuole essere impiantata, ovvero alla tipologia delle prestazioni sanitarie che nella stessa struttura possono essere erogate, nonché, infine, al livello qualitativo (LEA) assicurato. Maggiori saranno questi indici (aspetto quali-quantitativo dell'offerta del SSN/SSR), maggiore è il volume attendibile della domanda (ossia di numero di utenti-clienti) che si prevede possano necessitare dei servizi messi a disposizione del partner privato che opera nella Struttura.

16. In una operazione di proposta spontanea di PPP di servizi, in cui però c'è anche la presenza di lavori accessori, se il proponente non ha i requisiti di qualificazione per eseguire i lavori, può dichiarare che procederà a subappaltarli a soggetti aventi i requisiti di qualificazione oppure necessariamente deve fare Ati con soggetto che ha i requisiti di qualificazione per i lavori o ricorrere ad avvalimento?

R: La risposta dipende in larga parte dalla modalità attraverso la quale la Stazione appaltante, una volta presa in esame la proposta, decide di strutturare la procedura di affidamento della concessione, essendo connessi i requisiti di qualificazione richiesti al proponente partner privato alle necessità tecniche che la P.A. intende soddisfare.

Di norma, secondo l'articolo 183, co. 17 del D.Lgs. n. 50/2016, che rinvia al co. 8 del medesimo articolo, sono ammessi alla procedura solo i soggetti in possesso dei

requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti (i.e. articoli 172).

Nulla esclude pertanto, sempre in relazione e nei limiti delle norme della singola lex specialis – che un proponente ai sensi dell'articolo 183, co. 15 del D.lgs. n. 50/2016 possa presentare una proposta dichiarando di usufruire, in alternativa, sia di un subappalto ex articolo 173 del D.Lgs. n. 50/2016 (quest'ultimo limitatamente ai casi di subappalto "cd. "qualificante"), sia di un avalimento.

Sia il subappalto che l'avalimento potranno essere "finalizzati" una volta che la proposta di intervento sia accettata dalla Stazione appaltante e sia bandita la relativa procedura.

- 17. *Che significato ha la disposizione contenuta nel comma 9 dell'articolo 31 del D.lgs. n. 50/2016 che dispone : E' vietata, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico-privato, l'attribuzione dei compiti di responsabile unico del procedimento, responsabile dei lavori, direttore dei lavori, di collaudatore allo stesso contraente generale o soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato o soggetti ad essi collegati? vuol dire che per esempio la direzione lavori deve essere svolta da un soggetto nominato dal Comune, magari a spese però dell'operatore privato?***

R: E' corretto. La disposizione ha carattere "cautelare preventivo", tesa ad evitare ogni possibile fenomeno di "Regulatory capture" (ossia la P.A. rappresentata dal RUP/D.L./ etc.) da parte del soggetto controllato (in questo caso il contraente generale o il concessionario di un PPP). Con riguardo al quesito, sulla falsa riga dell'articolo 194, co. 3, lett. b) del D.lgs. n. 50/2016, disposizione del Codice dei contratti che tiene conto dell'abrogazione della "Legge Obiettivo", la D.L. è nominata dal soggetto aggiudicatario: i relativi costi rimangono a carico del soggetto che effettua la nomina.

Ringraziamenti

Si ringraziano l'Avv. Prof. Maria Cristina Colombo, l'Avv. Mattia Casati e l'Avv. Marco Viggiani per il prezioso contributo che ha consentito la realizzazione del presente fascicolo.

Indice

	Il Partenariato Pubblico Privato e l'edilizia ospedaliera	
	1 ^a lezione	1
	<i>Avv. Prof. Maria Cristina Colombo</i>	
	2 ^a lezione	35
	<i>Avv. Mattia Casati</i>	
	3 ^a lezione	64
	<i>Avv. Marco Viggiani</i>	
	FAQ	100
	<i>Ringraziamenti</i>	108