

# I contratti di concessione e il Partenariato pubblico privato dopo il correttivo del Codice dei contratti pubblici

di Rosalba Cori e Ilaria Paradisi

“ Il decreto correttivo opera integrazioni e modifiche delle norme relative ai contratti di PPP volte sia ad incentivare il ricorso all'istituto sia a conferire una maggiore coerenza al sistema delle disposizioni in materia, con ciò semplificando anche l'attività interpretativa necessaria all'applicazione degli istituti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori economici. ”

## 1. Le principali modifiche del decreto correttivo del Codice alla disciplina delle concessioni

Le concessioni di lavori e servizi si caratterizzano, come noto, per la complessità dell'oggetto costituito dall'accorpamento di tutte le fasi di realizzazione di un progetto (c.d. *bundling*), e per la centralità, nell'economia della complessiva operazione, della fase di gestione dell'opera o del servizio. Ciò giustifica anche la complessità della strutturazione economica e del regolamento contrattuale di ogni singola operazione, nonché, in particolare per quanto riguarda le concessioni di lavori, la lunga durata del rapporto contrattuale, commisurata al periodo necessario ad ammortizzare l'investimento da parte del concessionario e a garantire la congrua remunerazione dell'investimento.

Il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (recante *Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*) non interviene sugli aspetti di base della disciplina dettata dalla Parte III del Codice dei contratti pubblici con riferimento a tale tipologia di contratti di PPP, tuttavia esso opera talune integrazioni e modifiche delle norme in questione volte sia ad incentivare il ricorso all'istituto sia a conferire una maggiore coerenza al sistema delle disposizioni in materia

di PPP, con ciò semplificando anche l'attività interpretativa necessaria all'applicazione degli istituti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori economici. In tal senso, il decreto correttivo, in primo luogo, interviene sulla definizione di concessione di lavori, di cui all'art. 3, comma 1, lett. *uu*) del Codice. Tale norma inizialmente definiva la concessione di lavori come “*contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere*”<sup>(1)</sup>. In seguito alle modifiche apportate dal decreto correttivo,

(1) Similmente alla lettera *vv*) l'art. 3, comma 1 del Codice definisce la concessione di servizi come contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera *ll*) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi.

l'oggetto della concessione può comprendere, altresì, l'affidamento della progettazione di livello definitivo e/o esecutivo dell'opera, oltre alla gestione di essa, ricalcando così la definizione dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006. La novella legislativa, in tal modo, rende coerente la definizione dell'istituto con la disciplina dello stesso, come delineata nella Parte III del Codice, nonché con le norme in tema di Partenariato Pubblico Privato di cui alla Parte IV del Codice, anch'esse applicabili ai contratti di concessione.

In base alle citate norme, infatti, a base di gara per l'affidamento della concessione di lavori, può essere posta anche una progettazione di livello definitivo, ovvero anche un progetto di fattibilità, come accade nelle procedure di affidamento delineate dall'art. 183 del Codice dei contratti pubblici in materia di finanza di progetto.

In ogni caso, elemento essenziale che contraddistingue la fattispecie contrattuale, differenziandola dall'appalto pubblico, resta l'assunzione del rischio operativo, come definito dal Codice e dalla direttiva 2014/23/UE, da parte del concessionario sia nel caso in cui la remunerazione dello stesso provenga da utenti terzi (c.d. opere calde, ad es. concessioni autostradali) sia nel caso che essa provenga dalla stessa amministrazione concedente in qualità di utilizzatrice diretta (c.d. opere fredde)<sup>(2)</sup>.

(2) Al proposito la dizione dell'art. 165, comma 1 del Codice ha inizialmente destato dubbi interpretativi, dando adito alla possibilità di essere intesa nel senso che solo le opere strumentali alla erogazione di servizi con tariffa a carico di utenti terzi rispetto alla P.A. concedente, potessero essere oggetto di concessione, similmente alla impostazione in essere a livello europeo. Tuttavia, sia la prassi che le ultime interpretazioni sono inclini a riconoscere la possibilità che le concessioni, in quanto contratti di PPP, possano avere ad oggetto anche la gestione di opere c.d. fredde, ovvero destinate alla utilizzazione diretta da parte dell'amministrazione concedente – secondo la definizione dell'art. 143, comma 9 dell'abrogato Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006. Il rischio operativo è definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) del Codice come rischio riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi dei lavori e/o dei servizi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. La norma specifica altresì che tali variazioni devono essere, comunque,

Come indicato dall'art. 165, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, nonché dall'art. 180, comma 6 del Codice, relativo ai contratti di PPP, il presupposto per una corretta allocazione dei rischi in capo al contraente privato è rappresentato dall'equilibrio economico finanziario della complessiva operazione, ovvero dalla contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria del progetto,

ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera fff) del Codice<sup>(3)</sup>. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara, l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, sempre se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può anche consistere nella

cessione di diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione.

Il citato comma 2 dell'art. 165 del Codice, prima delle modifiche introdotte dal decreto correttivo fissava, per il contributo pubblico, un importo massimo pari al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. Tale vincolo rendeva particolarmente difficile o, quanto meno, disincentivava il ricorso all'istituto della concessione di lavori e, più in generale ai contratti di PPP – posto che medesimo limite era previsto dall'art. 180, comma 6 del Codice per tutti i contratti di PPP – soprattutto per l'affidamento della realizzazione e della gestione di opere c.d. fredde, per le quali è solitamente fondamentale l'apporto di con-

in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

(3) A mente delle stesse previsioni di cui all'art. 3, comma 1, lett. fff), per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

“Elemento essenziale che contraddistingue la fattispecie contrattuale, differenziandola dall'appalto pubblico, resta l'assunzione del rischio operativo”

tributo pubblico anche in misura piuttosto consistente<sup>(4)</sup>. La prudenza del Legislatore trovava giustificazione nella rigidità delle regole previste per la contabilizzazione delle operazioni di PPP da parte del regolamento contabile dell'Unione Europea, il Regolamento (UE) 549/2013, relativo al Sistema dei conti nazionali e regionali dell'Unione Europea (SEC 2010), nonché della decisione Eurostat del 10 febbraio 2014, i cui contenuti sono stati sostanzialmente recepiti all'interno del vigente Codice dei contratti pubblici.

In particolare, ci si riferisce alle disposizioni dell'art. 180, comma 3 del Codice, in base alla quale nei contratti di PPP, e dunque anche nelle concessioni, «*il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda per i servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera*»<sup>(5)</sup>. Sulla base delle regole contabili dell'Unione Europea, nell'ambito di un contratto di PPP, la presenza di un finanziamento pubblico maggioritario, quindi superiore al cinquanta per cento del valore dell'investimento, comporta la mancata allocazione del rischio in capo al contraente privato e la conseguente necessaria contabilizzazione dell'opera affidata nel bilancio dell'amministrazione<sup>(6)</sup>.

(4) In via esemplificativa, si tenga presente che, solitamente, l'amministrazione concedente è tenuta a pagare un prezzo durante il periodo di realizzazione dell'infrastruttura, nel caso di opere c.d. fredde, in quanto diretta fruitrice dei servizi resi dal concessionario a sostegno dell'investimento iniziale del privato per la costruzione dell'opera, ovvero, nel caso di opere c.d. calde, nelle fattispecie in cui tale esborso sia necessario al fine di sostenere l'applicazione di tariffe o prezzi sociali agli utenti/beneficiari dei servizi resi dal privato concessionario.

(5) Al proposito, in funzione di chiarimento, il Codice si preoccupa anche di definire i citati rischi, indicando all'art. 3 comma 1, lett. aaa) che il «rischio di costruzione» è il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera; alla lettera bbb) che il «rischio di disponibilità» è il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti; alla lettera ccc) che il «rischio di domanda» è il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.

(6) Per gli aspetti di dettaglio sul tema complesso si veda *Partenariato Pubblico Privato e Project finance. La disci-*

Al fine di incentivare il ricorso agli istituti di PPP, il cui mercato di riferimento già risentiva, necessariamente, delle incertezze legate alla fase di transizione dalla vecchia normativa alla nuova del 2016, l'articolo 101 del d.lgs. n. 56/2017, in modifica dell'articolo 165 del Codice, ha, perciò, elevato al quarantanove per cento la quota di contributo pubblico ammissibile ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario<sup>(7)</sup>. Inoltre, la stessa norma del decreto correttivo, al comma 1, lettere b) e c), modifica i commi 3 e 5 dell'art. 165 del Codice, precisando che «*la sottoscrizione dei contratti di concessione possa avvenire solo a seguito della approvazione del progetto definitivo dell'opera*», e stabilendo che il termine entro il quale il concessionario deve necessariamente sottoscrivere il contratto di finanziamento, ovvero collocare le obbligazioni emesse dalla società di progetto, a pena di risoluzione della concessione, non sia superiore a diciotto mesi, decorrenti dalla data di sottoscrizione del contratto. La versione originaria delle citate disposizioni dell'art. 165 prevedeva, invece, che tale termine fosse pari a 24 mesi, decorrenti dalla approvazione del progetto definitivo.

L'intento esplicitato dal Legislatore nella prima relazione illustrativa del decreto correttivo è, in tal caso, sempre quello di promuovere una maggiore appetibilità economica per i privati del mercato del PPP, tuttavia le previsioni sono da intendere nel senso di scoraggiare l'avvio e il proseguimento di operazioni non attuabili, in concreto, sotto il profilo progettuale e/o non dotate della necessaria copertura finanziaria, quindi fortemente a rischio di esito non positivo, come dimostrato dall'esperienza passata. Tale severità è, comunque, temperata dalla previsione che consente di prevedere, in sede di bando di gara, che, in caso di parziale finanziamento del progetto, e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale. Altro aspetto della disciplina delle concessioni interessato dalle modifiche del decreto correttivo riguarda le conseguenze di fatti sopravvenuti in corso di contratto ed incidenti sull'equilibrio economico finanziario della concessione.

*plina, la giurisprudenza, la finanza e gli aspetti contabili*, a cura di M. NICOLAI e W. TORTORELLA, Maggioli, 2016.

(7) Cfr. art. 101, comma 1, lett. a) del d.lgs. n. 56/2016.

Al proposito si ricorda che, considerata la lunga durata del rapporto contrattuale (in genere compresa tra i 15 e i 30 anni), possono verificarsi, in corso d'esecuzione contrattuale, numerose circostanze (c.d. sopravvenienze) al ricorrere delle quali si determinano alterazioni dell'equilibrio del piano economico-finanziario originariamente concordato e costituente parte integrante del contratto di concessione.

In tal caso, l'art.165, comma 6 del Codice stabilisce che *"Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio"*. A mente della stessa norma la revisione deve, comunque, consentire *la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto*<sup>(8)</sup>; inoltre, *"in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto"*. In quest'ultima evenienza lo stesso comma 6, ultimo periodo, dell'art. 165 stabiliva che al concessionario spettasse il diritto a vedersi corrispondere dall'amministrazione *"il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici"*.

L'art. 101, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 56/2017 ha modificato la disposizione da ultimo citata, stabilendo che al concessionario, nella medesima fattispecie, spetti il rimborso degli stessi importi prescritti dall'art. 176, comma 4 lett. a) e b) del Codice, ovvero il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario, nonché le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione. Da tale ultima voce di rimborso sono, però, esclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato

dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse, diversamente da quanto stabilito, invece, dal richiamato art. 176, comma 4 del Codice per la diverse ipotesi di risoluzione della concessione dovuta a inadempimento dell'amministrazione concedente ovvero di revoca della concessione per motivi di pubblico interesse, ovvero ancora di annullamento d'ufficio a causa di vizio non imputabile al concessionario<sup>(9)</sup>.

Più precisamente, nei casi sopra indicati di cessazione della concessione per fatto non imputabile al concessionario, il Codice prevede che ad esso spetti, oltre agli importi sopra indicati, anche un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al dieci per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase del collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico-finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione ovvero della parte del servizio ancora da gestire, valutata sulla base del piano economico-finanziario.

(9) In particolare, l'art. 176, comma 4 del Codice, come modificato dal decreto correttivo del 2017, prevede che siano rimborsati al concessionario: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse; c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero nel caso in cui l'opera abbia superato la fase del collaudo del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico-finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione ovvero della parte del servizio ancora da gestire, valutata sulla base del piano economico-finanziario. La voce di rimborso di cui alla lettera b), comprende anche gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse, ai fini di una maggiore tutela della posizione del concessionario, a fronte di fattispecie di cessazione della concessione per circostanze dovute a comportamenti imputabili al concedente. Tale indennizzo è inoltre destinato dalla stessa norma, in via prioritaria, a soddisfare i crediti dei finanziatori e dei titolari di obbligazioni della società di progetto, condizionando a tale soddisfazione l'efficacia stessa della revoca. L'attenzione alle esigenze delle banche e degli enti finanziatori si giustifica considerando che, nell'ambito di operazioni di PPP finanziate in finanza di progetto, la composizione del capitale investito dal privato è prevalentemente costituito da capitale di debito, ossia preso in prestito da tali soggetti.

(8) Inoltre, con il fine di tutelare la parte pubblica in ordine alle conseguenze sulla finanza pubblica della stessa revisione, e di garantire l'allocazione dei rischi predetta, l'art. 165, comma 6 prevede che *"nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS"*.

Queste ultime previsioni contribuiscono, senza meno, a chiarire la portata degli obblighi restitutori che incombono sulla P.A. concedente, rispetto alla precedente formulazione dell'art. 176, comma 4 lett. c), in cui si stabiliva che la percentuale di rimborso a titolo di indennizzo, del dieci per cento, dovesse essere calcolata, nel caso in cui l'opera in concessione avesse già superato il collaudo, sul *“valore attuale della parte del servizio pari ai costi monetari della gestione operativa previsti nel piano economico-finanziario”*.

Al fine di tutelare in maggiore misura il pubblico interesse alla continuità della disponibilità dei servizi resi dal concessionario, il decreto correttivo ha, altresì, aggiunto, all'art. 176 del Codice, il comma 5-bis, in base al quale, fermo restando l'obbligo di pagamento delle somme indicate al comma 4 dello stesso articolo, *“in tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per fatto del concessionario, il concessionario ha diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi”*.

Quelle sinora segnalate sono le principali modifiche recate dal d.lgs. n. 56/2016 alla disciplina generale delle concessioni di lavori e di servizi del Codice dei contratti pubblici. Oltre ad esse vale in questa sede richiamare anche l'introduzione, all'art. 168, comma 2 del Codice di un riferimento più conforme al dettato della direttiva 2014/23/UE, in tema di durata della concessione. La citata direttiva stabilisce, infatti, in cinque anni la durata ordinaria delle concessioni, facendo salva la possibilità di derogare a tale principio laddove una durata maggiore sia indispensabile per consentire al concessionario di recuperare l'investimento<sup>(10)</sup>.

(10) Cfr. il considerando (52) e l'art. 18 della citata direttiva.

La durata ultraquinquennale della concessione deve essere, pertanto, strettamente legata e stabilita in funzione del tempo di recupero dell'investimento come anche precisato dall'art. 168, comma 2 del Codice, nella versione vigente<sup>(11)</sup>.

## 2. La disciplina generale del Partenariato pubblico privato dopo il correttivo

“ Il d.lgs. 56/2017 ha apportato poche modifiche alla disciplina del PPP, lasciando permanere un'incertezza interpretativa dell'art. 180 del Codice dedicato alle caratteristiche del contratto di PPP ”

Il Codice dedica la Parte IV al Partenariato Pubblico Privato (e Contraente generale) prevedendo una disciplina organica dell'istituto e dei contratti di PPP. Il d.lgs. 56/2017 ha apportato poche modifiche a tale disciplina, lasciando permanere un'incertezza interpretativa dell'articolo 180 del Codice dedicato alle caratteristiche del contratto di PPP. In particolare non appare chiaro se tale articolo introduca una nuova fattispecie contrattuale – il contratto di PPP<sup>(12)</sup> – oppure definisca le caratteristiche essenziali di un genere nel quale confluiscono una

serie di contratti aventi caratteristiche comuni: la *partnership* tra pubblico e privato.

L'articolo 180 richiama, al comma 1, la definizione di cui all'art. 3, comma 1, lettera eee) del Codice, quale contratto che deve presentare tutte le seguenti caratteristiche. Si tratta di un contratto:

a) a titolo oneroso;

(11) La previgente versione del comma 2 del citato articolo del Codice semplicemente stabiliva che la durata massima della concessione non potesse essere superiore al tempo necessario al recupero degli investimenti.

(12) Cfr. *Manuale del deficit e del debito pubblico di Eurostat*, 8ª ed., 2016 – “Manuale ESA”) che definisce il PPP quale alternativa alla concessione tradizionale dove il principale pagatore è l'utente. Nel Manuale ESA rientrano nel perimetro del PPP quei contratti il cui principale pagatore è l'Amministrazione, attraverso, ad esempio, il pagamento di un canone di disponibilità, di tariffe ombra, di contributi a fondo perduto in conto capitale, di integrazione di ricavi, di contributi in conto gestione, e/o l'erogazione di garanzie a favore della controparte privata.

- b) stipulato in forma scritta tra pubblico e privato;
- c) per un tempo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento stabilite;
- d) avente ad oggetto la realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera
  - i) in cambio della sua disponibilità, o ii) del suo sfruttamento economico, o iii) della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa;
- e) con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto;
- f) a cui si applicano i contenuti della decisione Eurostat per i profili di tutela della finanza pubblica.

Il secondo comma dell'articolo 180 specifica che i ricavi di gestione dell'operatore economico possano provenire non solo dal canone riconosciuto dall'ente concedente ma anche da qualsiasi altra forma di contropartita economica, quale, ad esempio, l'introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna, distinguendo così il PPP per la realizzazione delle c.d. "opere fredde" e "opere calde".

Il decreto correttivo ha aggiunto – ad ulteriore chiarimento che il PPP include entrambe le suddette tipologie di opere e servizi connessi – un periodo al comma in esame precisando che *"Il contratto di partenariato può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica"*.

Come in precedenza detto, il Codice disciplina l'allocatione dei rischi nel contratto di PPP, riconoscendo che il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocatione effettiva e sostanziale a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera. Correlativamente la disciplina del contratto di PPP, prevede anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti sia da fatti non imputabili all'operatore economico sia da circostanze ad esso riconducibili. In quest'ultimo caso l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Si tratta di vere e proprie penali poste in capo all'operatore nel caso di mancata disponibilità dell'opera o di inefficienze del servizio, penali che devono essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme

degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico<sup>(13)</sup>.

Anche con riferimento ai contratti di PPP è richiamato il concetto di equilibrio economico finanziario – inteso come la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria – precisando che esso rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di progetto e prevedendo che, al fine del raggiungimento di tale equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili dichiarati non più di interesse pubblico.

In tema di contributo pubblico, analogamente a quanto accade per i contratti di concessione, è stata riproposta dal Codice vigente, aggiornandola, la norma secondo cui l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di altri meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al trenta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. Il decreto Correttivo del Codice, anche con riferimento ai contratti di PPP, pertanto, al fine di agevolare la concreta realizzazione di forme di partnership pubblico private per la realizzazione e gestione di opera pubbliche e/o gestione dei servizi ad esse connesse, ha modificato il valore di tale contributo aumentandolo al quarantanove per cento<sup>(14)</sup>. Relativamente alle modalità di finanziamento dell'operazione il comma 7 dell'articolo 180 rinvia ai commi 3, 4 e 5 dell'art. 165 del Codice, concernenti rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni. Tale rinvio implica che, anche per i contratti di PPP si applicano, con riferimento ai suddetti temi, le norme in materia di concessioni come modificate dal Correttivo e, segnatamente:

- a) la sottoscrizione del contratto può avvenire solamente a seguito della approvazione del progetto definitivo<sup>(15)</sup> e della presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera;
- b) i bandi e i relativi allegati, devono essere definiti in

(13) Cfr. art. 180, comma 4 del Codice.

(14) Cfr. art. 107, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 56/2017.

(15) L'inciso "può avvenire solamente a seguito della approvazione del progetto definitivo" è stato aggiunto dal primo correttivo al Codice.

modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, ovvero la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito;

- c) il bando di gara per l'affidamento di un contratto di PPP da affidarsi con la procedura ristretta, può prevedere l'indizione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, di una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte;
- d) il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione;
- e) il bando di gara prevede che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancato collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a diciotto mesi, decorrente dalla data di sottoscrizione del contratto di PPP<sup>(16)</sup>.

(16) Anche per i contratti di PPP in generale, dunque il Legislatore fa salva la facoltà del contraente privato di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine. Nel caso di risoluzione del rapporto, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute incluse quelle della progettazione definitiva. Il bando di gara può prevedere che in caso di parziale

Il decreto correttivo del Codice lascia, invece, inalterata la previsione del comma 8 dell'articolo 180, in base alla quale *“nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi,*

*la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti”*. La norma, che riepiloga, non esaurendole, tutte le fattispecie contrattuali che realizzano forme di *partnership* pubblico-privata, continua, pertanto, a classificare alla stregua di un istituto contrattuale la finanza di progetto, che, invece, per come delineata dall'art. 183 del Codice dei contratti pubblici, rappresenta, più propriamente, una peculiare modalità di affidamento dei contratti di concessione, nonché dei contratti di PPP<sup>(17)</sup>.

Sotto quest'ultimo profilo vale evidenziare anche, infatti, che il Correttivo ha esteso l'applicazio-

ne della procedura di affidamento ad iniziativa privata per opere e servizi non previsti nei documenti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi del comma 15 dell'art.183 citato, a tutte le figure contrattuali di PPP, dimostrando, così, la propensione, da parte del Legislatore, ad incoraggiare l'iniziativa privata nella realizzazione di opere e nella fornitura di servizi di pubblico interesse<sup>(18)</sup>.

“ Il Correttivo ha esteso l'applicazione della procedura di affidamento da iniziativa privata per opere e servizi non previsti nei documenti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici a tutte le figure contrattuali di PPP, dimostrando la propensione ad incoraggiare l'iniziativa privata nella realizzazione di opere e nella fornitura di servizi di pubblico interesse ”

finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola tale stralcio funzionale.

(17) La medesima commissione concettuale era presente nell'abrogato d.lgs. 163/2006

(18) Nell'ambito della procedura in questione al privato proponente è riservato il compito di identificare a monte le esigenze della p.a. traducendole in un'idea progettuale che potrà essere recepita negli strumenti di programmazione della stessa Amministrazione e, conseguentemente,

Dal punto di vista della coerenza del complesso di norme che governano la materia del PPP, sembra opportuno menzionare anche che l'art. 180, comma 8 del Codice – a differenza di quanto prevedeva l'abrogato d.lgs. 163/2006, all'art. 3 comma 15-ter – non include espressamente, tra i contratti di PPP, le società miste pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche e/o la gestione di servizi.

Tuttavia dalla lettura sistematica del d.lgs. 175/2016 recante “Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica” e del Codice dei contratti pubblici si può ritenere pacifico che le società miste pubblico privato per la realizzazione di opere pubbliche e la gestione di servizi di interesse generale possono annoverarsi tra le forme di PPP.

Il d.lgs. 175/2016 all'art. 4 comma 2, prevede che le amministrazioni pubbliche possano, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività

di produzione di beni e servizi strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, e acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società esclusivamente per lo svolgimento delle attività indicate nel medesimo articolo. Tra tali attività, alla lettera c) è prevista: la realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale<sup>(19)</sup> attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del d.lgs. n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il Codice dei contratti pubblici prevede, infatti, all'art. 5, comma 9 che *“Nel caso in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica”*.

essere posta, da quest'ultima, a base di una gara per l'affidamento di un contratto di concessione di lavori pubblici ovvero di servizi, ovvero, come sopra detto, di altro contratto di PPP. L'onere progettuale del privato è compensato, al termine della gara ad evidenza pubblica che chiude il procedimento, dall'attribuzione del diritto ad essere preferito al miglior offerente (c.d. prelazione) – previo adeguamento alle condizioni progettuali della migliore offerta – e del diritto al rimborso delle spese sostenute promotore, ove questo non risulti aggiudicatario del contratto. La stessa gara è, inoltre, soggetta alle medesime disposizioni previste per l'affidamento delle concessioni volte ad agevolare il reperimento dei finanziamenti bancari, al fine di rendere certi an e quando della realizzazione e della gestione delle opere e dei servizi oggetto di affidamento

(19) Il d.lgs. 175/2016, art. 2, comma 2, definisce alla lett. h) «servizi di interesse generale»: le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale. La successiva lettera i) definisce, invece, i «servizi di interesse economico generale»: quali servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato.