ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

DOTTORATO DI RICERCA IN

SCIENZE GIURIDICHE

Ciclo 37

Settore Concorsuale: 12/D1 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/10 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

IL RUOLO "LIQUIDO" DELLA AMMINISTRAZIONE E LA RESPONSABILIZZAZIONE DEL PRIVATO NELL'USO DEGLI STRUMENTI CONTRATTUALI DI PARTENARIATO

Presentata da: Roberto Schneider

Coordinatore Dottorato

Marco Cavina

Supervisore

Nicola Aicardi

Co-supervisore

Marco Dugato

Esame finale anno 2025

Titolo

Il ruolo "liquido" della Amministrazione e la responsabilizzazione del privato nell'uso degli strumenti contrattuali di partenariato

Abstract

La tesi analizza il grado di flessibilità concesso dal "nuovo" Codice dei contratti pubblici all'Amministrazione e, specularmente, l'attribuzione di responsabilità pubblica a carico del privato nell'ambito della gestione di una operazione economica di Partenariato Pubblico-Privato ("PPP"). Il D.lgs. n. 36 del 2023, infatti, ri-disegna dalle fondamenta il paradigma della cooperazione partenariale e tale novità, che incide, a monte, sulla dinamica relazionale tra potere pubblico e autonomia privata, pone il problema di comprendere come, a valle, si riassestino le posizioni dei ruoli della P.a. e degli operatori economici privati coinvolti nella gestione dell'operazione stessa. Pertanto, l'analisi di cui al presente scritto si focalizza, innanzitutto, sull'ontologia che permea il concetto di "operazione economica", e soprattutto sul suo carattere di "globalità", per poi concentrarsi sulle ricadute, normative e pratiche, che tale nuova visione apporta tanto alla fase genetica del PPP, quanto alla fase esecutiva. Lo scopo ultimo della ricerca è comprendere se il Codice dei contratti pubblici sia in grado di regolare il PPP in modo tale da garantire all'Amministrazione una flessibilità tale – simbolicamente raffigurata allo stato "liquido" - da opporsi alla tradizionale rigidità impostale dai vincoli pubblicistici, cui corrisponde, per converso, un avanzamento del privato quale responsabile della gestione dell'operazione economica di cui è *partner*. Anche in ragione del carattere innovativo e, soprattutto, di recente adozione dell'impalcatura normativa recata dal D.lgs. n. 36 del 2023, è opportuno volgere lo sguardo verso altri ordinamenti, come quello francese, in cui il fenomeno partenariale trova già da tempo una disciplina organica, al fine di far emergere, attraverso il metodo comparatistico, le peculiarità che permeano la disciplina nostrana.

Title

The "liquid" role of the Public Administration and the empowerment of the private sector in the use of contractual partnership instruments

Abstract

This thesis analyses the degree of flexibility granted by the "new" Public Contracts Code to the Administration and, specularly, the attribution of public responsibility to the private party in the context of the management of an economic Public-Private Partnership ("PPP") operation. Legislative Decree No. 36 of 2023 shapes the paradigm of partnership cooperation and such novelty, which affects, upstream, the relational dynamic between public power and private autonomy, poses the problem of understanding how, downstream, the positions of the roles of the Public Administration and of the private economic operators involved in the management of the operation itself are rearranged. Therefore, the analysis focuses, first of all, on the concept of "economic transaction", and above all on its character of "globality", and then concentrates on the normative and practical repercussions that this new vision brings both to the genetic phase of the PPP and to the executive phase. The ultimate aim of the research is to understand whether the Public Contracts Code is able to regulate the PPP in such a way as to guarantee the Administration such flexibility - symbolically depicted in a "liquid" state - as to oppose the traditional rigidity imposed on it by public-sector constraints, to which corresponds, conversely, an advancement of the private party as the manager of the economic operation in which it is a partner. As far as the analysis on the PPP is concerned, it is appropriate to look at other legal systems, such as the French one, in which the partnership phenomenon has long since found an organic discipline, in order to bring out, through the comparative method, the peculiarities that permeate the Italian discipline.

Indice

Premessa I

Capitolo I
Inquadramento del fenomeno collaborativo.
Il Partenariato Pubblico-Privato: evoluzione della nozione

1. Le origini del fenomeno collaborativo tra Pubblica amministrazione e privati prima del Partenariato Pubblico-Privato. 1

2. Il cambio di paradigma nelle collaborazioni tra soggetti pubblici e operatori economici privati: la nascita e l'evoluzione della *Public-Private Partnership*. L'inquadramento istituzionale del fenomeno in Europa. 11

3. Il Partenariato nell'esperienza giuridica italiana. 21

4. (*segue*) la nozione di Partenariato Pubblico-Privato nel D.lgs. n. 36 del 2023. 29

5. Il Partenariato nell'esperienza giuridica francese. 34

6. (*segue*) Il PPP nel *Code de la commande publique*. Il *marché de partenariat*. 40

7. L'asimmetria concettuale e normativa tra Partenariato Pubblico-Privato italiano, direttiva 23/2014/UE e *Code de la Commande Publique*. 43

Capitolo II
L'architettura del Partenariato Pubblico-Privato nel D.lgs. n. 36 del 2023
La fase genetica dell'operazione economica

PARTE I
LA FASE ISTRUTTORIA DELL'OPERAZIONE ECONOMICA

1. L'impostazione dell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato: dalla programmazione alla ripartizione del "rischio operativo" e la definizione dell'equilibrio economico finanziario. Considerazioni introduttive sull'architettura generale. 46

2. Il ruolo della programmazione nella fase istruttoria dell'operazione partenariale. 51

3. (*segue*) La valutazione preliminare. 55

4. I compiti specifici dell'Amministrazione. 61

PARTE II
LA REGOLAZIONE DELL'OPERAZIONE ECONOMICA ATTRAVERSO LO STRUMENTO CONTRATTUALE

1. Gli elementi operativi della struttura del contratto. Definizione del rischio operativo e sua traslazione. 62

2. (*segue*) L'equilibrio economico-finanziario. 71

3. Gli elementi contabili della struttura del contratto. La remunerazione del privato. 78

4. (*segue*) La contabilizzazione delle operazioni di PPP. 82

PARTE III

LA *PREPARATION DU MARCHE DE PARTENARIAT* IN FRANCIA

1. Le *conditions de recours au marché de partenariat.* 86

2. (*segue*) La *instruction du projet.* 95

3. (*segue*) *Le contenu du marchè de partenariat.* 100

PARTE IV

LA FASE DI EVIDENZA PUBBLICA

1. Il ruolo della "flessibilità" nella fase di aggiudicazione dei contratti sottostanti all'operazione di Partenariato Pubblico-Privato. 108

2. L'aggiudicazione delle concessioni: principi, regole e garanzie procedurali. 114

3. (*segue*) Il *project financing.* 127

4. La *passation du marché de partenariat.* 147

PARTE V

LA TASSONOMIA DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

1. La concessione e le altre figure tipizzate di Partenariato Pubblico-Privato. 155

2. Locazione finanziaria. 157

3. Il contratto di disponibilità. 158

4. Gli *Energy Performance Contracts* (*EPC*). 160

5. Il Partenariato Sociale. 162

6. Cessione di immobili in cambio di opere. 163

PARTE VI

NORME DI CHIUSURA

1. Le ulteriori disposizioni dedicate al PPP. L'art. 198. 164

2. (*segue*) L'art. 199. 165

PARTE VII

L'ATTIVITÀ DI MONITORAGGIO

1. I sistemi di monitoraggio delle operazioni partenariali. 166

Capitolo III
L'architettura del Partenariato Pubblico-Privato nel D.lgs. n. 36 del 2023
La fase esecutiva dell'operazione economica

PARTE I

LA SORTE DEL CONTRATTO SOTTOSTANTE ALL'OPERAZIONE ECONOMICA

1. La rilevanza del principio della conservazione dell'equilibrio economico-finanziario nella fase esecutiva del contratto. 170

2. La revisione del contratto quale rimedio alle alterazioni dell'equilibrio dell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato. 175

PARTE II

LE VICENDE CHE IMPATTANO SULL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

1. La modifica del contratto di Partenariato Pubblico-Privato. 180

2. Risoluzione e recesso. 184

3. Il subentro. 189

PARTE III

L'*EXECUTION DU MARCHE DE PARTENARIAT*

1. In via preliminare: il *marché de partenariat* come *contrat administratif*. 193

2. I principi che governano la fase dell'esecuzione del contratto pubblico. 196

3. Le disposizioni dedicate dal *Code de la commande publique* alla *exécution du marché de partenariat*. 199

Capitolo IV
Le controversie sull'operazione di Partenariato Pubblico-Privato

1. Rimedi giurisdizionali. 204

2. Rimedi stragiudiziali. 210

3. Il sistema francese di risoluzione delle controversie sui contratti di Partenariato Pubblico-Privato: l'*arbitrage* nel *Code de la Commande Publique*. 217

Conclusioni VII

Premessa

Per introdurre il lettore alla presente ricerca, è opportuno, innanzitutto, fornire alcuni sintetici chiarimenti di carattere definitorio sui termini utilizzati nel titolo. In esso, infatti, come si vedrà, vi sono già le prime, e fondamentali, indicazioni concettuali che permeano il ragionamento articolato nelle pagine che seguono e, pertanto, una sua pur breve esegesi è quanto mai necessaria.

Partiamo dal fondo. Il sintagma "*strumenti contrattuali di partenariato*" indica il perimetro della ricerca, la quale, appunto, si concentra sulle norme che il legislatore ha da ultimo introdotto con il Decreto legislativo del 31 marzo 2023, n. 36 ("nuovo" Codice dei contratti pubblici) in materia di Partenariato Pubblico-Privato (d'ora in avanti, anche "PPP"). Come ormai noto, tale locuzione non indica un "istituto" vero e proprio ma, per usare le parole del Consiglio di Stato, una "formula giuridica" o, ancora meglio, una "operazione economica" che trova la propria regolamentazione in contratti, tipici o atipici, negoziati in via convenzionale tra le parti. Le "parti", ossia, tradizionalmente, un soggetto pubblico e un soggetto privato, come si intuisce facilmente, giocano allora un ruolo fondamentale nell'architettura dell'intera operazione partenariale e, perciò, una trattazione sul PPP, come la presente, che intende analizzare l'efficacia e l'efficienza del quadro normativo in materia, deve focalizzarsi sulle facoltà, sulle potestà e sugli obblighi ripartiti tra i soggetti che vi partecipano.

Poiché si tratta di questioni attinenti al Diritto amministrativo, è opportuno ragionare *in primis* nell'ottica del soggetto pubblico, occupandosi, nello specifico, di ciò che la Pubblica amministrazione può fare o non fare nelle fasi di genesi e di esecuzione della complessiva operazione partenariale concordata con il privato.

Veniamo allora al termine "*ruolo liquido*" inserito nel titolo. Questo assume un duplice significato, poiché, da un lato, indica una vera e propria deroga, consistente nella facoltà (*recte*, potestà) attribuita alla P.a. di derogare, appunto, ai doveri che usualmente incombono su di essa, arrestando la propria azione ad un momento precedente all'esercizio di poteri di imperio, in favore della ricerca di metodi alternativi e consensuali per la soddisfazione in senso funzionale dell'interesse pubblico. Tale accezione, in fondo, non è nuova nel nostro ordinamento, ma trova un precedente nel principio della c.d. "ragione più liquida" che, in campo processuale, rappresenta, come noto, una vera e propria deroga, appunto, ai doveri del giudice rispetto al principio dispositivo. L'accezione usata nel titolo implica, dall'altro lato, l'abbandono da parte dei soggetti pubblici della rigidità che caratterizza il ruolo di interventore nell'economia pubblica, ruolo che, di recente, è tornato ad essere assunto dalla P.a., per abbracciare invece quello più dinamico, liquido, di regolatore.

Tutto ciò implica un arretramento della Pubblica amministrazione, nei modi e nelle forme della "sussidiarietà orizzontale" di cui all'art. 118, co. 4, della Costituzione, nel perseguimento degli interessi pubblici, cui corrisponde, in modo del tutto speculare, un avanzamento del ruolo del privato nella gestione della "cosa" pubblica.

Da qui, la "*responsabilizzazione del privato*" che si legge nel titolo. I rapporti di partenariato, infatti, si manifestano sotto diverse "temperature", dal momento che lo spazio di intervento delle parti in causa può essere ampiamente graduato, fino ad arrivare ad una vera e propria "delega" al privato dell'attività demandata alla P.a., o, addirittura, all'integrazione del privato all'interno di un centro di imputazione unitario, come avviene nelle società miste (Alpa – Esposito). Ciò implica che gli operatori economici assumono sempre di più un ruolo centrale nella gestione degli interessi pubblici. In altri termini, dove l'Amministrazione consente ai privati di mettere in campo le proprie competenze e le proprie risorse per raggiungere un obiettivo di rilevanza pubblica, questi assumono un peso crescente, di responsabilità, appunto, che deve essere supportato da idonee garanzie di successo del complessivo rapporto partenariale.

Quanto appena detto racchiude, in estrema sintesi, le premesse concettuali della ricerca. Passiamo allora a descrivere il perimetro vero e proprio dell'indagine e ad esporre le ragioni che, a monte, hanno spinto a trattare il tema del Partenariato Pubblico-Privato.

In tempi recenti, il settore infrastrutturale è stato investito da una congiuntura storica ed economica di carattere eccezionale, della quale si è cercato di sfruttare appieno la spinta all'innovazione, soprattutto quella tecnologica ed informatica, e alla sostenibilità, anche grazie all'intervento degli operatori di mercato privati. Il fine perseguito è stato, da un lato, colmare, in tempi rapidi, il *gap* di investimenti che, ormai da troppo tempo, caratterizza il nostro Paese rispetto agli altri Stati europei e, parallelamente, dall'altro, incentivare la Pubblica amministrazione a ripensare le modalità di erogazione dei servizi pubblici, in modo da rispondere alla granularità dei fabbisogni sociali senza generare nuovo debito o nuovo *deficit*.

Il rilancio infrastrutturale e l'esigenza di valorizzare il *know how* dei privati hanno rappresentato le condizioni ideali per rilanciare e sfruttare appieno le potenzialità del Partenarito Pubblico-Privato. A testimonianza della centralità del PPP nelle scelte strategiche del decisore politico e di quello legislativo elaborate nel recentissimo passato, è sufficiente osservare che, ancor prima che con il Codice dei contratti pubblici del 2023, già in sede di redazione del parere al progetto di PNRR era stata rimarcata la necessità di promuovere nel più breve tempo possibile un efficace coinvolgimento dei privati, anche valutando l'opportunità di un intervento legislativo che favorisse l'apporto del capitale privato al

raggiungimento degli obiettivi del Piano, a partire dall'istituto del *project financing*, e di valutare ulteriori forme attraverso le quali detta partecipazione si sarebbe potuta realizzare.

Sulla scorta del rinnovato interesse per il Partenariato, in occasione della riscrittura del Codice dei contratti pubblici, la disciplina dedicata al PPP è stata radicalmente rivisitata - rispetto a quanto fatto con il D.lgs. n. 50 del 2016 -, e tale circostanza ha rappresentato e rappresenta tuttora un'occasione assai favorevole per studiare le novità e i tentativi di modernizzazione del fenomeno partenariale contrattuale, oltreché, più in generale, per tornare a parlare e discutere di uno strumento sofisticato – e per questo, forse, poco utilizzato – le cui potenzialità sono ampiamente sottosviluppate.

Da qui, l'intento di svolgere una analisi sulle disposizioni contenute nel D.lgs. n. 36 del 2023, con particolare attenzione per quelle mirate a porre rimedio alle gravi problematiche che, da sempre, inficiano il corretto utilizzo, oltreché le potenzialità e l'efficienza, soprattutto nell'ottica dell'azione amministrativa, del PPP. Tali problematiche, in estrema sintesi, possono essere racchiuse in tre distinte categorie, una prodromica all'altra.

Il primo è quello del corretto inquadramento giuridico-sistematico del fenomeno partenariale. L'originaria definizione del PPP, infatti, è stata quella di "contratto" o, al massimo, di "categoria contrattuale aperta" nella quale rientrano varie fattispecie tra loro eterogenee per genesi, funzione e finalità. Tale inquadramento, basato sul tentativo di limitare il fenomeno partenariale nell'angusto spazio delle categorie classificatorie tradizionali, non è stato in grado di intercettare in modo corretto l'essenza del Partenariato Pubblico-Privato, tanto è vero che in breve è sorta la necessità di ripensare da un punto di vista concettuale il fenomeno nel suo complesso. Si è allora preso coscienza che il cuore del PPP non ha natura giuridica ma socioeconomica, da intendersi come fenomeno economico–finanziario che nel diritto trova la propria regolamentazione e non la propria ontologia. Non a caso, nel nuovo Codice, il legislatore ha provveduto, prima di ogni cosa, a ridefinire la "nozione" di Partenariato Pubblico-Privato, designato oggi come "*operazione economica*". L'intervento pone già un primo importante interrogativo, ossia se questa nuova classificazione sia effettivamente idonea ad inquadrare il PPP e, soprattutto, se sia compatibile con il quadro normativo in materia elaborato nel tempo dal legislatore sovranazionale.

La questione classificatoria di cui si è appena detto, lungi dall'essere meramente stilistica, pone un problema estremamente pratico, relativo al corretto approccio metodologico, che si riflette sull'utilizzo e sullo sviluppo dello strumento partenariale e sulla possibilità di svolgere una efficace analisi per un uso dello stesso consapevole ed efficiente.

A catena, infatti, si presenta un secondo problema. La stessa architettura del PPP, soprattutto per ciò che attiene ad aspetti fondanti l'operazione come l'allocazione del rischio operativo

in capo al privato, la definizione dell'equilibrio economico-finanziario, le modalità di scelta del contraente privato, la remunerazione dello stesso, la contabilizzazione delle operazioni di PPP e i relativi sistemi di monitoraggio, ha presentato numerosi e complessi problemi applicativi. Il cuore del problema va ricercato, come già accennato, nella flessibilità di cui dispone la Pubblica amministrazione e nel grado di responsabilità che pende sui privati, al fine di verificare se la normativa di riferimento sia effettivamente adeguata a rispondere ai compiti per i quali il legislatore intende impiegarla.

L'amministrare per contratti e la ricerca del consenso sono strade maestre dell'agire pubblico, le quali, tuttavia, richiedono un profondo ripensamento delle interazioni delle parti in causa, alla luce del processo evolutivo e di ammodernamento che ha investito sia la P.a. sia gli operatori privati. Dal punto di vista del soggetto pubblico, il *modus operandi* si è evoluto in ragione del passaggio dal ruolo di *project manager* della Amministrazione a quello di regolatore e verificatore delle operazioni di PPP durante la fase di esecuzione del contratto, mentre il privato ha assunto il ruolo di detentore delle competenze tecnologiche e gestionali concretamente incidenti sul pubblico interesse. Tale mutamento di prospettiva comporta che la P.a. non possa più limitarsi a cedere porzioni di potestà in cambio del *know how* e delle risorse dei privati, rimanendo un soggetto "granitico", ma debba assumere un ruolo dinamico, "liquido", teso alla massima flessibilità.

Il nuovo modo di pensare il ruolo del soggetto pubblico determina, sul versante opposto, una speculare ridefinizione della posizione dei privati. Dal momento che le operazioni di PPP sono caratterizzate da un rapporto trilaterale, in quanto il servizio del *partner* della P.a. è reso nei confronti del pubblico quale soggetto terzo, l'attività posta in essere dagli operatori economici potrebbe essere pensata come un vero e proprio servizio pubblico. Ne consegue che il privato dovrebbe essere necessariamente equipaggiato di quei poteri che tradizionalmente spettano alla P.a., risultato che può essere raggiunto, prima di tutto, attraverso la definizione di un quadro normativo chiaro ed efficiente.

L'idea che si possa configurare una Amministrazione "liquida" e che il privato possa essere responsabilizzato di funzioni pubbliche richiede una approfondita trattazione ed un ripensamento di alcuni principi ed istituti fondanti l'azione amministrativa, soprattutto di quegli istituti di diritto privato e di diritto pubblico che consentono il passaggio dalla "*public law of contracts*" alla "*law of public contracts*". Superando l'insegnamento tradizionale per cui l'attività amministrativa di diritto privato differisce dall'attività di diritto privato in senso stretto in ragione delle finalità perseguite, ossia tutela dell'interesse pubblico nella prima, reperimento delle risorse necessarie agli enti pubblici nella seconda (Amorth), appare evidente che tali finalità non debbano essere raggiunte necessariamente attraverso atti o

negozi giuridici di diritto pubblico, ma possa avvenire anche per mezzo di atti o negozi giuridici di diritto privato.

Il secondo quesito che ci si pone, allora, è se il legislatore è stato in grado di fornire alla P.a. e ai privati tali strumenti e, soprattutto, se, una volta scelto lo strumento del PPP, la Amministrazione sia in grado di avvalersi di tali strumenti in massima misura, potendo assumere una forma veramente "liquida", elastica, dinamica, necessaria per compiere scelte discrezionali e non strettamente procedimentalizzate, e se il privato, specularmente, sia nelle condizioni di operare al meglio.

Parallelamente, bisognerà, anche, chiedersi se il nuovo plesso normativo di cui al D.lgs. n. 36 del 2023 sia stato in grado di intercettare il mutamento di paradigma tradizionale, secondo cui all'arretramento della Pubblica amministrazione non corrisponde una perdita di titolarità di compiti e funzioni pubblici - pena, altrimenti, la violazione dei principi cardine di legalità e funzionalizzazione – ma, al contrario, al trasferimento di responsabilità in capo ai privati, laddove la loro responsabilizzazione, come si vuole dimostrare attraverso la presente ricerca, rappresenta l'essenza stessa del partenariato. Come si avrà modo di illustrare, la disciplina del *project financing* si presta particolarmente bene a spiegare questo concetto.

Infine, l'analisi della ricerca verterà sulle disposizioni che hanno cercato di porre rimedio alle aporie emerse in fase esecutiva, ossia al terzo ordine di problemi. Gli istituti che caratterizzano la fase di esecuzione delle operazioni di PPP e, in particolare, quelli che incidono sulla "sorte" del contratto, ogniqualvolta siano azionati da eventi idonei ad alterare l'equilibrio economico finanziario individuato *ex ante* dalle parti, sono tra le novità più rilevanti della nuova disciplina in materia di PPP e, pertanto, occorre verificare quale sia la portata ed, eventualmente, la qualità della novella legislativa in tal senso. Occorrerà allora analizzare l'applicazione e la configurazione pattizia della revisione dell'equilibrio economico-finanziario, con lo scopo di verificare se, in base alle attuali norme codicistiche, la revisione stessa possa essere qualificata come una pretesa giuridicamente tutelata in vista della prosecuzione e della corretta conclusione dell'operazione in partenariato.

In caso di esito positivo, sarà, quindi, necessario valutare quali possano essere i rimedi esperibili, di natura pubblica e/o di natura privata, per non compromettere le operazioni di PPP, così come sarà necessario analizzare il ruolo del giudice amministrativo sotto l'aspetto dei limiti esterni ed interni alla propria azione, dal momento che la contrattazione pubblica ha dimostrato che il procedimento amministrativo diviene, spesso, processo amministrativo (Torchia).

Un'ultima indicazione per il lettore, questa volta sul metodo applicato nel presente scritto. L'indagine che segue, nei limiti imposti da doverosa sinteticità, seguirà un'impostazione ben

precisa, fondata su diversi piani di lettura. Il primo è quello teorico, con il quale si intende indagare, anche in modo non strettamente giuridico, quali siano le implicazioni sottese al Partenariato Pubblico-Privato; il secondo è quello tecnico, a mezzo del quale ci si concentrerà sulle norme positivizzate dal legislatore; il terzo è il piano pratico, volto a studiare l'implementazione concreta di un'operazione di PPP (come, ad esempio, il caso del c.d. "Polo Strategico Nazionale"), infine, vi sarà un piano dedicato alla comparazione. Questo piano merita un breve approfondimento.

In termini pratici, dopo aver trattato la questione dell'inquadramento sistematico del Partenariato Pubblico-Privato, saranno filtrate le varie fasi di "vita" del PPP, dalla "genesi" dell'operazione economica, passando per l'applicazione delle pattuizioni contrattuali, arrivando fino alla soluzione delle eventuali patologie del rapporto in sede giudiziale e stragiudiziale, attraverso l'esperienza e, soprattutto, le soluzioni offerte dall'ordinamento francese che, a differenza di quanto accaduto in quasi tutti gli altri Stati europei, ha voluto disciplinare espressamente il Partenariato attraverso un plesso normativo ad esso dedicato. Ecco allora che l'analisi del presente scritto sarà completata con la comparazione esterna e sincronica con il sistema attualmente vigente in Francia e, nello specifico, con le disposizioni che il "*Code de la Commande Publique*" dedica ai "*marchès de partenariat*". La Francia, infatti, meglio di qualunque altro Paese nel panorama europeo *post* attuazione delle direttive del 2014, ha catturato l'essenza del Partenariato ed è stata in grado di farne emergere le peculiarità. Il primo passo, allora, è quello di verificare se - e quanto - il sistema italiano sia difforme rispetto a tali soluzioni e, prima ancora, rispetto agli indirizzi forniti a livello di *soft law* dal legislatore europeo.

Capitolo I
Inquadramento del fenomeno collaborativo.
Il Partenariato Pubblico-Privato: evoluzione della nozione

Sommario: 1. Le origini del fenomeno collaborativo tra Pubblica amministrazione e privati prima del Partenariato Pubblico-Privato. **2.** Il cambiamento di paradigma nelle collaborazioni tra soggetti pubblici e operatori economici privati. La nascita e l'evoluzione della *Public-Private Partnership* in Europa. **3.** Il Partenariato nell'esperienza giuridica italiana; **4.** (*segue*) la nozione di Partenariato Pubblico-Privato nel D.lgs. n. 36 del 2023. **5.** Il Partenariato nell'esperienza giuridica francese; **6.** (*segue*) il PPP nel *Code de la commande publique*. Il *marché de partenariat*. **7.** L'asimmetria concettuale e normativa tra Partenariato Pubblico-Privato italiano, direttiva 23/2014/UE e *Code de la Commande Publique.*

1. Le origini del fenomeno collaborativo tra Pubblica amministrazione e privati prima del Partenariato Pubblico-Privato.

Il Partenariato Pubblico-Privato è un fenomeno economico e giuridico notoriamente difficile da definire e, di conseguenza, da inquadrare, e ciò è legato al fatto che, di esso, non esiste una definizione precisa ed univoca. Il c.d. "PPP", infatti, nasce e si sviluppa a livello sovranazionale e, nelle fonti che ne tratteggiano le caratteristiche essenziali, si legge solamente, in via del tutto descrittiva e senza alcuna valenza prescrittiva, che esso rappresenta una forma di "cooperazione" tra soggetti pubblici e soggetti privati in vista della soddisfazione di un interesse di natura pubblica, caratterizzato dal ricorrere di specifici elementi[1].

In questa sede introduttiva, dove si vogliono mettere in risalto gli aspetti più teorici e preliminari attinenti al Partenariato e alla sua nozione, in assenza di elementi normativi "positivizzati" ad essa riconducibili, pare opportuno soffermarsi sull'unico termine che il legislatore sovranazionale ha utilizzato con una certa sicurezza, ossia quello di "cooperazione". Tenendo ferma tale espressione e cercando di ricondurre il Partenariato alla sistematica della teoria generale del diritto, ci si accorge immediatamente che la parola "cooperazione" è carica di una serie di implicazioni giuridiche che sfuggono ad una prima lettura, ma che possono essere colte dal raffronto con il termine "collaborazione", il quale, come noto, nella scienza del diritto amministrativo, non solo nazionale, ha una valenza ben precisa.

La "collaborazione", infatti, richiama alla mente lo specifico tema del ruolo dello Stato e, ancora più profondamente, la c.d. "riduzione" della sfera pubblica a vantaggio di quella privata. Occorre, allora, approfondire tale aspetto, data la mancanza di elementi più certi, per indagare l'estensione, la portata e, soprattutto, la direzione che sta prendendo la nozione di partenariato.

Nel mutare del ruolo dello Stato, infatti, si rinvengono alcuni dei cambiamenti più significativi nel panorama della storia della scienza amministrativa e, soprattutto, in esso vanno ricercati gli elementi storici, culturali, politici ed economici che hanno portato alla nascita del Partenariato Pubblico-Privato. Ed ecco, allora, che «*per capire quando, dove e perché si riduce lo Stato, bisogna capire quando, come, dove e perché esso si sia ampliato*»[2], e ciò significa, in

[1] Cfr. *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM(2004) 327 definitivo, 30 aprile 2004.

[2] S. CASSESE, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, fasc. 2, p. 382, il quale specifica che «*mai come in questo caso, vichianamente, «natura di cose altro non è che nascimento di esse»*».

concreto, indagare, seppur sinteticamente, data la vastità dell'argomento, il significato più intrinseco del termine "collaborazione", andando ad analizzare, innanzitutto, l'evoluzione del rapporto, non necessariamente di contrapposizione[3], tra Stato ed economia e, soprattutto, della dialettica tra Pubblico e privato, la sua estensione e le modalità con le quali essa ha, progressivamente, nel corso di vari decenni, preso forma.

Il rapporto tra Stato ed economia, o meglio, il rapporto di forza tra Stato ed economia, ha subito una profonda mutazione nel corso della storia, e tale cambiamento ha determinato, in estrema sintesi, tra i vari effetti, anche lo spostamento dei "confini" che da sempre hanno diviso Pubblico e privato. D'altronde, «*il movimento tra i due poli, quello pubblico e quello privato, è caratteristica del diritto amministrativo* […] *tanto che pubblico e privato sono divenuti due parti essenziali di esso*»[4].

L'effetto carsico che ha investito la c.d. "grande dicotomia" rappresenta il risultato dell'azione congiunta di tendenze, sviluppatesi sul piano economico e su quello politico, nate a partire dagli anni '70 e '80 del Novecento.

Sul piano più strettamente economico, l'analisi può essere ristretta a tre fenomeni[5]. Il primo, ossia la fine della sovrapposizione dei confini tra Stato ed economia, ha inciso sui rapporti di forza che, storicamente, si erano venuti a creare tra le due figure sin dal XII secolo d.C., rapporti caratterizzati dal dominio del soggetto Pubblico sui privati e sintetizzabili nell'idea per cui «*i confini dell'economia sono, dunque, divenuti i confini dello Stato*»[6]. La disgregazione di tali confini è avvenuta per effetto dei colpi battuti, da un lato, dall'aumento del commercio mondiale e dallo sviluppo delle imprese multinazionali - esperienze che hanno sancito la definitiva ascesa dell'economia-mondo -, e, dall'altro, la "deterritorializzazione" della finanza.

Tutto ciò ha determinato il passaggio da una "economia dell'offerta" ad una "economia della domanda"[7], a cui ha fatto seguito il ribaltamento dei rapporti di forza tra governanti e governati, nel senso che, da allora, è lo Stato che deve tenere conto dell'economia, e non più viceversa, con notevoli conseguenze sulle scelte operate a livello di politica economica, che da proattiva diventa reattiva. Da questo momento in poi, infatti, la politica «*se prima guidava l'economia, ora è seguace o adattiva: serve a correggere le tendenze della economia, il cui andamento complessivo sfugge ai governi nazionali*»[8].

Il secondo si sostanzia nel passaggio dallo "Stato pedagogo", termine che simboleggia uno Stato interventista e, allo stesso tempo, guida dei privati nelle proprie scelte socio-economiche, allo "Stato regolatore", il quale non interviene più direttamente nel mercato ma si limita a stabilire le regole cui devono attenersi le parti in gioco e ad affidare il loro rispetto ad autorità indipendenti e/o di aggiudicazione[9].

---

[3] Per una sintetica analisi della revisione che ha portato al ripensamento della storica contrapposizione tra Stato ed economia, cfr. S. CASSESE, *op. ult.* cit., p. 378 e ss..

[4] Così S. CASSESE, in *"Le droit tout puissant et unique de la société". Paradossi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, fasc. 4, p. 526.

[5] Si riprende qui la tripartizione proposta da S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1° gennaio 2001, fasc. 1, p. 96 ss.

[6] S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia* cit..

[7] Cfr. S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia* cit., il quale ricorda come la "economia dell'offerta", basata su un modello mercantilista, vede la dominanza del «*presupposto colbertista per cui la somma della ricchezza disponile era fissa, non estensibile*», mentre la "economia della domanda" si fonda sulla somma della ricchezza disponibile che «*non è fissa, può aumentare e diminuire*».

[8] S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia* cit..

[9] Cfr. S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia* cit., il quale evidenzia come tra regolatorie e regolati si si instaurino rapporti non binari, ma multilaterali.

Il passaggio del soggetto Pubblico dal ruolo di interventore a quello di arbitro ha inciso, inevitabilmente, anche sul rapporto tra Stato ed economia e, più in generale, sul rapporto tra Amministrazione e privato, tra libertà e controllo. Nello specifico, si è assistito alla traslazione da una condizione di "opposizione bipolare"[10] a quella di regime paritario, nella sua accezione proconcorrenziale, da intendersi come possibilità per le imprese di competere liberamente tra loro e a condizioni di parità.

Il terzo e ultimo fenomeno che ha investito il rapporto tra Stato ed economia è rappresentato dalla frammentazione del controllo dell'economia stessa, consistente nella progressiva decentralizzazione del comando, che passa dall'essere saldamente nelle mani del vertice governativo alla sua redistribuzione tra più istituzioni ausiliarie o decentrate, o, ancora, ad organi di diversa natura, come le autorità indipendenti. Di questo fenomeno, merita evidenziare la caratteristica funzionale, consistente nel rapporto dialogico tra soggetti pubblici e soggetti destinatari delle regole[11].

Dal mutamento dei rapporti tra Stato ed economia, per come appena sinteticamente descritto, si ricava che la dimensione pubblica ha avuto la tendenza, nel corso del tempo, in parte, a ritirarsi e, in altra parte, a mutare forma, ad occupare nuovi spazi, cercando sempre nuove soluzioni per mantenere il proprio ruolo di Stato ordinamento e, più in generale, di Stato amministrazione centrale[12], ossia di quel ruolo che, secondo Massimo Severo Giannini, è in grado di aggregare ogni altro potere pubblico[13]. Tra le varie soluzioni adottate, spicca la "collaborazione" con i soggetti privati e ciò dimostra che il contesto appena descritto ha sicuramente rappresentato terreno fertile per la nascita degli elementi fondanti il Partenariato.

Sul piano delle politiche, invece, si osserva che, in Italia, a partire dagli anni '80, lo Stato non si muove più attraverso incentivi creditizi e, soprattutto, dà vita ad una estesa opera di privatizzazione, la quale, come noto, ha avuto tra i vari effetti quello di ridurre l'area di gestione in prima persona di spazi economici da parte dell'Amministrazione statale[14]. In tema di servizi pubblici, la "ritirata" dello Stato si è concretizzata nel passaggio dalla gestione diretta degli stessi a quella indiretta ad opera dei privati, con il Pubblico divenuto soggetto "regolatore" dei servizi[15].

Le ragioni della riduzione dello Stato di questo periodo hanno fondamenti in parte sovrapponibili e in parte diversi a quelli già analizzati e possono essere sintetizzate in tre direttrici.

---

[10] La nozione qui utilizzata è di S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia* cit., e con essa si intende richiamare il carattere ambivalente dell'interventismo economico che, secondo l'Autore, potrebbe essere sintetizzata e racchiusa nella frase «*laissez-nous faire; protégez nous beaucoup*». In termini, cfr. anche P. MINARD, *La fortune du colbertisme, Etat et industrie dans la France des lumières*, Paris, 1998, p. 16 e 160.

[11] S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia* cit., il quale sottolinea come di tale aspetto sia stata messa in evidenza solo la caratteristica organizzativa e di come, all'opposto, sia stata sottovalutata la caratteristica funzionale, la cui importanza risiede nel fatto che essa «*«mima» e completa la democrazia politica*».

[12] S. CASSESE, *I rapporti tra Stato ed economia* cit., risalta il carattere inaspettato dei risultati ottenuti dall'interazione tra vecchio e nuovo ordinamento, tra i quali spiccano, ad esempio, la sintonia tra liberalizzazione e le privatizzazioni a livello nazionale e l'opposta tendenza espansiva della sfera pubblica a livello locale, determinata dalla liberalizzazione dei servizi pubblici.

[13] M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* (1970), Milano, 1993, I, 3ª ed., 62, afferma che «*le profonde trasformazioni in corso nei e fra i pubblici poteri, conservano […] agli Stati un ruolo di centri di affluenza* […] *se gli Stati stanno inarrestabilmente perdendo potestà a vantaggio di altri pubblici poteri, è anche vero che sono l'unico pubblico potere che conserva capacità di aggregazione dell'azione di ogni altro potere pubblico*».

[14] cfr. S. CASSESE, *Stato e mercato* cit., p. 385 e ss..

[15] Sul punto, S. CASSESE, *op. ult.* cit., *ibidem*, ha osservato che «*se taluni servizi pubblici sono passati dalla mano pubblica a quella privata, lo Stato non se ne disinteressa e i servizi, per esser gestiti da privati, non divengono meno pubblici*».

La prima è il passaggio dallo Stato "interventista" allo Stato del "*welfare*", cambio di paradigma che ha messo al centro dell'attenzione il problema del reperimento delle risorse e, di conseguenza, la necessità di reperire i mezzi per finanziarsi, il tutto unitamente all'ingresso del concetto di "calcolo economico" nell'amministrazione di erogazione.

La seconda è rintracciabile nell'internazionalizzazione dei mercati, che ha avuto come effetto quello di portare lo Stato ad abdicare il proprio ruolo di interventore diretto in favore di quello di "codecisore" nell'area sovranazionale.

Infine, la terza ipotesi si lega strettamente all'avanzare delle tecnologie e all'incapacità dello Stato di gestire la troppo rapida evoluzione di tale fenomeno[16]. Anche in questo caso, sono evidenti i primi "sintomi" che porteranno al progressivo coinvolgimento dei privati nell'azione pubblica.

Per le finalità che qui interessano, non va trascurato come il mutamento del ruolo dello Stato è stato accompagnato, contemporaneamente, da una progressiva trasformazione della sua scienza, ossia il diritto amministrativo[17]. Limitando l'analisi entro un perimetro temporale ben definito, che va dalla comparsa dei primi caratteri definitori del moderno diritto amministrativo - quali la crescita degli Stati, la fine del c.d. "*laissez faire*"[18] e la comparsa embrionale del *Welfare State*[19] - fino alla formulazione espressa del sintagma Partenariato Pubblico-Privato - che, come si dirà, sancisce un netto cambio di paradigma nei rapporti partecipativi dei privati nella sfera pubblica -, si osserva, infatti, come la presa del potere da parte dell'economia coincide con la «*crise du droit administratif*»[20]. In maniera molto efficace, è stato detto che, da allora, «*Stato e diritto amministrativo si presentano in parte dissociati*»[21].

Ma partiamo dall'inizio. Sul finire del XIX secolo, il diritto amministrativo presentava caratteri molto netti e, tra questi, vi era certamente la sua capacità di dominare sugli interessi dei privati[22], al punto da poter dire che «*le caractère dominant du droit administratif, c'est que l'intèrêt public fait imposer à l'interêt privé de nombreux sacrifices. Cela est dans la nature des choses*»[23]. È interessante rilevare che la dominanza del potere pubblico e il connesso problema del "come" esercitare tale potere ha determinato la nascita del termine "discrezionalità", da intendersi come la «*possibilità di scelta tra una pluralità di soluzioni egualmente consentite dal diritto obiettivo*»[24] e che poi, in epoche di molto successive, proprio la discrezionalità rappresenterà, unitamente al principio di funzionalizzazione[25], uno dei pilastri su cui si fonda il PPP che, a sua volta, rappresenta uno dei grimaldelli che hanno contribuito a determinare la fine della dominanza dell'Amministrazione in danno del privato.

---

16 Su questi aspetti, cfr. cfr. S. CASSESE, *Stato e mercato* cit., p. 386.

17 Cfr. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, fasc. 1, p. 27-40. Per un'analisi delle trasformazioni sia della Pubblica amministrazione sia della scienza giuridica, Id., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000; Id. *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1985, p. 374 ss.

18 Cfr. A.V. DICEY, *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, 1905, traduzione italiana, Bologna, 1997.

19 Cfr. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, fasc. 1, pp. 27-40.

20 F. BURDEAU, *Histoire du droit administrative*, Paris, 1995, p. 27 ss.

21 S. CASSESE, *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, fasc. 4, p. 903.

22 S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo* cit., p. 31, evidenzia che proprio per arginare questo tratto di supremazia della pubblica amministrazione si svilupperà il principio di legalità.

23 L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, 1885, p. 27.

24 A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, in L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, p. 253.

25 Sul principio di funzionalizzazione, sulla sua portata e sulle sue implicazioni, è obbligato il rinvio a M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

Un ulteriore tratto caratterizzante il diritto amministrativo, nella sua configurazione iniziale, è definibile attraverso l'espressione "*règime administratif*", da intendersi come la sommatoria delle "*prérogatives de l'administration*", ossia dei privilegi e/o delle prerogative riservate al soggetto sovrano, tra le quali vi rientrava sicuramente anche la possibilità di incidere sulle posizioni giuridiche soggettive dei privati senza alcun "*privilège du préalable*"[26]. Questo specifico aspetto, ossia l'esorbitanza dei poteri assegnati all'Amministrazione, è, secondo Sabino Cassese, il tratto su cui si fondava la «*radicale diseguaglianza*» tra diritto amministrativo e diritto privato, al punto che «*il diritto amministrativo usciva così dal dominio del diritto privato, che l'aveva fino allora fatta da padrone, e costituiva un proprio sistema di regole e principi, dove la contrattualità e il consenso risultavano limitati dalla presenza di un diritto più pesante. Si formava così la dicotomia diritto amministrativo-diritto civile*».

Già a fine '800, Tocqueville notava che «*le droit administratif et le droit civil forment comme deux mondes séparés, qui ne vivent point toujours en paix, mais qui ne sont ni assez amis ni assez ennemi pour se bien connaître*»[27], sintetizzando, così, perfettamente la natura del rapporto che intercorreva tra i due regimi, ossia non contrapposizione ma netta separazione e duplicazione, nel senso che gli istituti appartenenti ad una branca si trovavano, con caratteristiche differenti, anche nell'altra.

I tratti appena definiti, come si è già detto, sono stati investiti da una profonda trasformazione, la quale ha condotto il diritto amministrativo ad assumere una fisionomia molto simile a quelle attuale, più vicina alle dinamiche del diritto comune.

In primo luogo, la supremazia del diritto amministrativo non rappresenta più una regola ma una eccezione, disciplinata e, talvolta, arginata dal principio di legalità, cui si affiancano nuove concezioni del rapporto tra Stato e cittadino quali consenso e bilateralità[28].

In secondo luogo, il diritto amministrativo prende un nuovo indirizzo, tendendo a svilupparsi in forme privatistiche e mettendo, così, in crisi la differenza tra diritto amministrativo e diritto comune. Gli agenti che hanno operato tale spinta sono rintracciabili, oltreché nelle mutate concezioni ideologiche, anche e soprattutto nell'interesse a far sì che il diritto amministrativo assuma vesti privatistiche per garantire una maggiore flessibilità di azione al decisore pubblico, tradizionalmente imbrigliata negli eccessivi vincoli pubblicistici. A ben vedere, però, si può concordare con l'idea per cui, nella fase storica antecedente l'avvento del Partenariato Pubblico-Privato, il diritto privato viene usato in chiave strumentale, nel senso che l'Amministrazione se ne avvale solo per i propri scopi, senza che l'area nella quale si manifesta la volontà dell'Amministrazione diminuisca. Inoltre, anche la diffusione delle forme di collaborazione e, finanche, di cooperazione non determina una parificazione dei ruoli tra soggetti pubblici e privati.

Detto in altri termini, seguendo la classificazione tradizionale che per lungo tempo è stata seguita dalla scienza amministrativa, la Pubblica amministrazione non pone in essere attività amministrativa di diritto privato, ma solo attività di diritto privato in senso stretto[29]. Ciò

---

[26] Cfr. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo* cit., p. 32, il quale richiama la sistematica fornita da M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Pars, 1933, e F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif* cit..

[27] A. DE TOCQUEVILLE, *Nouvelle correspondance*, Paris, Levy, 1866, p. 67.

[28] Cfr. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo* cit., p. 35, dove si evidenzia che anche nell'Amministrazione consensuale, tuttavia, permane un'asimmetria di fondo tra potere amministrativo e privati.

[29] La distinzione, ben nota alla scienza amministrativa, è dovuta A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1999. Per una

significa, in sintesi, che non vi è ancora una sostituzione del diritto comune al diritto amministrativo[30].

Questo fenomeno sembra essere accentuato anche dalla tendenza alla convergenza dei diritti amministrativi nazionali[31], i quali elaborano e scambiano tra loro soluzioni giuridiche determinate non solo, e non tanto, dalle teoriche proprie di ciascuna tradizione giuridica, ma dalla necessità di rispondere ai problemi posti da necessità comuni. Anche sotto questo aspetto, come si vedrà meglio più avanti, si intravedono le radici del Partenariato Pubblico-Privato, che è stato pensato proprio per rispondere ad esigenze comuni tra i diversi Stati, e che si è sviluppato, solo successivamente, in molteplici varianti, come, ad esempio, quella francese rispetto a quella italiana (*infra*, §4 e §6).

Questa specifica tendenza è stata favorita da uno «*degli aspetti più interessanti dell'esperienza recente delle amministrazioni pubbliche che è il recesso,* […] *ormai continuo, delle discipline pubblicistiche e l'incremento delle regolazioni privatistiche*»[32], recesso che ha portato, inevitabilmente, a riconoscere che il diritto amministrativo ha due anime, quella autoritativa e quella convenzionale. L'approdo di tale deriva sembra essere stato positivizzato nell'art. 1, co. 1 *bis*, Legge n. 241 del 1990, che afferma espressamente che «*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*».

Tutto ciò sta ad indicare, ancora una volta, che in principio l'Amministrazione ricorre al diritto amministrativo come strumento, senza parificarsi al privato[33]. Anticipando, di molto, alcune conclusioni del presente scritto, si evidenzia che il Partenariato Pubblico-Privato rappresenta un fenomeno che ha impattato enormemente proprio su questo specifico aspetto, andando a riequilibrare, se non addirittura a sbilanciare in direzione opposta, il rapporto in senso sostanziale tra diritto amministrativo e diritto comune, tra Amministrazione e soggetti privati.

Tra i fattori che hanno contribuito alla crisi del ruolo dello Stato e alla graduale trasformazione del diritto amministrativo vi è anche la c.d. "rivoluzione dei diritti"[34] che, per le finalità che qui interessano, va intesa nella sua accezione di progressiva insufficienza del potere autoritario a garantire l'ordine e il rispetto delle posizioni dei singoli, cui corrisponde la progressiva necessità di rispettare anche la giustizia in senso procedimentale. Tutto ciò, ovviamente, ha determinato una ulteriore complicazione nell'azione dell'Amministrazione, la quale ha sondato altri metodi di gestione della *res publica*, quali le esternalizzazioni di funzioni e compiti pubblici e lo svolgimento di attività fondate sulla negoziazione.

In conclusione, i vari movimenti magmatici, che, intrecciandosi, hanno ridefinito il ruolo del soggetto Pubblico rispetto all'economia e hanno trasformato la fisionomia originaria del diritto amministrativo, hanno condotto lo Stato a privarsi della sua «*veste sacrale*»[35], a ridurre l'utilizzo degli strumenti di imperio e ad espandere, contestualmente, lo spazio e il ricorso

---

prospettiva che supera tale distinzione, cfr. M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

30 Cfr. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo* cit., p. 36.

31 Cfr. S. CASSESE, *Tendenze e problemi* cit., p. 907.

32 M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., p. 62

33 S. CASSESE, in *"Le droit tout puissant"* cit. p. 531, rileva come l'Amministrazione ricorra agli strumenti del diritto privato per ragioni di mera convenienza.

34 Sulla rivoluzione dei diritti, cfr. C.R. SUNSTEIN, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard, 1993; R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, tr. it., in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, fasc. 1, pp. 1-29.

35 Così S. CASSESE, in *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, fasc. 2, p. 398.

alle metodologie consensuali, tipico esempio di "Stato ad amministrazione disaggregata", con evidenti effetti anche «*in ordine alle embricazioni tra diritto pubblico e diritto privato*»[36].

Da questo momento, il rapporto tra Pubblico e privato assume, quindi, una morfologia particolarmente variabile[37], passando da interazioni fondate sull'esercizio del potere di imperio a relazioni fondate sul contratto. L'attività unilaterale dell'Amministrazione si intride di principi tipici del diritto comune[38] e il soggetto "amministrato" diviene "cittadino", il soggetto "*administré*" è ora "*citoyen*"[39].

Si fa strada l'utilizzo di strumenti, di logiche e di modalità di azione già largamente conosciuti al mondo privato e, soprattutto, al mercato, anche grazie alla diffusione nei diversi ordinamenti a scienza giuridica avanzata del c.d. "*new public management*". Gli Stati iniziano, allora, ad essere accomunati dall'amministrare il settore pubblico attraverso logiche manageriali, mentre continuano a differenziarsi grazie alle singole peculiarità su cui ciascun Paese ha deciso di puntare: ad esempio, "*logique de résultat*" in Francia, coinvolgimento dei privati nel finanziamento di opere pubbliche (*private finance initiative*) negli Stati Uniti[40].

Ecco, allora, che il coinvolgimento e la partecipazione dei privati inizia ad essere uno schema operativo accettato e sempre più diffuso, sia a livello procedimentale, sia a livello organizzativo che politico. Le interazioni si moltiplicano e assumono varie denominazioni, nelle quali si cerca di racchiudere i tratti caratterizzanti, e si inizia a parlare, sul piano procedimentale, di moduli negoziali utilizzati dall'Amministrazione per addivenire al provvedimento finale, di "privatizzazione", "esternalizzazione" e "*deregulation*" su quello organizzativo, e, per quanto più qui interessa, di "collaborazione" sul piano della realizzazione di varie tipologie di politiche, con accezione sempre più paritaria dei ruoli tra le parti.

I termini appena citati (a titolo meramente esemplificativo), tuttavia, non descrivono affatto esperienze tra loro accomunabili dal punto di vista strettamente giuridico, né, come detto, si tratta di fenomeni che operano sullo stesso piano, ma ciascuno di essi racchiude una specifica peculiarità che distingue ogni tipologia di interazione l'una dall'altra.

L' utilizzo di "moduli consensuali" nel procedimento amministrativo è stato positivizzato nella Legge n. 241 del 1990, laddove si prevede che la P.a. possa concludere «*accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo*» (art. 11). Tale modalità di azione, tuttavia, non ha nulla a che vedere con la "attività consensuale" dell'Amministrazione, in quanto essa prevede, a differenza della prima (ossia, della attività procedimentale per moduli consensuali), una effettiva parificazione dei ruoli tra soggetto Pubblico e soggetto privato[41].

---

[36] Così S. CASSESE, in *op. ult.* cit. p. 398. Per una sintetica analisi degli elementi che hanno condotto alla disgregazione dell'Amministrazione, ancora S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, fasc. 2, p. 467-474; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

[37] Per una analisi più approfondita, cfr. L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009.

[38] Cfr. M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992, pp. 192 ss.

[39] Cfr. L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano* cit., p. 500; M. RUBINO-SAMMARTANO, *Il tramonto di un dogma (*project finance*, nonché* build operate transfer *e partenariato pubblico-privato)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2021, vol. 1, pp. 375-385, identifica nel passaggio da "suddito" a "cittadino" il venir meno del "dogma" della riserva allo Stato della costruzione delle infrastrutture pubbliche e i presupposti per l'avvento del fenomeno partenariale.

[40] Cfr. L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano* cit., pp. 501-502.

[41] Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Diritto Amministrativo*, 2003, fasc. 2, pp. 217 ss.. Sulla tematica del rapporto tra Pubblico e privato, si rinvia a G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

Spostando lo sguardo sul piano organizzativo, si osserva che con il termine privatizzazione si fa riferimento, in via del tutto generale, ad un fenomeno che riguarda il regime giuridico applicabile ad alcuni aspetti sistematici dell'organizzazione stessa dello Stato, e consiste nel passaggio dall'applicazione del diritto "pubblico" a quello "privato"[42]. Privatizzare, tuttavia, non comporta una diminuzione dello spazio occupato dal soggetto pubblico né un arretramento della sua azione, tanto è vero che, al contrario, si parla di "pubblicizzazione del diritto privato"[43] e si assiste ad un aumento dei vincoli pubblicistici.

In sintesi, per quanto riguarda il rapporto tra Pubblico e privato, le privatizzazioni non incidono sugli equilibri dei rapporti di forza tra i soggetti, ma attengono ad un fenomeno solo "formale", nel senso che l'azione di intervento dello Stato assume una veste solo formalmente privata ma rimane sostanzialmente pubblica e di superiorità rispetto al privato[44].

Le esternalizzazioni, invece, vedono il coinvolgimento dei privati sotto forma di "affidamento" dell'esecuzione di servizi pubblici, secondo una dinamica per cui lo Stato mantiene il proprio ruolo di decisore e di guida e lascia al privato la mera esecuzione dei compiti che gli sono stati commissionati per contratto[45]. Il Pubblico rimane, perciò, in posizione di superiorità e di dominio rispetto al privato.

Infine, il concetto di "*deregulation*" richiama alla mente esperienze nate nel mondo anglosassone che afferiscono, più che altro, al rapporto tra Pubblico e privato sul piano della concorrenza. La c.d. "deregolamentazione", infatti, consiste nell'eliminare vincoli giuridici all'ingresso di determinati mercati, liberalizzandoli, e consentendo ai privati di accedervi con maggiore facilità.

Anche in questo caso, tuttavia, i rapporti tra Amministrazione e amministrati non cambiano, nel senso che le politiche di apertura del mercato non riguardano forme di collaborazione in senso stretto né incidono in termini di relazione potere-libertà[46].

Rimane, allora, da sondare il terreno delle collaborazioni nella realizzazione di politiche pubbliche. Prima di procedere, però, occorre fare una premessa, di cui si deve tenere conto anche nel prosieguo dell'analisi.

Il tipo di rapporto collaborativo da cui trae origine il Partenariato Pubblico-Privato ha tratti ben definiti, ossia stabilità e lunga durata del rapporto stesso tra le parti, contestuale e ben precisa ripartizione di competenze e risorse, e tali tratti non sono certo rinvenibili in qualunque tipologia di interazione tra Amministrazione e amministrati, ma solo in quelle sviluppate nei settori delle opere pubbliche e dei servizi pubblici[47]. Tali elementi definitori

---

[42] Per una sintetica ricognizione della nozione di "privatizzazione" e dei suoi ambiti applicativi, cfr. E. FRENI, *Le privatizzazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo IV, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, pp. 3947 e ss..

[43] Così L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano* cit., p. 37, la quale evidenzia come l'estensione del perimetro degli istituti di segno pubblicistico alle società formalmente private finisce per paralizzarne lo spirito imprenditoriale e ridurne l'attrattività.

[44] Cfr. E. FRENI, *Le privatizzazioni* cit., secondo cui le privatizzazioni non sono altro che uno strumento con cui lo Stato riorganizza l'area del proprio intervento ma senza ridurla.

[45] S. CASSESE, in *"Le droit tout puissant"* cit., p. 537, esemplifica tale situazione ricordando che alcuni Stati affidano anche funzioni che, tradizionalmente, rappresentano manifestazione di sovranità nazionale come le "*private military companies*".

[46] Sulle implicazioni delle liberalizzazioni nei rapporti tra Stato e privati, cfr. M. LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, fasc. 7, pp. 802 e ss.

[47] Cfr. G. PIPERATA, *Introduzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, 2011, Torino, p. 5.

del PPP sono così marcati da essere chiaramente individuabili nelle diverse anime della c.d. "nuova costituzione economica"[48].

Questo aspetto assume un'importanza particolarmente rilevante per tratteggiare la fisionomia del Partenariato Pubblico-Privato e per darne una prima, sommaria, nozione. Ecco, allora, che ripercorrere sinteticamente l'evoluzione della collaborazione tra Stato e privati nella realizzazione di politiche pubbliche, dando risalto alle diverse "anime" di cui si è parlato, ossia quelle sociali e quelle economiche, sembra un esercizio utile per far risaltare e, così, isolare le caratteristiche più importanti delle tecniche di cooperazione più nuove e recenti.

D'altronde, «*le cose nuove non si capiscono se non si pongono a confronto con le vecchie*»[49], e il PPP non sfugge a questa verità.

Il primo periodo di riferimento[50] va dall'unificazione del Regno di Italia (1861) fino alla fine del secolo XIX ed è dominato da due fenomeni, ossia privatizzazioni e liberismo economico. Il primo ha determinato l'alienazione di importanti quote di demanio, appartenente, da un lato, allo Stato e, dall'altro, all'Asse ecclesiastico, circostanza che ha determinato la conseguente nascita del latifondo; il secondo fenomeno, invece, ben più rilevante in chiave di dialettica tra Pubblico e privato, rappresenta il presupposto sotteso alla scelta di non istituire un vero e proprio centro di governo dell'economia e ad attribuire al Ministero dei lavori pubblici compiti volti alla realizzazione delle infrastrutture ritenute, ai tempi, strategiche. In sintesi, quindi, in questa prima fase storica, la collaborazione tra Pubblico e privato è caratterizzata dall'assenza di qualsivoglia aspetto di parificazione tra le parti e di ripartizione o attribuzione di rischi o funzioni sociali tra di esse, fatto conseguente alla rigida e ben distinta separazione dei ruoli[51] propria dell'epoca considerata.

Il secondo periodo, compreso tra la fine dell'8oo e gli anni Venti del '900, si muove su due dorsali politiche molto nette, quella della previdenza sociale e quella delle opere pubbliche.

Sotto il primo aspetto, si assiste al passaggio da un sistema mutualistico ad uno previdenziale, dove il tradizionale binomio Stato e privato si allarga fino a divenire un rapporto tripolare; emblematico di questo periodo è la nascita della Cassa nazionale di previdenza e di altri organismi pubblici (Istituti di previdenza). L'atteggiamento interventista dello Stato è evidente anche sul fronte dell'economia, dove si registra la nascita di numerose imprese pubbliche - alcune delle quali ancora esistenti come Ferrovie dello Stato (1905) o Istituto Nazionale delle Assicurazioni-INA (1913) - che hanno determinato una coesistenza, a tratti collaborativa, a tratti concorrente, con i privati[52].

La politica delle opere pubbliche, invece, si caratterizza per due elementi, ossia la c.d. "differenziazione legislativa", esemplificabile con le leggi speciali per Napoli (1885 e 1904), Calabria (1906) e Basilicata (1908), mirata ad intervenire nelle aree meno sviluppate del Paese, e per l'incremento degli interventi infrastrutturali. In un contesto così caratterizzato, il

---

[48] Cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico-Privato. Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni*, Napoli, 2009, p. 2, dove si richiama espressamente il concetto di economia sociale di mercato. Più in generale, sulla c.d. "costituzione economica", il rinvio è obbligato a S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Bari, 2021.

[49] S. CASSESE, *op. ult.* cit., p. 6.

[50] La periodizzazione dell'analisi non può prescindere dalla quadripartizione operata da Sabino Cassese in *La nuova costituzione economica* cit..

[51] Cfr. M. DUGATO, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in *La collaborazione pubblico-privato* cit., p. 62.

[52] Cfr. M. DUGATO, *op. ult.* cit, p. 63.

paradigma collaborativo, come è evidente, cambia rispetto al periodo precedente, in quanto la politica dei lavori pubblici «*comportava l'aumento dei contratti stipulati con i privati per l'esecuzione delle opere pubbliche*»[53], seppur ancora basato su una disparità di poteri e di ruoli.

Il terzo lasso di tempo qui preso in considerazione, che corre dagli anni '20 agli anni '50, si caratterizza per un rapporto di "controllo" del Pubblico verso il privato, atteggiamento comprensibile solo alla luce dell'orientamento dirigistico dell'Amministrazione, tipico di questa peculiare fase storica e politica del Paese, dove lo Stato esclude i privati da alcuni settori del mercato, a mezzo della c.d. "riserva originaria", oppure ne controlla e limita l'accesso, attraverso l'uso delle autorizzazioni. In questa fase, comprensiva anche del primissimo periodo successivo alla nascita della Repubblica, l'esempio più chiaro di coazione con i privati nella gestione delle attività di impresa è l'esperienza della ricostruzione industriale basata sugli studi di Pasquale Saraceno e culminata nella costituzione dell'IRI. Il binomio Pubblico-privato, in questo frangente storico, non ha, quindi, cessato di esprimersi su un piano di disparità.

Il quarto periodo, che giunge fino agli anni '80 del secolo XX, si caratterizza per il completamento del sistema delle partecipazioni statali in aziende chiave per l'economia del Paese e per la nazionalizzazione di settori strategici quali quello elettrico e infrastrutturale, oltreché che per il finanziamento massiccio delle imprese in crisi. Lo Stato diventa, quindi, "finanziatore" e gli strumenti da esso adoperati, come i contributi a fondo perduto, il premio e il credito agevolato, testimoniano come sia ancora assente il carattere "cooperativo" dell'esperienza partenariale e come la collaborazione tra Pubblico e privato sia ancora ferma ad un paradigma di superiorità dell'uno sull'altro.

È solo a partire dagli anni '90, infatti, che esigenze concrete e comuni a vari Stati, europei e non, quali riduzione del debito pubblico e necessità di modernizzare le modalità di azione dell'Amministrazione (*infra*, §2), hanno spinto a considerare il privato non più solo come soggetto destinatario delle politiche di intervento, ma come interlocutore per decidere tali politiche e per attuarle attraverso il suo coinvolgimento diretto e, in misura sempre più crescente, paritario.

Alla luce dell'analisi sino a qui complessivamente svolta, allora, si può trarre una prima conclusione, ossia che la "collaborazione" tra Pubblico e privato che si è sviluppata prima dell'introduzione del concetto di "cooperazione" partenariale può assumere vari significati, accomunati solo dal fatto che il soggetto Pubblico si trova sempre e comunque in posizione di piena superiorità rispetto al privato.

Con il Partenariato Pubblico-Privato, invece, il paradigma delle attività convenzionali[54] assume sembianze radicalmente nuove, perché il soggetto privato "coopera" con il Pubblico sulla base di rapporti di lunga durata, dove rischi e risorse sono ripartiti in modo paritario, secondo logiche e modelli mai sviluppatisi prima nel panorama giuridico e, più in generale, nella dialettica tra potere e libertà. In sintesi, il Partenariato fa fare un salto di qualità al concetto di collaborazione, in quanto esso «*non rappresenta così soltanto un modello di realizzazione di opere e servizi capace di catalizzare risorse e saperi di differente origine, ma anche il luogo naturale in cui si realizza la collaborazione dei privati nel raggiungimento di obiettivi di natura collettiva*»[55].

[53] Così S. CASSESE, in *op. ult.* cit., p. 11.
[54] Cfr. S. CASSESE, *Tendenze e problemi* cit., p. 911.
[55] Così M. DUGATO, in *Il partenariato pubblico-privato* cit., p. 64.

Senza la pretesa di fornire una nozione di Partenariato Pubblico-Privato che si adatti ad ogni esperienza giuridica in cui esso si manifesta, si può dire che essa, in via di prima approssimazione, rappresenta, ancor prima di un'operazione economica, una modalità di governo a disposizione dell'Amministrazione, una vera e propria scelta di politica sociale e infrastrutturale, che non può, in ogni caso, prescindere da concetti come "relazione stabile", "funzionalizzazione", "sussidiarietà", "buon andamento" ed "efficienza dell'azione amministrativa".

Nelle pagine dei capitoli che seguiranno, si cercherà, allora, di capire se questi concetti ricorrono nelle disposizioni che, ad oggi, definiscono e disciplinano il Partenariato Pubblico-Privato nell'ordinamento interno. Il primo passo da fare, tuttavia, è capire se la nozione di Partenariato fornita dal legislatore nazionale rispecchia il concetto di PPP nato e sviluppato a livello sovranazionale.

2. Il cambio di paradigma nelle collaborazioni tra soggetti pubblici e operatori economici privati: la nascita e l'evoluzione della *Public-Private Partnership*. L'inquadramento istituzionale del fenomeno in Europa.

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, a livello globale, uno specifico aspetto della vita dello Stato, ossia la sua capacità di offrire e gestire opere e servizi pubblici, è entrata in crisi. Le ragioni del declino organizzativo che ha coinvolto l'Amministrazione possono essere rintracciate in alcune dinamiche comuni a diversi Stati, quali la necessità di sopperire all'incapacità di mantenere alti livelli produttivi - a fronte di un aumento della domanda e a parità di entrate -, la sostituzione del tradizionale modello gestionale fondato sull'uso della burocrazia con modelli ispirati a logiche di mercato, la decentralizzazione verso il basso del polo di comando e, soprattutto, il ricorso a sistemi di erogazione fondati su meccanismi "*bottom-up*" e di risultato[56].

Nell'ambito del contesto appena descritto, ha quindi iniziato a diffondersi e svilupparsi un moto riformatore delle modalità di azione dello Stato, che ha coinvolto diverse aree di intervento pubblico, denominato "*New Public Management*". Questa nuova *policy* si fonda, sostanzialmente, sull'idea che le tecniche manageriali private siano superiori a quelle elaborate nell'ambito del settore pubblico e che, pertanto, la loro applicazione nella gestione delle opere e dei servizi pubblici possa apportare indubbi vantaggi in termini di efficienza e di efficacia[57].

Tra le conseguenze di questa nuova prospettiva, vi è l'evoluzione del modo di concepire le modalità di gestione da parte del Pubblico e, soprattutto, la contestuale ridefinizione dei ruoli delle figure che, tradizionalmente, operano nell'ambito dei servizi pubblici[58]. È così, allora, che i privati iniziano ad assumere una posizione e un "peso" sempre più crescente nella realizzazione di varie tipologie di politiche dello Stato e il contratto diventa lo strumento con cui vengono suggellate interazioni di carattere cooperativo di lunga durata.

---

[56] Per un ampio approfondimento sul tema della riforma che ha coinvolto il "*management*" pubblico, cfr. D.F. KETTL, *The global public management revolution: a report on the transformation of governance*, Washington, Brookings Institution press, 2005. L'A. sintetizza gli elementi della crisi in sei «*core characteristics*», ossia «*Productivity*», «*Marketization*», «*Service orientation*», «*Decentralization*», «*Policy*» e «*Accountability for results*», pp. 1-2.

[57] Cfr. S.P. OSBORNE, *Introduction. The (New) Public Governance: a suitable case for treatment?*, in Id., *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, Routledge, 2010, p. 3.

[58] Cfr. S.P. OSBORNE, *op. ult.* cit., p. 4, il quale afferma che «*at a practical level,* [new public management] *led to the evolution of management as a coherent and legitimized role and function within PSOs, in contrast to (and often in conflict with) the traditional professional groupings within PSO*s».

Si assiste, in altri termini, alla nascita delle "*Public-Private Partnerships*" ("*PPP*").

Autorevole dottrina sostiene che questo termine sia nato negli Stati Uniti per indicare, inizialmente, forme di collaborazione tra settore pubblico e settore privato per raccogliere fondi da destinare al finanziamento di programmi scolastici e che, successivamente, il sintagma "*PPP*" si sia esteso fino ad includere anche accordi riguardanti programmi di rigenerazione urbana[59]. Ciò che è sicuro, in ogni caso, è che l'espressione "*Public-Private Partnership*", a prescindere da ogni tentativo di inquadramento e di definizione della nozione[60], ha rappresentato, fin dal principio, una novità nel panorama del "*public management*"[61] e, soprattutto, un "salto di qualità" nelle interazioni tra Pubblico e privato[62].

La nuova modalità di cooperazione, infatti, delinea un netto cambio di paradigma nel rapporto tra settore pubblico e settore privato, soprattutto rispetto alla "mera" collaborazione descritta nelle pagine precedenti (*supra*, § 1), in quanto essa (la nuova modalità di cooperazione) è idonea a rendere i servizi pubblici più accessibili alle comunità locali e più rispondenti alle loro necessità, soddisfare varie esigenze sociali attraverso soluzioni economicamente efficienti e, soprattutto, migliorare i processi decisionali attraverso il coinvolgimento diretto del privato[63]. Proprio quest'ultimo aspetto rappresenta e racchiude, più degli altri, il tratto caratterizzante il rapporto partenariale[64].

Il PPP, nella sua accezione di cooperazione, poggia, infatti, su due presupposti. Il primo è che lo Stato non possiede sempre tutte le conoscenze o le competenze per soddisfare ogni tipo di esigenza pubblica e ciò significa, di conseguenza, dover ricercare e, poi, doversi confrontare con chi, al contrario, dispone del *know how* necessario per farlo; il secondo è che la responsabilità del buon esito dell'interazione collaborativa è equamente ripartita tra il soggetto Pubblico – che conserva saldamente un ruolo di controllore – e il privato – che, invece, ha il compito di apportare nel progetto comune le proprie conoscenze e le proprie

---

[59] Cfr. E.R. YESCOMBE, *What are Public-Private Partnerships*, p. 2, in Id., *Public-Private Partnerships. Principles of Policy and Finance*, Butterworth-Heinemann, 2007.

[60] Cfr. G.A. HODGE e C. GREVE, *Public-Private Partnerships: An International Performance Review*, in *Public Administration Review*, 2007, p. 545, evidenziano che i PPP «*have gained wide interest around the world* [but] *few people agree on what a PPP actually is*». Sul punto, tra le varie tesi, si ricorda quella di S. LINDER, *Coming to Terms with the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings*, in *American Behavioral Scientist*, 1999, pp. 35-51, secondo cui il PPP è un termine nuovo nel panorama del *public management* per indicare, in realtà, dinamiche di coinvolgimento dei privati già conosciute; mentre secondo E.S. SAVAS, *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York, Chatham House, 1999, il partenariato è una modalità di gestione di infrastrutture pubbliche.

[61] Cfr. R. WETTENHALL, *The Rhetoric and Reality of Public-Private Partnerships*, in *Public Organization Review: A Global Journal*, 2003, fasc. 3, p. 77, il quale afferma che «*the term partnership is now a dominant slogan in the rhetoric of public sector reform, arguably capturing that status from privatization which held similar dominance through the 1980s and 1990s*».

[62] Cfr. G.A. HODGE e C. GREVE, op. ult. cit., p. 545, i quali ricordano che nel panorama scientifico, tra altra varie teorie, i PPP «*are seen as a qualitative jump ahead in the effort to combine the strong sides of the public sector and the private sector*».

[63] Cfr. S.P. OSBORNE, *Introduction. Understanding public-private partnerships in international perspective: globally convergent or nationally divergent phenomena?*, in Id., *Public-Private Partnerships. Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, 2000.

[64] Cfr. J. FORRER – J.E. KEE – K.E. NEWCOMER – E. BOYER, *Public-Private Partnerships and the Public Accountability Question*, in *Public Administration Review*, 2010, p. 477, secondo cui i PPP «*reflect a unique relationship between the government and a private firm. While the government retains ultimate responsibility for the delivery of the good or service, it becomes a partner with the private sector in decision making and delivery*»; A. TRAVI, *Il Partenariato Pubblico-Privato: i Confini Incerti di una Categoria*, in (a cura di) M.M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, p. 11, ricorda che uno dei valori innovativi del partenariato è stato considerato proprio il superamento della distanza istituzionale tra Pubblica amministrazione ed operatori economici privati.

risorse – in una logica di mutuo incentivo al raggiungimento, nel miglior modo possibile, dell'obiettivo comune[65].

Tutto ciò, come è ovvio, implica che il rapporto partenariale possa assumere varie "configurazioni" e connotazioni. Tra le tante, ai fini delle osservazioni che seguono, se ne vuole prendere in considerazione una specifica, ossia quella di PPP come importante strumento a disposizione dell'Amministrazione per il governo delle politiche infrastrutturali e, più in generale, dei servizi pubblici, secondo l'angolo prospettico per cui «*partnerships may be seen as new forms of governance, which fit in with the imminent network society*»[66].

Tale particolare tipologia di partenariato trae origine dall'esperienza, nata e diffusasi nel Regno Unito, del c.d. "*Private Finance Initiative*" ("*PFI*")[67] quale mezzo cui il Governo britannico ha fatto ricorso per coinvolgere i privati nella realizzazione e nella gestione di opere pubbliche[68]. Infatti, le cooperazioni di *PFI* globalmente intese rappresentavano un'alternativa al metodo tradizionale di soddisfazione del "*public procurement*" e si caratterizzavano per la stipulazione di contratti tra Amministrazione e privati, il cui scopo ultimo era proprio quello di avvantaggiarsi dell'esperienza, delle risorse e della competenza manageriale di questi ultimi nelle varie fasi del ciclo di vita del progetto infrastrutturale[69].

Senza ripercorrere l'intera evoluzione del Partenariato Pubblico-Privato, la sua estensione a livello mondiale e le conseguenti implicazioni socio-politiche, soprattutto in riferimento all'affermarsi della "*New Public Governance*"[70], di cui esso è foriero, è qui sufficiente dire che la fisionomia più recente - e, probabilmente, anche quella attuale - assunta dal fenomeno è dovuta allo sviluppo del *PFI* e dell'istituto della concessione[71]. È, infatti, proprio rispetto a tale tipologia di cooperazione, qualificabile come "*project-based*" o "*contract-based*"[72], il cui tratto caratterizzante è legittimare le Amministrazioni «*to engage with a number of private agents in often*

---

65 Cfr. J. FORRER – J.E. KEE – K.E. NEWCOMER – E. BOYER, *op. ult.* cit, p. 477, evidenziano che i PPP «*are often justified on one fundamental* assumption *and one fundamental* presumption […] *The* assumption *is that governments often do not have the in-house knowledge of the most cost-effective ways to deliver many types of public goods and services—either directly or through contracts. Governments have radically reduced their research and development capacity and increasingly have relied on consulting firms to do their thinking and even to manage their contracts* […] *governments need to engage partners that have the necessary expertise, knowhow, and managerial adeptness needed to carry out government responsibilities. The* presumption *is that governments can partner with private firms in a relationship in which government gains access to the technical expertise it requires and can assess the cost-effectiveness of private delivery, and firms are willing to share their expertise in exchange for long-term service contracts* […] *PPP ties the two parties together in a common goal, where both of their fortunes are linked to the success of the overall project, providing the incentives for both sides to cooperate, innovate, and work collaboratively toward the success of the enterprise*».

66 Così G.R. TEISMAN e E. KLIJN, *Partnership Arrangements: Governmental Rhetoric or Governance Scheme?*, in *Public Administration Review*, 2002, pp. 197 ss.

67 Per una approfondita analisi del *Project Finance*, si rinvia a E.R. YESCOMBE, *Principles of Project Finance*, 2002.

68 Cfr. C.B. CASADY-K. ERIKSSON-R.E. LEVITT-W.R. SCOTT, *(Re)defining public-private partnerships (PPPs) in the new public governance (NPG) paradigm: an institutional maturity perspective*, in *Public Management Review*, 2020, pp. 164 – 165; A.E. BOARDMAN-C. GREVE-G.A. HODGE, *Comparative Analyses of Infrastructure Public-Private Partnerships*, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, pp. 441-447.

69 Cfr. C.B. CASADY-K. ERIKSSON-R.E. LEVITT-W.R. SCOTT, *op. ult.* cit. p. 165.

70 Tra i vari contributi sul tema, su tutti si rinvia a *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance* cit..

71 In termini, E.R. YESCOMBE, *What are Public-Private Partnerships* cit., p. 10, il quale sostiene che «*PPPs today are therefore based on the "rediscovery" of Concessions and the development of the PFI Model*».

72 Le espressioni sono state usate in modo molto efficace da E.R. YESCOMBE, *op. ult.* cit., p. 3, per descrivere operazioni partenariali fondate su specifici elementi, quali «*a long-term contract (a 'PPP Contract') between a public-sector party and a private sector party;* […] *the design, construction, financing, and operation of public infrastructure (the 'Facility') by the private-sector party;* […] *payments over the life of the PPP Contract to the private-sector party for the use of the Facility, made either by the public-sector party or by the general public as users of the Facility; and* […] *the Facility remaining in public-sector ownership, or reverting to public-sector*
ownership at the end of the PPP Contract».

complex and contractually sophisticated relationships»[73], che l'Unione europea ha deciso di assumere varie iniziative per comprendere e, eventualmente, disciplinare il fenomeno.

In quest'ottica, si può dire che il primo documento rilevante delle istituzioni comunitarie sul tema è il *Libro Verde* del 30 aprile 2004[74], a mezzo del quale la Commissione ha voluto avviare un dibattito specificamente dedicato al rapporto tra normativa comunitaria e il fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato. Ne è conseguito un documento dal sapore, potremmo dire, ricognitivo, con il quale, in estrema sintesi, da un lato, sono state fornite indicazioni di carattere puramente descrittivo sul PPP e, dall'altro, sono stati indicati, seppur in maniera del tutto priva di prescrittività, i principi e le disposizioni necessari a ricondurre il fenomeno partenariale nell'alveo della normativa comunitaria.

Con riferimento all'inquadramento generale del Partenariato Pubblico-Privato, è opportuno evidenziare tre osservazioni compiute dalla Commissione.

La prima, con la quale si apre il *Libro Verde*, è che il termine "partenariato pubblico-privato" non è definito a livello comunitario. Con una simile espressione, infatti, ci si riferisce in generale a «*forme di cooperazione tra le autorità pubbliche ed il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*»[75].

La seconda è che nelle operazioni di PPP ricorrono alcuni elementi c.d. "caratterizzanti", quali la durata relativamente lunga della collaborazione tra Pubblico e privato; la modalità di finanziamento del progetto, garantito prevalentemente dal privato; la ripartizione concordata e ben definita dei ruoli tra le parti coinvolte; infine, la traslazione sul privato di rischi operativi che, tradizionalmente, gravano sul Pubblico[76]. Si tratta di una osservazione puramente descrittiva, del tutto priva di carattere precettivo, ma che è comunque utile per orientarsi nel riconoscere la cooperazione partenariale rispetto agli altri - e vari - fenomeni collaborativi.

Infine, la terza è che lo sviluppo del Partenariato Pubblico-Privato va inquadrato «*nell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica, che passa da un ruolo d'operatore diretto ad un ruolo d'organizzatore, di regolatore e di controllore*[77]». In questa veste, lo Stato, pur essendo libero di determinarsi se ricorrere o meno allo strumento del partenariato, qualora decida di avvalersene, deve dimostrare il "plusvalore reale" che l'operazione partenariale apporta rispetto ad altre soluzioni potenzialmente percorribili (come, ad esempio, la stipulazione di un contratto d'appalto)[78]. Come avremo modo di vedere (Cap. I, §§ 3 e 6; Cap. II, §§ 1 e 3), l'istruttoria preliminare è uno degli aspetti positivizzati che accomuna il PPP italiano a quello francese e rappresenta uno degli elementi più importanti per il successo dell'operazione partenariale.

---

[73] Così C. GREVE e G. HODGE, *Public-Private Partnerships and Public Governance Challenges*, in S.P. OSBORNE, *The new public governance?* cit., p. 150.

[74] Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee "*Relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*", Bruxelles, 30 aprile 2004, COM(2004) 327 definitivo.

[75] *Libro Verde* cit., punto 1.

[76] *Libro Verde* cit., punto 2; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-privato: un quadro generale*, su *www.giustamm.it*, 2010, p. 9, qualifica tali elementi come "variabili operative"; C. CONTESSA, *Partenariato pubblico privato contrattuale, finanza di progetto, infrastrutture strategiche e contraente generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, p. 212, rileva come tali elementi, nella sostanza, non siano mai stati modificati da parte delle istituzioni europee nelle elaborazioni documentali successive al *Libro Verde*.

[77] *Libro Verde* cit., punto 3; per le considerazioni sul tema, si rinvia *supra*, par. 1.

[78] *Libro Verde* cit., punto 5.

In relazione, invece, alle questioni più propriamente normative di cui si occupa il *Libro Verde*, l'analisi non può prescindere dalla constatazione – pacifica anche a distanza di vent'anni - che, da un punto di vista di diritto positivo, l'ordinamento comunitario non prevede un regime specifico applicabile al fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato nella sua globalità. Ciò si spiega con il fatto che la collaborazione di tipo partenariale origina da una prassi diffusasi fuori dai confini della (attuale) Unione europea[79] e che le istituzioni sovranazionali, nel corso del tempo, hanno virato in modo deciso per una disciplina non unitaria del fenomeno.

A ben vedere, infatti, i documenti redatti dalle istituzioni sulla tematica del PPP, più che a normare globalmente tale strumento, sono finalizzati a renderlo compatibile con la disciplina europea dei contratti pubblici. Detto ancora più chiaramente, la preoccupazione maggiore è impedire che il ricorso alla cooperazione partenariale possa rappresentare un modo per aggirare il "pilastro" su cui si fonda tutto il sistema del mercato unico[80], ossia il "bene giuridico" concorrenza[81].

E ciò traspare in modo chiaro dal testo del *Libro verde*.

Il dogma imposto da tale documento, infatti, è che qualsiasi atto, sia contrattuale sia unilaterale, attraverso il quale un'impresa pubblica affida la prestazione di un'attività economica ad un terzo deve essere esaminato alla luce dei principi – ossia, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi (articoli 43 e 49 del Trattato CE)[82], - e delle norme derivanti dal Trattato – positivizzate nelle direttive in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici[83].

Anche la disciplina del Partenariato Pubblico-Privato, a prescindere dalla distinzione tra "PPP di tipo puramente contrattuale", ossia cooperazione basata su interazioni di carattere convenzionale, e "PPP di tipo istituzionalizzato", dove Pubblico e privato si uniscono in un unico centro di imputazione[84], è vincolata al rispetto di tale principio.

Ferma tale considerazione, e concentrando l'analisi sul PPP di tipo contrattuale, si comprende perché il *Libro Verde*, nel tentativo di fornire una disciplina globale delle

---

[79] V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2010, fasc. 6, p. 1510, mette in risalto il fatto che il diritto comunitario sia tenuto a confrontarsi con modelli e con regole provenienti, anche, dal diritto amministrativo globale.

[80] In termini anche G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, fasc. 8, p. 889; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria* cit., p. 6; A. DI GIOVANNI, *Il partenariato pubblico privato nel diritto comunitario*, in Id., *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, 2015, Torino, p. 37; A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2005, fasc. 5, p. 1201, sottolinea, in proposito, che il *Libro Verde* rappresenta una "tappa" del percorso avviato dalle istituzioni comunitarie per realizzare il mercato interno; V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati* cit., pp. 1502-1503, evidenzia che «*il partenariato pubblico–privato si lega, del resto, al fondamentale approccio del diritto comunitario alle problematiche riguardanti la tutela della concorrenza, generalmente definito "economia sociale di mercato*».

[81] Sul rapporto tra principio di concorrenza e appalti pubblici, si rinvia a M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 1-2, pp. 71-92; più in generale, sul fondamento europeo e nazionale del "principio di concorrenza", si rinvia a F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*, 2013, fasc. 1, p. 16 e ss..

[82] Tali principi comprendono in particolare i principi di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento; cfr. la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, GUCE n. C 121 del 29 aprile 2000.

[83] *Libro Verde* cit., punto 8.

[84] Così G. ALPA e G.M. ESPOSITO, *Prefazione*, in *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato*, di E. CAMPAGNANO, 2020, Padova. Sul tema della società miste, si rinvia N. AICARDI, *Società miste e affidamento di contratti pubblici*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, pp. 756 – 786.

operazioni di Partenariato Pubblico-Privato[85], scinde nettamente la fase di aggiudicazione del contratto da quella della sua esecuzione.

La fase di aggiudicazione prevede un regime giuridico tripartito, in quanto la Commissione considera "atto attributivo", oltre alla concessione, anche l'appalto di lavori o servizi pubblici[86]. Ecco, quindi, che, con specifico riferimento agli appalti di lavori pubblici e agli appalti pubblici di servizi definiti "prioritari", si applicano le disposizioni delle direttive in materia di aggiudicazione dei contratti pubblici; per le concessioni di lavori e per gli appalti "non prioritari", trovano, invece, applicazione gli obblighi in materia di pubblicità della fase di aggiudicazione del contratto; infine, per l'aggiudicazione delle concessioni di servizi, si applicano i "soli" principi di trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e mutuo reciproco.

In relazione, invece, alla successiva fase di esecuzione, intesa come la fase posteriore alla selezione del *partner* privato, vi è da dire che essa non è normata in maniera globale dal diritto derivato. Come espressamente dichiarato dal *Libro Verde*, l'unica prescrizione applicabile a tale fase è quella per cui «*in linea generale i principi di parità di trattamento e di trasparenza derivanti dal Trattato si oppongono a qualsivoglia intervento del partner pubblico successivo alla selezione di un partner privato che sia tale da pregiudicare la parità di trattamento tra operatori economici*»[87].

Resta, tuttavia, interessante osservare che il *Libro Verde* fornisce alcune indicazioni di carattere programmatico circa il c.d. "quadro contrattuale del progetto". La regola generale che governa questo specifico aspetto del rapporto cooperativo, secondo la Commissione, è che le disposizioni contrattuali, redatte per disciplinare la fase d'attuazione dei PPP, rientrano nel diritto nazionale ma, comunque, esse devono risultare conformi alle norme comunitarie pertinenti, in particolare ai principi di parità di trattamento e di trasparenza.

Ciò posto, il ruolo più importante nella dialettica tra le parti è attribuito, da un lato, alla corretta ripartizione dei rischi tra il settore pubblico ed il settore privato e, dall'altro, ai meccanismi che permettono di valutare con regolarità le prestazioni dei titolari di PPP. In questi specifici meccanismi, disciplinati in via pattizia, risiede il tratto più peculiare – e forse caratterizzante – di tutto il fenomeno partenariale.

Un accenno finale va rivolto alle indicazioni fornite sulle c.d. "sopravvenienze". Sul punto, il *Libro Verde* afferma che le relazioni partenariali devono potersi evolvere per adattarsi ai cambiamenti dell'ambiente macroeconomico o tecnologico, nonché alle necessità di interesse generale, e ciò significa, in concreto, che è possibile tenere conto di queste evoluzioni, solo a condizione che ciò avvenga nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza.

Resta fermo, tuttavia, che la preoccupazione generale è quella di impedire che le modifiche che intervengono in fase di esecuzione di un PPP sortiscano l'effetto di rimettere in discussione il principio di parità di trattamento degli operatori economici; tale assunto rappresenta la ragione per cui, secondo la Commissione, modifiche non contemplate dai contratti sono accettabili solo se rese necessarie da un evento imprevedibile o se giustificate da ragioni d'ordine pubblico, di sicurezza pubblica o di salute pubblica. Fuori da questi casi, qualsiasi modifica sostanziale, che riguardi l'oggetto stesso del contratto, deve essere

---

[85] Secondo A. MASSERA, *op. ult.* cit., p. 1204, il "*proprium*" del *Libro Verde* è, infatti, incentrarsi sulla disciplina delle operazioni di PPP.

[86] Per una critica all'assimilazione tra appalti e concessioni quali forme di partenariato, cfr. M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, a cura di G.F. CARTEI e M. RICCHI, 2015, Napoli, pp. 8-9.

[87] *Libro Verde* cit., punto 42.

assimilata alla stipulazione di un nuovo contratto, che implica una nuova messa in concorrenza[88].

È di tutta evidenza, quindi, l'asimmetria normativa tra la fase di aggiudicazione dei contratti di PPP, che è del tutto assimilata a quella dei contratti pubblici in generale[89], e la successiva fase esecutiva, che è rimessa, in buona sostanza, ai meri principi di tutela della concorrenza[90], cui tutto il *Libro Verde* sembra essere interessato. Tale squilibrio, pertanto, ha generato inevitabili conseguenze in termini di (in)certezza del diritto e di (in)efficienza nell'utilizzo dello strumento partenariale.

Eppure, nella successiva *Comunicazione* del 2005[91], la Commissione ha rilevato un dato ben preciso circa la disciplina globale del Partenariato Pubblico-Privato, ossia la contrarietà degli operatori economici ad una normativa comunitaria che riguardi tutti i PPP contrattuali. Nello specifico, nel documento si legge che i soggetti interessati dalle osservazioni compiute nel *Libro Verde* si sono espressi nel senso di non volere né procedure di aggiudicazione identiche per appalti e concessioni, né di volere provvedimenti a livello CE per stimolare forme di associazione inerenti PPP ad iniziativa privata, né, infine, di avere interesse ad una disciplina che chiarisca il quadro contrattuale dei partenariati[92].

Ciò spiega, quindi, perché, già dopo un anno dal *Libro Verde*, la Commissione ha deciso di non proseguire il percorso verso l'elaborazione di una disciplina globale del Partenariato Pubblico-Privato. Tuttavia, ciò non significa che il dibattito sui PPP e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni si sia concluso[93] già all'epoca.

Anzi, potremmo dire che la presa di coscienza sull'impossibilità di una disciplina valevole per ogni forma di Partenariato Pubblico-Privato contrattuale ha spinto la Commissione ad intraprendere il percorso che ha condotto alla fisionomia attuale dell'assetto sul PPP. La *Comunicazione* del 2005, infatti, rappresenta il momento istituzionale in cui, a livello europeo, ha iniziato ad assumere un peso determinante la concessione quale istituto simbolo del fenomeno partenariale.

Nel documento, infatti, sono contenute delle considerazioni di particolare rilievo, soprattutto per l'elaborazione normativa successiva, ossia, da un lato, che la caratteristica fondamentale delle concessioni è che il concessionario ha il diritto di sfruttare la struttura o il servizio datogli in concessione, quale remunerazione per avere realizzato la struttura o prestato il servizio; dall'altro, che la differenza principale rispetto agli appalti pubblici è che il concessionario sopporta il rischio inerente a tale sfruttamento, circostanza, questa, che più di altre spinge le autorità pubbliche a costituire un PPP.

È sulla base di tali considerazioni che la Commissione ha rilevato l'insufficienza dei documenti interpretativi sul tema dell'aggiudicazione delle concessioni e ha evidenziato la conseguente necessità di intraprendere un percorso finalizzato all'adozione di atti normativi idonei a dare maggiore certezza su questo specifico aspetto.

---

[88] A. MASSERA, *op. ult.* cit., p. 1212, evidenzia la necessità di una di una disciplina delle sopravvenienze più stringente nei suoi diversi aspetti.

[89] In termini, C. CONTESSA, *Partenariato pubblico privato contrattuale* cit., p. 213.

[90] Secondo G.F. CARTEI, *op. ult.* cit., p. 891, i «*documenti comunitari sul PPP sono più focalizzati sull'analisi della procedura di aggiudicazione contrattuale, assai meno, invece, sugli aspetti legati al regime giuridico posteriore alla costituzione di un PPP*».

[91] *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni*, Bruxelles, 15 novembre 2005, COM(2005) 569 definitivo.

[92] *Comunicazione* del 2005 cit., punto 2.3.

[93] *Comunicazione* del 2005 cit., punto 2.4.

Nel percorso evolutivo della fisionomia del Partenariato Pubblico-Privato, si inserisce anche la *Risoluzione* del 2006[94], con la quale il Parlamento europeo ha fornito alcuni elementi, ulteriori e, per certi aspetti, diversi da quelli dei documenti precedenti. Innanzitutto, a livello generale, si è specificato che i PPP costituiscono "strutture complesse" da un punto di vista giuridico, finanziario e commerciale e che, in ogni caso, tali cooperazioni non costituiscono un primo passo verso la privatizzazione di compiti pubblici, ma un modo possibile per organizzare la realizzazione dei compiti del settore pubblico.

Per quanto riguarda gli aspetti normativi, il Parlamento europeo ha "respinto" qualsiasi forma di elusione della normativa in materia di appalti pubblici e concessioni, ha ribadito la necessità di applicare le norme contenute nelle direttive ogni volta che si debba scegliere un *partner* privato e, soprattutto, ha ritenuto necessaria una iniziativa legislativa nel settore delle concessioni in quanto nettamente distinte dagli appalti. Si inizia, così, ad intravedere la netta dicotomia tra i due istituti (appalti e concessioni) nell'ambito del fenomeno partenariale.

Il passo successivo è rappresentato dalla *Comunicazione* della Commissione del 2008[95]. Con essa, si è ribadito che la caratteristica principale del PPP consiste nel ruolo affidato al *partner* privato e che l'Amministrazione, nella scelta di quest'ultimo, è tenuta a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia. L'obiettivo di tali disposizioni, infatti, è preservare la concorrenza nel mercato, permettendo «*a tutti gli operatori economici interessati di concorrere all'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni a condizioni eque e trasparenti nello spirito del mercato interno europeo, elevando in tal modo la qualità di questo tipo di progetti e riducendone i costi grazie ad una maggiore concorrenza*»[96].

Un ulteriore documento da prendere in considerazione per lo sviluppo del PPP è la Comunicazione del 2009[97] dove, per quanto riguarda gli aspetti definitori e classificatori, si legge che «*i PPP rappresentano forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il settore privato finalizzate a modernizzare la creazione di infrastrutture e la fornitura di servizi pubblici strategici*» e che tali cooperazioni dovrebbero essere incentrate «*principalmente sulla promozione dell'efficienza nei servizi pubblici tramite la condivisione dei rischi e lo sfruttamento delle competenze del settore privato, ma possono anche alleggerire la pressione immediata sulle finanze pubbliche offrendo una fonte di capitale aggiuntiva*».

Di particolare interesse, poi, è la precisazione secondo cui «*i PPP si articolano attorno ad un contratto pubblico oppure prendono la forma di concessioni di lavoro o di servizi. Nel caso di contratti pubblici o di concessioni di lavoro, sono soggetti alle disposizioni delle direttive in materia di appalti pubblici se il valore supera le soglie comunitarie*», mentre le concessioni di servizi continuano ad essere soggette ai meri principi del Trattato. Da quanto appena detto, sembra potersi ricavare una prima – anche se ancora non definitiva - netta divisione concettuale tra regime applicabile agli appalti e regime applicabile alle concessioni nell'ambito del Partenariato Pubblico-Privato.

Infine, l'ultimo documento rilevante delle istituzioni europee è il Libro Verde del 2011[98] con il quale la Commissione europea tenta di proseguire una elaborazione quanto più

---

[94] *Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 26 ottobre, 2006, (2006/2043(INI)).

[95] *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, Bruxelles, 5 febbraio 2008, (2008/C 91/02).

[96] *Comunicazione* del 2008 cit., punto 1.

[97] *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico-privato*, Bruxelles, 19 novembre 2009, COM(2009) 615 definitivo.

[98] *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 27 gennaio 2011, COM(2011) 15 definitivo.

articolata possibile del fenomeno partenariale. Tale elaborazione, tuttavia, non verrà mai portata a termine.

Un ulteriore elemento di complicazione sul percorso volto ad inquadrare e definire il Partenariato Pubblico-Privato a livello europeo è rappresentato dalla nozione e dal relativo trattamento contabile contenuti nel Manuale sul governo del *deficit* e del debito, c.d. "*MGDD*"[99], redatto da Eurostat. Tralasciando le problematiche sorte nel 2004[100] circa la contabilizzazione "*off balance*" delle operazioni di PPP, ormai superate, e prendendo in considerazione le novità introdotte dopo la modifica del Sistema europeo contabile (SEC) del 2010[101], ci si accorge di come l'Ufficio statistico europeo consideri come contratti di PPP solo quelli "bilaterali", ossia quelli in cui il privato ritrae la propria remunerazione direttamente dall'Amministrazione[102]. Detto in altri termini, per Eurostat, nell'ambito della cooperazione partenariale rientrano solo le operazioni "fredde", mentre quelle "calde" sono riconducibili alle sole concessioni.

Tale problematica, al pari di altre, sembra essere stata definitivamente superata con l'adozione delle "direttive appalti" del 2014 e, nello specifico, con la direttiva 2014/23/UE[103]. Con tale direttiva, il percorso normativo avviato attorno al tema della concessione ha trovato compiuta attuazione in quanto, in essa, sono stati positivizzati gli spunti e le riflessioni svolti nei documenti precedenti sulla figura principale di partenariato. Eppure, nella direttiva 2014/23, dell'espressione "Partenariato Pubblico-Privato" non vi è traccia[104].

Rinviando ad altra sede l'analisi sulle importanti novità introdotte dal Legislatore sovranazionale (*infra*, Cap. II), occorre, in questa sede, soffermarsi sinteticamente solo sugli aspetti da considerare "principali" in chiave di PPP.

In via preliminare, si osserva che la disciplina degli appalti è stata nettamente distinta da quella delle concessioni, tanto è vero che a ciascuna di esse è stata dedicata una direttiva apposita. Ciò significa, quindi, che può dirsi definitivamente superata ed abbandonata l'inclusione degli appalti nella pletora degli strumenti qualificabili come PPP.

---

[99] *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010*, consultabile su https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-manuals-and-guidelines/w/ks-gq-23-002.

[100] Ci si riferisce alla Decisione di Eurostat "*Treatment of public-private partnerships*" dell'11 febbraio 2004, con cui si è posto per la prima volta il problema della contabilizzazione "*on balance*" oppure "*off balance*" delle operazioni di PPP.

[101] Di cui ci si occuperà più diffusamente *infra*, Cap. II, par. 2.

[102] *MGDD* cit., par. 6.4, dove si legge che «*1. The term 'Public-Private Partnerships' (PPPs) is widely used for many different types of long-term contracts between government and corporations for the provision of public assets. In public-private partnerships, government agrees to buy services from a non-government unit (a partner) over a long period of time, resulting from the use of specific 'dedicated assets', which the non-government unit builds to supply the service. The asset is usually used for the provision of public services, such as in the domain of health (hospitals), education (schools and universities), and public security (prisons) or in the context of transport and communication structures. The services might be purchased by government also in order to meet its own needs, e.g., in the case of an office building used to host government officials carrying out general administration or other specialised services.*

2. In the context of this chapter, the term 'PPPs' will be exclusively used to describe those long-term contracts in which government pays to a non-government partner all or a majority of the fees under a specific contractual arrangement, thus covering most of the total cost of the service provided (including the amortisation of the assets)».

[103] Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, 26 febbraio 2014. Per l'analisi di ulteriori aspetti della direttiva, si rinvia a N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella direttiva 2014/23/UE ed il rapporto con il regolamento (CE) n. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada o ferrovia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018, fasc. n. 3-4, pp. 533 – 553.

[104] Cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni* cit., p. 5, il quale sostiene che la ragione dell'abbandono del progetto di una disciplina unitaria del PPP vada ricercata nella scelta dell'Unione europea di concentrarsi sulla definizione di singoli istituti che compongono il fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato.

Da un punto di vista più squisitamente normativo, vi è da dire che nella direttiva n. 23/2014 è presente una compiuta disciplina delle procedure di aggiudicazione delle concessioni, sia di lavori sia di servizi, fondata sul principio di flessibilità delle forme e, soprattutto, di "azione" in favore delle Stazioni appaltanti. Tale aspetto è rilevante nell'ottica di rendere quanto più attraenti e, soprattutto, efficienti le operazioni di Partenariato.

Del pari, va evidenziato che la direttiva si è preoccupata di configurare dettagliatamente le varie fisionomie del rischio che può gravare sul privato nel corso di un'operazione di partenariato, configurandolo nelle forme "tripartite" della costruzione, della domanda e della disponibilità.

Ancora, un ulteriore aspetto di chiarezza introdotto dalla direttiva attiene alla contabilizzazione delle operazioni di PPP e, soprattutto, alla possibile scissione tra opere "calde" e opere "fredde". Come è stato osservato, infatti, la questione sembra essere stata definitivamente superata, in quanto nel novero delle concessioni di cui alla direttiva n. 23/2014 rientrano anche quelle in cui la remunerazione del privato proviene principalmente dall'Amministrazione[105].

Infine, va osservato che la direttiva n. 23/2014 ha disciplinato anche la fase di esecuzione, prevedendo espressamente, in un'ottica di flessibilità e di buona riuscita dell'operazione, che i contratti possano subire delle modifiche, purché sia rispettato il limite della c.d. "modifica sostanziale". Allo stesso modo, sempre in relazione alla fase esecutiva, è stato previsto un sistema di monitoraggio che deve essere attuato da parte del soggetto Pubblico.

Alla luce delle considerazioni sino a qui svolte, emerge un dato chiaro: nel diritto sovranazionale, la nozione di Partenariato Pubblico-Privato ha, ancora oggi, una valenza meramente descrittiva, il cui unico elemento ricorrente è il "momento" della cooperazione, dove Pubblico e privato si ripartiscono ruoli e rischi in modo ben definito, dove «*il privato viene "elevato" da destinatario dell'azione amministrativa a compartecipe, partner appunto*»[106]. Resta, invece, del tutto priva di ancoraggio normativo positivo la disciplina di come tale cooperazione debba svilupparsi.

Nella sua globalità, infatti, il partenariato resta un fenomeno privo di riferimenti normativi specifici, eccezion fatta per i richiami ai principi e alle disposizioni che governano la concorrenza, e per l'ormai pacifica esclusione degli appalti dal computo degli "atti di attribuzione".

La scelta delle istituzioni europee sembra, quindi, abbastanza netta, e consiste nell'aver individuato nella concessione, sia "trilaterale" sia "bilaterale", l'istituto partenariale tipico e tipizzato, lasciando, invece, alla competenza dei singoli Stati il compito di tracciare le disposizioni inerenti alle ulteriori modalità attuative del PPP.

Resta allora da chiedersi se una disciplina globale, prodotta a livello nazionale, possa essere considerata illegittima per contrasto con gli indirizzi e le disposizioni sovranazionali poc'anzi elencati o, in ogni caso, se violi il divieto di *glod plating*. La soluzione preferibile sembra essere quella negativa per entrambi i quesiti.

Occorre considerare, infatti, che i documenti elaborati dalla Commissione e dal Parlamento europeo sono atti privi di coercibilità, in quanto pienamente ascrivibili alla

---

[105] M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni* cit., p. 10.

[106] Così M.P. CHITI, *op. ult.* cit, p. 22, il quale evidenzia anche che nel Partenariato Pubblico-Privato «*la pubblica amministrazione dialoga con il privato, definisce consensualmente i caratteri della fattispecie, che poi segue in goni sua fase, anche in quella dell'esecuzione*».

categoria della c.d. "*soft law*"[107]. Libri Verdi e Comunicazioni, come noto, sono atti che esulano dalla classificazione tipizzante delle fonti comunitarie fornita dall'art. 288 TFUE e rientrano, invece, tra gli strumenti di "*pre-law*" o di "*post-law*"[108] cui fanno ricorso le istituzioni europee al fine di armonizzare ed orientare le condotte dei loro destinatari.

Una normativa nazionale che si discosti da tali fonti non impone al decisore che l'abbia adottata alcuna forma di motivazione, semplice o aggravata, né l'obbligo di provare alcun tipo di conformità o di compatibilità. Nel *caso Grimaldi*[109], la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire - con argomentazioni che, seppur rese sullo specifico tema della raccomandazioni, possono essere estese anche alle altre tipologie di atti privi di vincolatività -, che i giudici nazionali sono tenuti a prendere in considerazione le fonti atipiche «*per risolvere le controversie sottoposte al loro giudizio*», in particolare quando tali atti «*sono di aiuto nell'interpretazione di norme nazionali adottate allo scopo di garantirne l'attuazione, o mirano a completare norme comunitarie aventi natura vincolante*» (CGUE, Sez. II, 13 dicembre 1989, causa C-322/88).

In sintesi, aderendo ad un approccio "contestuale"[110], si può dire che un atto atipico di *soft law* ha effetti pratici ma non vincolanti, e ciò si traduce nel fatto che una normativa nazionale, che si discosti dalle fonti sovranazionali prive di vincolatività, non può essere considerata illegittima, né, su di essa, può essere invocata la violazione del divieto di *gold plating*. In definitiva, la (eventuale) scelta di uno Stato membro di disciplinare il Partenariato Pubblico-Privato nella sua globalità rappresenterebbe una "fuga in avanti"[111] rispetto all'Unione europea, poiché il PPP, a livello sovranazionale, eccezion fatta per la disciplina sulle concessioni, continua a rimanere un fenomeno descritto da documenti che non hanno rango di fonte del diritto.

È sulla scorta di tali considerazioni, allora, che deve essere analizzata la nozione di Partenariato Pubblico-Privato adottata dal legislatore italiano.

3. Il Partenariato nell'esperienza giuridica italiana.

Nell'ordinamento nazionale, l'antesignano dell'odierno PPP è identificabile nella figura del "*project financing*" per come disciplinato dagli artt. da 37 *bis* a 37 *nonies* della "Legge quadro in materia di lavori pubblici"[112]. Tali disposizioni, infatti, sono state introdotte dalla Legge

---

[107] In termini, cfr. V. FERRARO, *Partenariati pubblico-privati ed in house providing* cit., p. 1501. Per una sintetica ricognizione del significato dell'espressione "*soft law*", cfr. M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2017, fasc. 1, pp. 147-162; M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2015, fasc., pp. 683-642.

[108] Le definizioni si devono a M. RAMAJOLI, *op. ult.* cit., p. 155, ed esse fanno riferimento al rapporto tra fonti atipiche di "*soft law*" e fonti tipiche di "*hard law*" nel più ampio processo di produzione normativa.

[109] Corte di Giustizia UE, Sezione II, 13 dicembre 1989, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles*, Causa C-322/88.

[110] Per una elaborazione dei diversi significati di "effettività" della normativa comunitaria, cfr. F. SNYDER, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review 56 Mod. L. Rev.*, 1993, p. 19; ID., *New Directions in European Community Law*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1990. P. 3; C. ALBERTI, *Appalti* in house*, concessioni* in house *ed esternalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2001, fasc. 3-4, pp. 509-510, riprendendo l'A. appena citato, ricorda che il fenomeno della *soft law* e i suoi effetti possono essere riguardati da tre punti di vista, ossia con approccio "formalistico", dove l'atto produce effetti pratici ma non vincolanti, con approccio "sostanziale", secondo cui anche la *soft law* è *law*, e, infine, con approccio "contestuale", per il quale occorre tenere presente non solo gli effetti legali prodotti dall'atto atipico, ma anche quelli economici, politici e sociali.

[111] Questa fortunata espressione è stata usata per la prima volta da G. FIDONE, *Il partenariato pubblico-privato: una fuga in avanti del legislatore nazionale rispetto al diritto europeo*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, vol. 29, n. 90, fasc. 2, pp. 381-409.

[112] Legge 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. "Merloni".

del 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. "Merloni *ter*"), al fine dichiarato di disciplinare la "*Realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione*".

Senza addentrarsi nella regolamentazione analitica dell'istituto allora vigente[113], è qui sufficiente evidenziare che il legislatore del 1998 ha modellato il sistema del c.d. "*project financing*"[114] partendo da alcuni "pilastri", ossia la figura del "promotore" e una peculiare procedura ad evidenza pubblica riguardante la ben nota concessione di costruzione e gestione[115], che, nel caso di specie, è stata opportunamente qualificata come "contratto"[116].

L'esito complessivo è quello di un istituto configurato come una vera e propria "tecnica di affidamento"[117], nella cui disciplina, leggendo l'art. 37 *bis* (sopra citato), si trovano racchiusi i tratti essenziali e qualificanti di un fenomeno cooperativo di tipo partenariale. Tra le varie disposizioni che disciplinano il *project financing*, infatti, spiccano quelle che, da un lato, attribuiscono un ruolo ben preciso al soggetto privato – cui spetta la "proposta" sulla realizzazione dei lavori – e, dall'altro, isolano e mettono in risalto la centralità degli aspetti finanziari dell'operazione - che gravano, sempre e comunque, sul promotore -.

Detto in altri termini, nel *project financing*, già nella prima versione introdotta con la Merloni *ter*, assume un ruolo centrale il rapporto dell'operatore privato con l'Amministrazione[118] e tale elemento, in sostanza, è proprio quello che caratterizza e accomuna le varie (ed attuali) figure di PPP. Ecco perché un'analisi storica e sistematica sul fenomeno partenariale non può prescindere da una – seppur sintetica – indagine di questo istituto.

Concentrando, allora, il fuoco di tale indagine su ciò che qui più rileva, ossia rintracciare una – primitiva - "nozione" di Partenariato Pubblico-Privato, si osserva che, nel novero delle disposizioni introdotte nel 1998, manca del tutto una definizione, anche solo sommaria o descrittiva, del fenomeno partenariale.

Più in generale, vi è da dire che, da un punto di vista sistematico, il "difetto" più evidente della disciplina prevista dal legislatore di allora risiede nella scarsa armonia tra le disposizioni attinenti lo "strumento cooperativo" e quelle preesistenti in materia di opere pubbliche. La genesi della primissima elaborazione positiva del Partenariato Pubblico-Privato, infatti, è caratterizzata da una precisa tecnica normativa, ossia quella dell'«*innesto*»[119] di un corpo di

---

113 Per un'analisi completa, si rinvia a C. DE MASI e A. MASSI, *Finanziamento privato delle opere pubbliche e progettazione*, in *Le innovazioni introdotte dalla Merloni-ter alla legge quadro in materia di lavori pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, fasc. 2, p. 136 – 142; per le evoluzioni normative, si rinvia a A. CARULLO e V. MACCOLINI, *La disciplina procedimentale della finanza di progetto come risultante dal terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, vol. 1, pp. 231 – 275.

114 Sul *project financing* in generale, si rinvia su tutti a P.K. NEVITT, *Project financing*, Bari, 1983.

115 Come evidenziato da C. DE MASI e A. MASSI, *op. ult.* cit., p. 137, la concessione rappresentava lo strumento principale per coinvolgere capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche.

116 S. AMOROSINO e R. SCIUTO, *op. ult.* cit., in merito al rapporto tra *project financing* e disciplina delle opere pubbliche osservano, da un lato, che una forma di *project financing* era praticabile già prima della Merloni *ter* nell'ambito dell'istituto della concessione di costruzione e gestione e, dall'altro, che non vi è un rapporto biunivoco necessario tra "finanza di progetto" e infrastrutture pubbliche, tanto che il *project financing* potrebbe avere una disciplina anche autonoma.

117 In termini, A. CARULLO e V. MACCOLINI, *La disciplina procedimentale della finanza di progetto* cit., p. 235, secondo cui la finanza di progetto si caratterizza per il coinvolgimento dei privati "a monte"; secondo C. DE MASI e A. MASSI, *Finanziamento privato delle opere pubbliche e progettazione* cit., p. 136, la finanza di progetto rappresenta, invece, una "tecnica di finanziamento".

118 Cfr. A. MASSERA, *Il quadro della trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale con particolare riferimento alle concessioni lavori e servizi*, in (a cura di) A. FIORITTO, *Nuove forme e nuove discipline di partenariato pubblico privato*, 2017, Torino, p. 38; S. AMOROSINO e R. SCIUTO, *op. ult.* cit., p. 63.

119 Così S. AMOROSINO e R. SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore*, in *Riv. giur. ed.*, 1999, fasc. 2, p. 61.

articoli di carattere speciale su una regolamentazione - relativa alla più ampia tematica dei lavori pubblici - già vigente.

L'effetto complessivo, pertanto, è quello di una disciplina del tutto priva di organicità e, soprattutto, autonomia rispetto alla più generale "Legge quadro" in cui si inserisce. Peraltro, le disposizioni introdotte dalla Merloni *ter* si occupano prevalentemente della fase di aggiudicazione del contratto di concessione e (quasi nulla) dispongono, al contrario, con riferimento alla fase esecutiva.

Tuttavia, le novità apportate dalle disposizioni in materia di *project financing* sono, in ogni caso, particolarmente utili per svolgere alcune considerazioni, a loro volta foriere di importanti conseguenze per comprendere aspetti salienti della disciplina del partenariato attuale (*infra*, §4).

Infatti, dall'analisi di quell'esperimento legislativo, risulta evidente, in primo luogo, che, al pari di quanto accaduto a livello globale (*supra*, §1), anche nell'ordinamento nazionale il Partenariato Pubblico-Privato ha tratto le proprie origini dagli istituti della concessione e del *project financing*; in secondo luogo, è chiaro che il legislatore ha fatto uso di un elemento radicato nella cultura giuridica nostrana, ossia il considerare la concessione come un "contenitore giuridico" «*sia di prefinanziamenti privati, sia di concorsi finanziari per opere pubbliche, sia di operazioni di promozione-committenza*»[120].

Questi aspetti, come si vedrà (*infra*, Cap. II), si ripetono ciclicamente anche nella disciplina attuale del Partenariato Pubblico-Privato.

In disparte tali considerazioni, rimane un dato certo, ossia che il primo tentativo di positivizzare una figura di PPP si caratterizza per la rinuncia alla previsione di una disciplina generale del fenomeno. La ragione di tale lacuna, tuttavia, è comprensibile e, in parte, giustificata da una duplice ragione.

Innanzitutto, l'ordinamento interno è sempre stato più attento alle questioni inerenti alla contabilità pubblica e, quindi, a disciplinare gli aspetti più propriamente legati alla spesa – o, meglio, al risparmio della spesa - sostenuta dall'Amministrazione che non alla gestione vera e propria del rapporto giuridico tra le parti contrattuali; in secondo luogo, volgendo lo sguardo al PPP, vi è da dire che una nozione globale del fenomeno partenariale, al tempo, non era stata ancora fornita nemmeno a livello sovranazionale.

Quest'ultima osservazione, tuttavia, vale *a contrario* per dimostrare e confermare l'assenza, nel dibattito nazionale, di qualsivoglia iniziativa «*volta ad enucleare la figura stessa del PPP, prima ancora che a fornire una definizione compiuta*» del fenomeno [121]. Infatti, benché il *Libro Verde* della Commissione sul PPP (*supra*, § 2) sia stato pubblicato il 30 aprile 2004, il D.lgs. del 12 aprile 2006, n. 163, recante il primo "Codice dei contratti pubblici", nella sua versione originale, non contiene alcuna nozione e/o descrizione di tale fenomeno.

Per vedere scritto, per la prima volta, il termine "partenariato pubblico-privato" tra le definizioni di una normativa nazionale, occorre, infatti, attendere il D.lgs. dell'11 settembre 2008, n. 152, ossia il c.d. "terzo correttivo" al Codice, la cui adozione è stata incentivata proprio dalla volontà di adeguare l'ordinamento interno alle direttive comunitarie in materia di appalti e ai principi del Trattato[122]. La nozione di cui si tratta, inserita all'art. 3, co. 15 *ter*, del Codice, si concentra, nello specifico, sul "contratto" di partenariato, identificato nel

[120] Così S. AMOROSINO e R. SCIUTO, *op. ult.* cit., p. 62.
[121] Così C. CONTESSA, *Partenariato pubblico privato contrattuale* cit., p. 216.
[122] Cfr. M.P. CHITI, *I partenariati pubblico privati* cit., p. 10.

contratto avente ad oggetto «*una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti*».

La disposizione prosegue, poi, con la duplice specificazione per cui, innanzitutto, gli istituti ascrivibili alla categoria del PPP non sono tassativi, in quanto in essa rientrano solo «*a titolo esemplificativo*» figure quali «*la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste*»; in secondo luogo, che «*alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat*».

Da una piana lettura della norma, si ricava che la nozione di "contratto" di Partenariato Pubblico-Privato rappresenta una «*nozione descrittiva*»[123], una «*sintesi verbale*»[124], nella quale sono racchiusi, sicuramente, gli elementi tipizzanti il fenomeno più generale, quali il ruolo di finanziatore del privato, l'allocazione dei rischi in capo a quest'ultimo, la pletora di istituti che ad esso possono essere ricondotti e la contabilizzazione secondo i dettami europei, ma che, altrettanto sicuramente, non identifica un istituto[125] né, tantomeno, configura una vera e propria disciplina della cooperazione partenariale[126]. Come è stato efficacemente osservato, infatti, il dettato dell'art. 3, co. 15 *ter*, rappresenta «*un esercizio definitorio dal notevole interesse sistematico ma dalle limitate ricadute pratiche*»[127].

L'impostazione prescelta dal legislatore del 2006 non è mutata, nella sostanza, nemmeno a seguito dei numerosi interventi normativi che, a vario titolo, hanno inciso sul Partenariato Pubblico-Privato. Si tratta, in sintesi, di una serie di atti normativi, per lo più di leggi e di decreti-legge[128], che, nel corso del tempo, hanno rimodellato singoli aspetti ascrivibili al fenomeno del PPP, come ad esempio, procedimenti, singoli contratti, singoli istituti, modalità di finanziamento e/o garanzie, ma che, tuttavia, mai hanno disciplinato – o anche solo definito - la cooperazione partenariale globalmente intesa.

---

123 L'espressione, particolarmente diffusa nella dottrina, è dovuta a M.P. CHITI, *I partenariati pubblico privati* cit., p. 5; in termini, anche R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 11, p. 1236.

124 Così S. AMOROSINO, *Profili sistematici del partenariato pubblico-privato per le infrastrutture e le trasformazioni urbanistiche*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2011, vol. 2, pp. 381 - 397.

125 Cfr. S. AMOROSINO, *op. ult.* cit., p. 383, dove l'A. qualifica il PPP come una "*policy*" a disposizione dell'azione dell'Amministrazione, il cui tratto unitario di tutte le figure che in essa possono essere ascritte risiede nella funzione di attrarre ed utilizzare risorse finanziarie e gestionali del privato.

126 G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, fasc. 8, p. 891, sottolinea che la definizione normativa non indica il contrassegno distintivo unitario della categoria PPP e si limita a recepire le indicazioni del diritto europeo senza fare alcun cenno al regime che sovrintende le relazioni tra i soggetti.

127 Così, ancora, C. CONTESSA, *Partenariato pubblico privato contrattuale* cit., p. 217; R. DE NICTOLIS, *op. ult.* cit., evidenzia che tra gli effetti pratici di tale definizione e, nello specifico, del suo carattere esemplificativo, vi è l'erosione del principio di tassatività dei tipi contrattuali per la realizzazione di lavori pubblici.

128 Per una dettagliata elencazione, si rinvia a M. NICOLAI – I. PARADISI – W. TORTORELLA, *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance. La disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023) e l'aggiornamento delle regole finanziarie e contabili*, Rimini, 2023. In questa sede, si ricordano, a titolo esemplificativo e non esaustivo, D.l. n. 70 del 2011 (c.d. "decreto Sviluppo"), convertito dalla legge n. 106 del 2011; d.P.R. n. 207 del 2010 (recante il "Regolamento di attuazione del Codice"); Legge n. 183 del 2011 (c.d. "Legge di stabilità 2012"); D.l. n. 201 del 2011 (c.d. "Salva Italia"), convertito dalla legge n. 214 del 2011, D.l. n. 5 del 2012 (c.d. "decreto Semplificazioni"), convertito dalla legge n. 35 del 2012; D.l. n. 1 del 2012 (c.d. "Cresci Italia"), convertito dalla legge n. 27 del 2012; D.l. n. 69 del 2013 (c.d. "decreto del Fare"), convertito dalla legge n. 98 del 2013; Legge n. 147 del 2013 (c.d. "Legge di stabilità 2014"); D.l. n. 133 del 2014 (c.d. "decreto Sblocca Italia"), convertito dalla legge n. 164 del 2014.

L'intensa produzione legislativa di cui si è appena fatto cenno è emblematica della «*fibrillazione*»[129] che ha coinvolto l'intero settore della contrattualistica pubblica e che intercetta, più in generale, il problema della c.d. "inflazione normativa". La questione, come noto[130], richiama tematiche come la certezza del diritto e il buon andamento dell'azione amministrativa mentre, con specifico riferimento al Partenariato, impatta sull'inquadramento della nozione, sulla sua disciplina e, più in generale, sul successo dello strumento partenariale stesso.

Tutti questi aspetti, quindi, sono stati messi a dura prova dal susseguirsi, diluito nel corso del tempo e senza alcuna sistematicità, di leggi e/o di atti ad esse equivalenti. Anche il Consiglio di Stato, con riferimento al quadro generale della contrattualistica pubblica, ha dovuto constatare che «*la stratificazione e frammentazione normativa, in una con il difetto di un congruo periodo di riflessione e decantazione normativa, ha comportato il sovrapporsi di regimi transitori, il determinarsi di incertezza applicativa, l'aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per le imprese, soprattutto piccole e medie*» (Cons. Stato, Ad. Comm. spec. 21 marzo 2016, parere del 1° aprile 2016, n. 855).

Tutto ciò, ovviamente, ha prodotto conseguenze anche in termini di elevata mole di contenzioso, diviso tra giudice amministrativo - per la fase di gara -, giudice ordinario e/o arbitri - per la fase di esecuzione -, giudice contabile - quanto a controllo sulla responsabilità dei soggetti pubblici che a vario titolo intervengono nella programmazione, progettazione, affidamento, esecuzione dei contratti - e giudice penale - in ordine all'accertamento e repressione degli illeciti penali perpetrati in fase di affidamento e esecuzione dei contratti pubblici -. Anche le regole legali di riparto della giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, non sempre di facile e chiara applicazione, hanno determinato incertezze applicative e contrasti di soluzioni giurisprudenziali, che hanno costituito un fattore di rallentamento dei giudizi.

Alla luce di tale quadro, si è posto, quindi, il problema di mettere ordine all'intera disciplina dei contratti pubblici. L'occasione per procedere ad una ordinata e complessiva risistemazione della materia è stata offerta dal – doveroso – recepimento delle c.d. "direttive appalti" del 2014.

Tale operazione di riordino[131] ha giocato un ruolo rilevante nella configurazione della disciplina del PPP a venire.

Anticipando alcune delle considerazioni che seguiranno, infatti, occorre evidenziare sin d'ora che è stato proprio lo spirito "riformatore" e "chiarificatore" del tempo ad aver determinato la "asimmetria" - che sussiste ancora oggi - tra la disciplina del Partenariato Pubblico-Privato italiana e quella concepita dalle istituzioni europee[132] e, ancora, con quella di altri ordinamenti, come, ad esempio, quello francese (*infra*, §7). Il legislatore nazionale, infatti, in sede di recepimento, non si è limitato ad una mera riproposizione di quanto

---

[129] L'espressione è di A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. dir. pubb. com.*, 2015, fasc. 5, p. 1135, dove l'A. ricorda che si è assistito alla «*affermazione del primato della legge, la fuga dalla legge, la scelta per la delegificazione e per il regolamento, la fuga dal regolamento, la scelta per l'atto non regolamentare, ed infine, paradossalmente, il ricorso sempre più pervasivo al decreto legge*».

[130] Cfr. F. BASSANINI e G. TIBERI, *La tela di Penelope, Primo rapporto ASTRID sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010.

[131] Per un'analisi approfondita, si rinvia integralmente a R. DE NICTOLIS, *La semplificazione che verrà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, fasc. 5, pp. 1107-1143.

[132] In termini, C. CONTESSA, *Partenariato pubblico privato contrattuale* cit., p. 218.

elaborato dal legislatore sovranazionale ma, anzi, si è spinto a disciplinare il PPP ben oltre quanto gli fosse stato richiesto.

In sintesi, la disciplina del partenariato «*eclissatasi tra le maglie del diritto europeo, è riemersa in quello nazionale*»[133]. Tale narrazione trova conferma anche nelle norme di diritto positivo.

La Legge 28 gennaio 2016, n. 11, la c.d. "legge delega" al "nuovo" Codice dei contratti pubblici, ha dedicato al tema del partenariato due principi direttivi, il primo dei quali specificamente volto alla «*razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato*»[134], il secondo, invece, incentrato sul tema della certezza del diritto legata a tale fenomeno e delle annesse questioni della «*copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità*» e della «*acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione*»[135].

Senza scendere nel dettaglio delle disposizioni, è qui sufficiente rilevare che il legislatore delegante si è limitato a richiedere una "razionalizzazione" e una "estensione" della disciplina del Partenariato Pubblico-Privato, senza, tuttavia, pretendere espressamente la redazione di un quadro globale della stessa[136].

Ciononostante, come osservato dal Consiglio di Stato, nel D.lgs. del 18 aprile 2016, n. 50, recante il "nuovo" Codice dei contratti pubblici, il legislatore delegato ha disegnato un "archetipo generale" del partenariato contrattuale, introducendo, così, almeno nelle intenzioni, una "disciplina globale" valevole, oltre che per le figure tipizzate, anche per le figure atipiche. La tecnica utilizzata è stata, nel dettaglio, quella di «[partire] *dalle ipotesi già normate di contratti di partenariato pubblico privato e dalla descrizione del fenomeno in chiave economica* [per introdurre] *una disciplina quadro*» (Cons. Stato, parere n. 855 del 2016 cit.).

In sostanza, il legislatore, negli artt. da 179 a 182, ha previsto delle disposizioni riguardanti specificamente il partenariato con l'intento di fornire, per la prima volta, non solo una nozione del fenomeno (non limitata, quindi, al "contratto" di PPP) ma, addirittura, una sua disciplina complessiva ed organica[137]. Come già anticipato, il tentativo di dare una sistematica alla cooperazione partenariale si inserisce nel più generale moto di risistemazione della materia dei contratti pubblici e del sotteso intento di dare certezza giuridica agli operatori del settore.

Tuttavia, per quanto condivisibile sul piano teorico, il progetto ha evidenziato pesanti criticità sul piano sostanziale.

---

133 Così G.F. CARTEI, *I freni negli interventi infrastrutturali. Strumenti di partenariato pubblico-privato e qualità di redazione normativa del Codice dei contratti pubblici*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, fasc. 1, p. 241, il quale si riferisce, però, alla sola "nozione" di PPP e non, come nel presente scritto, all'intera disciplina.

134 Art. 1, co. 1, l. 28 gennaio 2016, n. 11, criterio *ss*), finalizzato alla «*razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti*».

135 Art. 1, co., l. 28 gennaio 2016, criterio *tt*), secondo cui «*al fine di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione*».

136 In termini, C. CONTESSA, *Partenariato pubblico privato contrattuale* cit., p. 219, il quale chiarisce che «*una cosa è la razionalizzazione e l'estensione del modello, mentre ben altra cosa è una sua disciplina di carattere unificante*».

137 Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 5, p. 534.

In primo luogo, si è palesato il più atavico problema del Partenariato Pubblico-Privato, ossia il corretto inquadramento definitorio. Nella prima versione del Codice, infatti, il PPP[138] continua ad essere qualificato come "contratto"[139] in due disposizioni che risultano, però, tra loro incoerenti, poiché la prima, prevista all'art. 3, co. 1, lett. *eee*), circoscrive il partenariato limitatamente alle opere c.d. "fredde", la seconda, invece, di cui all'art. 180, calibrata sulle opere c.d. "calde".

In secondo luogo, l'architettura e la sistematica delle norme hanno dequotato il progetto di "disciplina organica", intesa come riconduzione ad unità del fenomeno partenariale nella sua globalità, a mero "contenitore normativo", ossia ad una sorta di categoria entro cui inserire, senza particolare omogeneità, istituti tra loro diversi per oggetto, contenuto e finalità[140]. A ciò va aggiunta, peraltro, l'assenza di principi e definizioni comuni alle varie figure.

Infine, il vero punto squalificante l'organicità dell'impalcatura normativa pensata dal legislatore del 2016 è individuabile nei molteplici rinvii ad altre parti del Codice e, soprattutto, ai ripetuti *caveat* secondo cui la disciplina del Partenariato Pubblico-Privato si applica solo «*nei limiti della compatibilità*», senza specificare altro. Peraltro, sempre a causa della struttura normativa e della sua "bidirezionalità"[141] derivante dai continui rimandi interni, non è stato nemmeno chiaro (quantomeno in principio) quale fosse il rapporto tra PPP e istituto della concessione[142] e tra concessione e finanza di progetto.

Il quadro appena descritto, per quanto sintetico, è sufficiente a mettere in luce il carattere "reticolare"[143] della nozione di PPP prescelto dal legislatore e, soprattutto, a far emergere le criticità cui è andato incontro un progetto tanto ambizioso quanto problematico. Aspetti problematici che, in un certo senso, erano pronosticabili *ab origine*, poiché il legislatore nazionale del 2016 si è mosso totalmente sprovvisto di riferimenti normativi sovranazionali cui ispirarsi – pur essendo, allo stesso tempo, vincolato al rispetto di quelli esistenti nella più generale materia dei contratti pubblici (entro la quale il PPP ricade in pieno) – e, soprattutto, in totale controtendenza rispetto alle scelte operate dalle istituzioni comunitarie che, come ampiamente dimostrato già con le direttive del 2014, hanno da tempo abbandonato l'idea di disciplinare il Partenariato Pubblico-Privato nella sua globalità e hanno optato, invece, per la normazione di singoli aspetti e/o di singoli istituti rientranti nel fenomeno più generale.

La "fuga in avanti"[144] del legislatore nostrano, tuttavia, rimane condivisibile, oltre che del tutto legittima in termini di diritto positivo, quantomeno per due ragioni.

Da un lato, le finalità perseguite, ossia fornire quanta più certezza possibile nell'uso dello strumento partenariale ed impedire che lo stesso rimanga privo di un vero e proprio addentellato normativo, sono imprescindibili per rilanciare un mezzo che, almeno in potenza,

---

138 Cfr. S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, fasc. 5, p. 617, il quale evidenzia che nel Codice si parla di "partenariati" (al plurale) e non di "partenariato" (al singolare) per indicare una sintesi verbale che raggruppa in essa più figure.

139 Cfr. F. DI CRISTINA, *Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, fasc. 4, p. 483, il quale sottolinea come tale elemento rappresenti un fattore di continuità tra il Codice del 2006 e quello del 2016.

140 In termini, C. CONTESSA, *Partenariato pubblico privato contrattuale* cit., p. 219.

141 Cfr. S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato* cit., p. 619, il quale sottolinea che tale caratteristica lega il PPP alla concessione e al *project financing*.

142 Cfr. G.F. CARTEI, *I freni negli interventi infrastrutturali* cit., p. 243.

143 Così S. AMOROSINO, *Il Partenariato Pubblico Privato* cit., p. 618.

144 Cfr. nota 110.

costituisce un'importante leva finanziaria per l'intero comparto dei lavori e servizi pubblici; dall'altro, a partire dal 2016, il Partenariato Pubblico-Privato è stato affrancato dall'angusto spazio dell'istituto del "contratto" per essere inquadrato, più correttamente, nella più ampia cornice del "fenomeno" finanziario.

Il cambio di paradigma, ossia lo scardinamento dell'associazione del partenariato ad un istituto (il contratto), sembra aver segnato in modo irreversibile il modo di approcciarsi allo studio del PPP, come dimostrato, peraltro, dalle scelte da ultimo compiute dal legislatore in sede di ri-codificazione.

È interessante osservare che un – primo - deciso passo verso questa direzione è stato compiuto dal Consiglio di Stato nel parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale del 22 febbraio 2017 e datato 29 marzo 2017, n. 775. Nel fornire le osservazioni richieste dall'Autorità Nazionale Anticorruzione sullo schema di linee guida recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*", i giudici amministrativi hanno colto l'occasione per ripensare *funditus* la nozione della collaborazione partenariale e per chiarire quali siano le caratteristiche essenziali di tale fenomeno.

Il Consiglio di Stato, infatti, abbandonando definitivamente l'approdo sicuro offerto dalla nozione di "contratto" e, forse, ogni tentativo di ricondurre il PPP alla dogmatica tradizionale, ha espressamente qualificato il Partenariato Pubblico-Privato come un «*complesso fenomeno giuridico*» di matrice europea, caratterizzato «*da una sostanziale equiordinazione tra soggetti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di un'attività volta al conseguimento di interessi pubblici*[145]». Ancora più precisamente, l'Adunanza ha osservato che «*si tratta di uno strumento di cooperazione per la effettiva ed efficace realizzazione degli interessi pubblici, che non solo si presenta come attuativo del principio di solidarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, della Costituzione, ma che costituisce concretamente anche un rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e dei vincoli pubblici posti alla spesa pubblica; esso risulta altresì tendenzialmente idoneo a promuovere un significativo rinnovamento della pubblica amministrazione attraverso l'acquisizione di specifiche conoscenze tecniche e scientifiche, proprie delle realtà private, capaci di fornire nuovi e innovativi strumenti per rendere l'azione amministrativa sempre maggiormente coerente con i principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 della Costituzione (in questi termini: Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1)*».

Le caratteristiche peculiari del fenomeno, quali l'onerosità, il trasferimento del rischio in capo all'operatore privato, nonché l'equilibrio economico finanziario - che costituisce il presupposto per la corretta allocazione dei rischi stessi – emergono dal contratto di partenariato, il quale, tuttavia, deve essere inteso come mero strumento di disciplina regolamentare pattizia tra i soggetti coinvolti nell'operazione più complessiva. Infatti, secondo i giudici, «*il partenariato pubblico privato costituisc*[e] *in realtà un fenomeno economico – finanziario, che trova disciplina giuridica nel relativo contratto di partenariato, qualificabile come contratto atipico, in cui le parti fissano nel modo ritenuto più idoneo e adeguato l'assetto dei propri rispettivi in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica*».

---

145 Il Consiglio di Stato ha anche precisato che, nell'ambito di tale operazione, «*ai primi (soggetti pubblici) è attribuito il compito di individuare/selezionare gli interessi pubblici da tutelare e garantire, nonché lo strumento economico/giuridico/finanziario più adeguato per poterli conseguire, oltre che la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento, mentre ai secondi (i soggetti privati, che mettono a disposizione dell'amministrazione pubblica, le proprie capacità finanziarie e il proprio complessivo* know how*) è riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera (attraverso le ordinarie fasi della sua realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione)*».

In sintesi, il Consiglio di Stato ha ribaltato completamente il rapporto tra "contratto" di Partenariato Pubblico-Privato e "fenomeno" di Partenariato Pubblico-Privato, evidenziando che il primo (il contratto) è meramente strumentale e servente ai fini della realizzazione del secondo (il fenomeno)[146].

Tuttavia, seppur particolarmente rilevanti – e corrette -, le osservazioni del Consiglio di Stato non hanno trovato conferma nel parere reso (dal medesimo Consiglio di Stato) sullo schema di "correttivo" al Codice dei contratti pubblici, che sarebbe poi stato adottato con il D.lgs. del 19 aprile 2017, n. 56, né nelle modifiche apportate al Codice stesso.

Il proseguimento del percorso avviato dal legislatore del 2016 e ridefinito dal Consiglio di Stato, tuttavia, non è stato abbandonato ma, più semplicemente, rinviato in attesa di tempi più maturi.

Tempi che, evidentemente, sono sembrati tali al momento della riscrittura del Codice dei contratti pubblici nel 2023.

4. (*segue*) la nozione di Partenariato Pubblico-Privato nel D.lgs. n. 36 del 2023.

Tradizionalmente, si dice che le fortune del Partenariato Pubblico-Privato siano legate a doppio filo alle sorti del rapporto tra Stato ed economia o, meglio, al ruolo che, in essa, recita il soggetto pubblico. I commentatori sono sempre stati concordi, pertanto, nel dire che la cooperazione partenariale ha iniziato a svilupparsi e a diffondersi quando lo Stato ha dismesso i panni del "promotore" per indossare quelli del "regolatore".

Eppure - e qui torniamo a parlare della rilevanza dei "tempi" cui si è fatto cenno in chiusura del paragrafo precedente -, nel recentissimo passato, grazie (o meglio, a causa di) fattori esogeni e imprevedibili[147], si è assistito al fenomeno inverso.

Il "soggetto Pubblico", infatti, è tornato a svolgere un «*ruolo propulsivo*» nel campo economico[148] ma, tuttavia, parallelamente, invece che una diminuzione, si è registrato un netto incremento dell'interesse e dell'attenzione nell'utilizzo dello strumento contrattuale. Per essere più precisi, soprattutto nell'ottica della realizzazione di progetti come il *Next Generation UE* o l'utilizzo delle risorse destinate al "Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza" ("*PNRR*")[149], si è diffusa l'idea che tale istituto possa rappresentare uno degli strumenti più efficaci ed efficienti per rispondere ad esigenze concrete e ormai indifferibili, quali la gestione del denaro pubblico, la promozione della concorrenza e, soprattutto, assecondare i processi di transizione nei sistemi economici e produttivi.

Tale interesse non è limitato a fattispecie specifiche e/o tassative, ma è esteso e tocca la globalità degli strumenti negoziali. Tra questi, quelli più attraenti risultano, ovviamente, i

---

[146] Tale assunto sembra trovare conferma nei successivi passaggi del parere, dove si legge che «*il partenariato pubblico privato si delinea come un* genus *contrattuale riferibile a più modelli specifici*» e che «*conformemente alla stessa derivazione comunitaria del partenariato pubblico privato e alla sua natura economico – finanziaria, ancor prima che giuridica, risulta decisivo, ai fini del suo concreto utilizzo, un approccio 'multidisciplinare' da parte delle amministrazioni responsabili, in cui la professionalità dei giuristi si affianchi a quella degli economisti e dei tecnici*».

[147] Si fa riferimento, in particolare, alla diffusione dell'epidemia da Covid-19.

[148] Più diffusamente, cfr. G. AMATO, *Bentornato Stato, ma*, 2021, Bologna.

[149] Al pari di tali progetti, si può citare anche il "*Green Deal europeo*", per il quale si rinvia a A. MOLITERNI, *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2021, fasc. 1, pp. 4 e ss..

mezzi deputati a gestire le relazioni negoziali strutturalmente più complesse, ossia le operazioni di Partenariato Pubblico-Privato[150].

La cooperazione partenariale, infatti, è considerata – ormai da tempo immemore - lo strumento più idoneo per dare avvio ad un «*processo di distruzione creatrice*»[151], ossia ad una riforma strutturale del sistema economico e contabile del Paese. In termini pratici, tale processo prevede di ricorrere in modo virtuoso e cooperativo ai mezzi dei privati[152] al fine di moltiplicare le risorse a disposizione del soggetto Pubblico e, così, rispondere alla granularità e al progresso tecnologico[153] che caratterizzano gli interessi sociali cui l'azione dell'Amministrazione è chiamata a dare soddisfazione[154].

Oltre ad esigenze pratiche, il Partenariato sembra lo strumento più idoneo per "intercettare" anche le moderne esigenze dell'Amministrazione. Nella trama dell'ordinamento interno, infatti, il "principio del risultato" è permeato così in profondità da divenire, ormai, "diritto positivo", al punto che «*la tensione verso quel dato risultato è un vincolo giuridico*»[155].

La centralità di tale principio è indiscutibile, tanto è vero che esso figura tra le disposizioni con le quali si apre il Codice dei contratti pubblici attualmente vigente[156] e il suo rispetto è, di conseguenza, ineludibile per qualunque giurista. Il contesto odierno, d'altronde, impone alla attuale "Amministrazione di risultato" di dismettere gli strumenti dell'Amministrare "d'ordine" e ricorrere a quelli "di erogazione"[157].

In un contesto del genere, è allora naturale che la preoccupazione principale cui va incontro il legislatore sia quella di «*costruire le regole del mercato dei contratti pubblici in modo da dare rilievo ad obiettivi collaterali, che inducano le amministrazioni a creare valore pubblico e promuovano una strategia di crescita della politica economica e sociale del Paese, a medio e lungo termine*»[158]. L'occasione

---

150 Più diffusamente, si rinvia a A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Diritto amministrativo*, 2022, fasc. 2, pp. 441-469; A. AVERARDI, *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, fasc. 3, pp. 298. ss..

151 La nozione è di J.A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo, democrazia* [1942], 2011, Milano, V ed., p. 38., ed è usata dall'A. per indicare «*l'elemento fondamentale del capitalismo*».

152 Cfr. M.A. QUAGLIA, *Il partenariato pubblico privato: il rischio operativo e l'equilibrio del rapporto*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2023, vol. 3, p. 821.

153 Si pensi, su tutti, all'utilizzo del Partenariato Pubblico-Privato per la realizzazione del c.d. "Polo Strategico Nazionale", ossia alla nuova infrastruttura in *cloud* (completamente "privata" o "ibrida"), destinata alla gestione digitale dei dati della Pubblica amministrazione e localizzata sul territorio nazionale, all'avanguardia in prestazioni e sicurezza. Sul tema, si rinvia a G. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, pp. 703 ss.; M.A. SANDULLI, *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, pp. 581 ss..

154 Come osservato da A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato* cit., p. 447, si può dire che «*il partenariato pubblico-privato sembrerebbe assumere, nell'attuale contesto macro-economico, una nuova dimensione di complementarità, rafforzamento e stabilizzazione delle scelte di sviluppo assunte dai pubblici poteri su impulso dell'ordinamento europeo*».

155 Così F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, 2021, p. 15, dove l'A. evidenzia, ancora, che tale vincolo «*nasce da una legge e che impegna di certo il Governo, di certo l'Amministrazione tutta, ma anche gli altri interpreti. Chiunque verrà a valutare e ad applicare la cornice giuridica che si adatterà all'uno o all'altro intervento non potrà non considerare anche che quella cornice va interpretata ed applicata in sintonia – secondo il canone interpretativo logico-sistematico – con quella legge che, approvando il Piano, ha conferito al vincolo verso il risultato un rilievo preciso*».

156 Sulla centralità del principio di risultato nel Codice dei contratti, cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

157 Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula "Amministrazione di risultato"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, 2001, Napoli, p. 815 ss.; D. SENZANI, *"Amministrazione di risultato" e gestione del rischio finanziario nei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2017, vol. 4, p. 315.

158 Così S. VALAGUZZA, *Governare per contratto. Creare valore attraverso i contratti pubblici*, 2018, Napoli, p. 135.

migliore per procedere in tal senso, soprattutto con riferimento allo strumento partenariale, è stata quella della ri-codificazione del 2023.

Per capire tale assunto, occorre, quindi, analizzare le norme.

La Legge 21 giugno, n. 78, c.d. "legge delega", nonostante l'«*anelito riformatore*»[159] e il più generale perseguimento di logiche di semplificazione e di riordino della materia dei contratti pubblici, ha previsto un unico criterio direttivo espresso in tema di Partenariato Pubblico-Privato[160]. L'art. 1, co. 2, lett. *aa*), della legge, infatti, si è limitato ad imporre al "delegato" una complessiva «*razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti*».

In modo molto puntuale, è stato osservato che «*tale criterio è stato adottato sulla scia della scelta operata dagli estensori del P.N.R.R. che proprio nel modello partenariale hanno individuato uno degli strumenti operativi di maggior riferimento della sua attuazione*»[161]. Ecco, quindi, che trova conferma l'esistenza di un collegamento tra i "tempi maturi" che caratterizzano l'epoca del PNRR (nella quale si inserisce il d.lgs. n. 36 del 2023) e la nuova disciplina del Partenariato Pubblico-Privato[162].

Come accaduto anche nel 2016, tuttavia, il legislatore delegato è andato oltre a quanto espressamente richiestogli e, per usare le parole del Consiglio di Stato, ha «*operato una profonda revisione sistematica della materia*»[163]. Infatti, in via del tutto generale, si può osservare come gli artt. 174 e 175 del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, recante il "nuovo" Codice dei contratti pubblici, abbiano sostituito integralmente gli articoli da 179 a 182 del "vecchio" Codice e abbiano tracciato, anche grazie ad una serie ben congegnata di rinvii interni, una disciplina "globale" della cooperazione partenariale[164].

Concentrando, in questa sede, l'attenzione sugli aspetti classificatori e nozionistici del PPP, vi è da dire che l'art. 174, co. 1, del Codice vigente - riprendendo e proseguendo il percorso avviato dal Giudice amministrativo nel citato parere del 2017[165] - introduce una nuova "nozione generale" di Partenariato Pubblico-Privato, qualificandolo espressamente come «*un'operazione economica*» in cui ricorrono congiuntamente alcune precise caratteristiche strutturali. Il Consiglio di Stato, che ha giocato un ruolo da protagonista attivo nella redazione

---

159 Così G. NAPOLITANO, *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in AA.VV, *Il nuovo codice degli appalti (D.lgs. n. 36/2023)*, 2023, Wolters Kluwer, p. 3.

160 Per una analisi approfondita sugli ulteriori criteri previsti dalla legge delega e riconducibili al PPP, cfr. F. RISSO, *Art. 174, Nozione*, in (a cura di) R. GIOVAGNOLI e G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, 2024, Milano, pp. 1500-1502.

161 Così G.F. CARTEI, *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione*, in (a cura di) G.F. CARTEI e D. IARIA, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, 2023, Napoli, p. 896.

162 Cfr. G. MARINUZZI – I. PARADISI – W. TORTORELLA, *Investimenti, PNRR e partenariato pubblico-privato*, in (a cura di) M. NICOLAI – I. PARADISI – W. TORTORELLA, *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance* cit., pp. 15 ss.

163 Cfr. "*Relazione agli articoli e agli allegati*" dello "*Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*", consultabile su https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/codice-dei-contratti-pubblici-approvato-con-d.lgs.-31-marzo-2023-n.-36.

164 In termini, anche M. SERPONE, *Art. 174. Nozione*, in (a cura di) C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici, Annotato articolo per articolo, D.lgs.31 marzo 2023, n. 36, 2023*, Napoli, p. 883.

165 Cfr. M. PROTTO, *Art. 174 Nozione*, in (diretto da) F. CARINGELLA, *Nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, p. 1137.

dell'intero Codice, ha chiarito che tale definizione è stata scelta per «*evidenziare la complessità del PPP, nonché gli importanti riflessi economici ad esso collegati*».

Nella medesima definizione, come anticipato, sono state messe in risalto le caratteristiche che, qualora presenti, qualificano l'operazione economica come Partenariato Pubblico-Privato. Si tratta, nello specifico, del «*rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico*»; dell'erogazione in «*misura significativa*» di risorse finanziarie da parte del soggetto privato, anche in ragione del rischio operativo dal medesimo assunto; della precisa ripartizione dei ruoli tra privato (cui spetta la realizzazione e la gestione del progetto) e il Pubblico (cui compete la definizione degli obiettivi e il monitoraggio dei risultati attesi); e, infine, dell'assunzione del rischio operativo da parte dell'operatore economico.

L'elencazione "positiva" degli elementi che devono ricorrere in una operazione di PPP non è priva di conseguenze. Da un lato, infatti, gli operatori economici hanno a disposizione degli "indicatori" da tenere presente per impostare e configurare nel modo corretto il rapporto partenariale; dall'altro, l'eventuale assenza di uno (o più) di tali criteri potrà risultare determinante ai fini della "vulnerabilità" dell'intera operazione e, in definitiva, della sua legittimità[166].

Il medesimo art. 174, co. 3, poi, sul tema specifico del Partenariato Pubblico-Privato "contrattuale", precisa[167] che esso comprende «*le figure della concessione, anche nelle forme della finanza di progetto, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela*». L'affidamento e l'esecuzione di tali contratti, al pari di altri aspetti cruciali degli stessi, sono disciplinati mediante rinvio generale alle disposizioni dettate in materia di concessione, la cui regolazione, pertanto, assurge definitivamente al ruolo di "disciplina di *default*" delle cooperazioni partenariali (cfr. *Relazione* del Consiglio di Stato).

In sintesi, il termine PPP, ad oggi, descrive un'operazione economica che può realizzarsi attraverso diversi "tipi" contrattuali, tra i quali la figura eminente è la concessione. Su questo indiscutibile dato di fatto, è possibile svolgere alcune osservazioni di carattere preliminare, articolandole su piani tra loro diversi.

Su quello generale, la prima considerazione da fare è che il legislatore nazionale ha fornito un inquadramento globale del fenomeno partenariale e, nel farlo, ha optato per una impostazione più aderente alle indicazioni fornite dalle istituzioni europee[168]. Nella "nozione" - positivizzata nel Codice - di PPP, appare evidente, infatti, il richiamo alle osservazioni svolte dalla Commissione europea nel *Libro Verde* del 2004 (*supra*, §3) e, soprattutto, agli elementi "caratterizzanti" una cooperazione tra Pubblico e privato ivi contenuti.

La seconda è che la struttura normativa che l'attuale Codice dedica al PPP si regge su un «*contrassegno distintivo unitario*» della categoria ben preciso, ossia il rapporto tra Pubblico e privato, suggellato da un legame contrattuale, in virtù del quale il *partner* privato fornisce un servizio al pubblico "in luogo", ma sotto il controllo, del *partner* pubblico. A ciò vanno aggiunti, quali elementi identificativi la cooperazione partenariale, anche il tipo di retribuzione spettante al contraente privato - correlato alla gestione dell'opera o del servizio - e l'allocazione dei rischi tra le parti contraenti.

---

166 In termini, Cfr. M.A. QUAGLIA, *Il partenariato pubblico privato* cit., p. 823.

167 Nella formulazione risultante dopo le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 209 del 2024, c.d. "Correttivo".

168 Nella *Relazione* cit., il Consiglio di Stato sottolinea, infatti, che è stata ripresa la nozione di PPP «*emergente da numerose comunicazioni interpretative*».

Infine, vi è da dire che nel novero del PPP rientrano, ormai senza alcun dubbio, tanto le operazioni c.d. "fredde" quanto le operazioni c.d. "calde"[169], dal momento che viene specificato che l'operatore economico può essere remunerato o tramite tariffe corrisposte da utenti o tramite canoni erogati dall'Amministrazione.

Sul piano sistematico, invece, balza subito all'occhio l'«*inversione*» rispetto al precedente impianto normativo, in quanto, ora, le disposizioni generali in materia di PPP precedono la disciplina delle figure contrattuali tipiche, quali concessione, finanza di progetto[170], locazione finanziaria, contratto di disponibilità, e non il contrario[171]. Rispetto a tali figure, il rapporto con il partenariato è quello di genere (il PPP) a specie (i singoli istituti)[172].

Del pari, è evidente la valorizzazione del principio di atipicità e di "non esclusività" e/o tassatività delle forme contrattuali partenariali. Tali principi, unitamente al riconoscimento di una generale capacità di diritto privato, danno concreta applicazione all'art. 8 (rubricato "*Principio di autonomia contrattuale. Divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito*") del medesimo Codice dei contratti pubblici[173] e consentono all'Amministrazione di ampliare la propria flessibilità, di essere "liquida", potremmo dire.

Ciò significa, in concreto, che l'Amministrazione è libera di concludere qualunque contratto e di ricorrere anche a schemi negoziali diversi da quelli nominati, purché essi siano "meritevoli di tutela". Tale terminologia, che richiama alla mente l'art. 1322, co. 2, c.c., va correttamente intesa nel senso di "aderenza" dei contenuti di tali contratti alla regolazione pubblicistica.

Ecco, allora, che la "meritevolezza" non riguarda la legittimità o liceità[174] del contratto, ma attiene alla struttura dello stesso e, nello specifico, allo scopo che esso persegue. Tale valutazione deve essere condotta prima dell'avvio della procedura e una eventuale valutazione negativa, derivante, ad esempio, dalla constatazione che il contratto è eccessivamente oneroso o non remunerativo oppure che esso è contrario all'ordinamento, potrebbe legittimare l'impugnazione diretta della *lex specialis* di gara[175].

Infine, sul piano sostanziale, è il Consiglio di Stato a specificare che l'obiettivo dell'intervento normativo «*è stato quello di rendere il PPP più attrattivo per amministrazioni, operatori*

---

169 In termini, anche B. GILIBERTI, *Art. 174.-Nozione*, in (a cura di) L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato - D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, 2023, Wolters Kluwer, p. 1442.

170 Nella formulazione originaria dell'art. 174, co. 3, d.lgs. n. 36 del 2023, la finanza di progetto non è annoverata tra le figure tipizzate di Partenariato Pubblico-Privato. Con l'art. 53, d.lgs. n. 209 del 2024, c.d. "Correttivo", la gamma degli strumenti riconducibili al PPP viene invece ampliata, con un intervento normativo che qualifica espressamente il *project financing* come istituto ascrivibile al PPP. Per usare le parole del Consiglio di Stato, parere reso dall'Adunanza della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 27 novembre 2024, 2 dicembre 2024, n. 1463, la novella normativa è un mero coordinamento normativo, che risulta comunque opportuna in quanto, da un lato, chiarisce che "*l'istituto della finanza di progetto costituisce una forma di concessione e, dunque, rientra nel genus del partenariato pubblico privato*"; dall'altro, tale modifica "*risulta, inoltre, coerente sia con la collocazione sistematica del Titolo IV (dedicato alla finanza di progetto), che segue il Titolo III dedicato alle concessioni e precede i successivi Titoli dedicati alla locazione finanziaria e al contratto di disponibilità, sia con quanto indicato nella relazione illustrativa dell'articolo 193 del Codice*".

171 Cfr. L. ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. n. 3, p. 364, secondo la quale «*la riorganizzazione è concettuale prima ancora che strutturale*».

172 Cfr. M. PROTTO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - Il (terzo) nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, fasc. n. 8-9, p. 1949.

173 Cfr. M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 3, p. 286.

174 Cfr. V. SESSA, *Art. 174 – Nozione*, in (a cura di) R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici. Annotato con dottrina e giurisprudenza D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, 2024, Nel Diritto Editore, p. 872.

175 Cfr. R. ESPOSITO, *Disposizioni generali (artt. 74 – 175)*, in (a cura di) R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale dei contratti pubblici alla luce del nuovo Codice d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, 2023, Nel Diritto Editore, pp. 631 – 642.

economici ed investitori istituzionali»[176] e che tale obiettivo è stato perseguito «*i) sul piano della certezza del diritto, fornendo un quadro chiaro del riparto dei rischi; ii) sul piano della specializzazione degli enti concedenti, a cui è stata data la possibilità di avvalersi di un organismo consultivo; iii) sul piano della maggiore flessibilità e semplificazione delle procedure (anche attraverso la digitalizzazione); iv) attraverso la riduzione del c.d. 'rischio regolatorio'; v) prestando maggiore attenzione agli aspetti legati all'esecuzione del PPP*».

In concreto, ne è derivata una disciplina esaustiva e «*auto-inclusiva*», ossia «*non 'disseminata' nell'intero articolato, come avveniva nel Codice del 2016, con confusione e difficoltà applicative*», dove i rinvii alla disciplina degli appalti pubblici sono pochi e circostanziati.

Le premesse generali di diritto positivo – intese come la "codificazione" della volontà del legislatore di mettere a disposizione degli operatori economici, pubblici e privati, uno strumento efficace ed efficiente[177] come il Partenariato Pubblico-Privato – sembrano esserci. Resta da capire[178], in punto di "meccanismo" interno, se a tali premesse corrisponde una disciplina realmente flessibile, "liquida", e "responsabilizzante"[179].

Nelle pagine del Capitolo che segue, pertanto, si cercherà di comprendere, nello specifico, l'architettura dello strumento partenariale e l'analisi - come puntualizzato nell'*Introduzione* – sarà condotta tenendo presente due specifici aspetti, ossia la flessibilità concessa all'Amministrazione e la contestuale "responsabilizzazione" dei privati.

Prima, però, occorre concludere il ragionamento avviato sulla "nozione" del PPP nazionale e, per farlo, appare utile una – seppur sintetica – comparazione con le disposizioni che il *Code de la Commande Publique* francese dedica al Partenariato Pubblico-Privato.

5. Il Partenariato nell'esperienza giuridica francese.

Il rapporto tra Partenariato Pubblico-Privato e ordinamento francese può essere sinteticamente racchiuso nell'immagine di «*une histoire éternelle qui continue de s'écrire non seulement dans les services urbanisè […] mais aussi dans les ouvrages et les services de transports publics, le très grands équipements et le trés petits*…»[180]. Lo strumento partenariale, infatti, per quanto abbia vissuto fortune e vicende alterne, soprattutto se paragonato all'esperienza italiana, è comunque, ormai da decenni, uno dei mezzi a disposizione dell'Amministrazione per il perseguimento dei propri fini.

Al pari di quanto si è verificato nel nostro ordinamento, tuttavia, anche in Francia lo sviluppo del PPP è stato inevitabilmente condizionato dal rapporto tra Stato ed economia e, più in generale, dall'utilizzo del contratto quale strumento di intervento pubblico. Tale

---

176 Nella *Relazione* cit., si legge che tali obiettivi si fondano sulla considerazione per cui «*le crisi economiche e finanziarie internazionali, ripetutesi nell'ultimo quindicennio, hanno messo in luce alcune criticità del modello partenariale. Con riferimento specifico al caso italiano, la scarsa incidenza del PPP sul totale degli investimenti pubblici totali va individuata nella frammentazione e scarsa specializzazione delle amministrazioni aggiudicatici, nella insufficiente pressione concorrenziale, nella complessità e scarsa flessibilità delle procedure di aggiudicazione contrattuale, nell'instabilità del quadro normativo e nella incertezza legata alla ripartizione dei rischi tra il partner privato ed il soggetto pubblico. Le politiche di bilancio hanno poi incentivato un uso distorto dei PPP, trasformandoli talvolta in strumento per ovviare surrettiziamente alle misure restrittive della finanza pubblica*».

177 Cfr. R. CORI, *Art 174 Nozione*, in (a cura di) A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, 2024, Torino, p. 1411.

178 Sulle problematiche legate alla disciplina del Partenariato Pubblico-Privato, cfr. G. MANFREDI, *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, fasc. 4, pp. 457- 464.

179 Per una maggior comprensione del termine, si rinvia alle considerazioni svolte nella *Introduzione* del presente lavoro.

180 Così X. BEZANÇON, *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé pour la réalisation des équipements et services collectifs*, 2004, Paris, p. 263.

circostanza, come si vedrà, connota in modo del tutto peculiare l'esperienza partenariale del sistema francese rispetto a quella nostrana.

Un primo dato, pacifico, di cui tenere conto nell'analisi dell'articolata evoluzione che ha coinvolto il PPP, sia in termini nozionistici sia in termini di disciplina giuridica, è il ruolo dello Stato francese nello sviluppo del più generale sistema sociale ed economico del Paese, al pari di quello riconosciuto ad altri soggetti nel medesimo ambito. Senza pretesa di esaustività[181], allora, è da qui che è necessario partire per svolgere alcune considerazioni preliminari sul "*partenariat public privé*".

L'ordinamento francese assume la forma dello "Stato unitario decentralizzato"[182] e, in esso, la competenza sulla politica economica è soggetta, sostanzialmente, ad un regime di attribuzione bipartito. Da un lato, vi è il principio generale della "libera amministrazione"[183] (art. 72 della Costituzione francese), secondo cui Stato e collettività territoriali, sulla base di un criterio di attribuzione "concorrente", si spartiscono il compito di gestire la materia dello sviluppo economico; dall'altro, disposizioni di legge attribuiscono in via "esclusiva" solo alle seconde il ruolo di decisore degli indirizzi da intraprendere a livello locale.

Per comprendere il contesto in cui si sono sviluppate le prime forme di PPP, vi è da dire, allora, che, in merito al rapporto tra questi due "filoni", la rigidità di tale modello «*in cui le collettività risultano palesemente indifese di fronte alla discrezionalità del potere centrale, è stata col tempo parzialmente mitigata grazie alla giurisprudenza del Conseil Constitutionnel. Esso ha stabilito che, affinché sia rispettato nella sostanza e non solo nella forma il principio di libera amministrazione, le assemblee territoriali elette devono vedersi riconosciute 'attribuzioni effettive'*»[184]. A ciò va aggiunto che ha giocato un ruolo molto rilevante la nozione di "interesse pubblico locale" quale parametro di legittimità dell'intervento delle collettività locali rispetto alle attività economiche e, quindi, in definitiva, rispetto agli interessi dei privati[185].

Più in generale, come accaduto in Italia, anche il diritto amministrativo francese ha dovuto fare i conti con «*rivendication d'une démocratisation croissante des rapports entre les citoyens et l'administration et l'exigence croissante d'une efficacité concréte de l'action publique*»[186]. Ciò significa, quindi, che nel contesto di una Amministrazione che cambia[187], si avverte la necessità che, nella produzione di beni pubblici, cresca la presenza degli attori privati.

Questi ultimi, infatti, nel quadro complessivo della determinazione delle politiche di sviluppo economico, sono stati relegati in una posizione più defilata rispetto a quanto non accaduto in Italia. Detto in altri termini, in Francia, da un punto di vista regolatorio, il ruolo

---

181 Per un approfondimento dell'argomento, anche con riferimento al sistema italiano, si rinvia integralmente a L. SARTORIO, *Le Operazioni di Partenariato Contrattuale tra Interesse Pubblico e Concorrenza: Sviluppo Economico e Ruolo dei Privati in Italia e in Francia*, in (a cura di) M.M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, pp. 662-702.

182 Cfr. E. GROSSO, *Francia. Si governano così*, Bologna, 2006, p. 96.

183 Cfr. F. ROBBE, *Interventionnisme économique et libre administration des collectivités territoriales*, in (a cura di) S. CAUDAL e J.-F. SESTIER, *Le Collectivités locales et l'enterprise*, Paris, 2002, p. 17 ss.

184 Cfr. E. GROSSO, *Francia* cit., p. 97.

185 Cfr. L. SARTORIO, *Le Operazioni di Partenariato Contrattuale* cit., p. 680, il quale osserva come «*il diritto francese conferma una tendenza a pensare l'interesse locale a partire proprio da considerazioni economiche*». In termini, anche J. CAILLOSE, *Les "mises en scéne" juridiques de la décentralisation*, Paris, 2009, p. 41.

186 Così J.-B. AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, *AJDA*, 2013, fasc. 7.

187 Per uno spunto di riflessione sul tema, cfr. S. BERNARD, *Les mutations de l'actionnariat public*, *RFDA*, 2019, pp. 489 ss..

del Pubblico è (sempre stato) netto e ben delineato e i privati "*contribuent*"[188] – e non "cooperano" – in via del tutto subordinata.

In tale contesto, il "contratto amministrativo" rappresenta un «*irremplaçable instrument d'incitation*»[189] degli agenti economici, pubblici e privati. E, ovviamente, in tal senso, una delle forme contrattuali più efficaci ed efficienti è quella riconducibile al Partenariato Pubblico-Privato.

Tuttavia, una caratteristica assai rilevante del fenomeno generalizzato[190] della «*courant contractualiste*»[191] dell'azione pubblica francese consiste nel fatto che, a differenza di quanto accade in Italia, essa non dà vita ad alcun «*processo di creazione di un diritto comune nascente dalla convergenza di istituti di indole privatistica e pubblicistica nell'azione amministrativa*»[192]. La disciplina pubblicistica, infatti, rimane assolutamente centrale anche quando lo Stato coinvolge i privati nell'esecuzione (e non anche nella "decisione" sulla gestione) di opere o servizi pubblici, ed in tal senso va intesa l'espressione per cui «*les règles classiques concernant les domaines respectifs du contrat et de l'acte unilatéral constituent une limite à l'expansion du contrat*»[193].

Già in queste considerazioni preliminari, allora, può essere messo in luce come, nell'ordinamento francese, il PPP rappresenti più un fattore di "organizzazione"[194] dell'attività pubblica piuttosto che un vero e proprio strumento di coinvolgimento e "parificazione" al Pubblico dei privati. Detto in altri termini, il Partenariato Pubblico-Privato, nell'esperienza francese, rappresenta un fenomeno limitato all'istituto giuridico del contratto pubblico - pari agli altri contratti amministrativi - o, al più, uno strumento di "modernizzazione"[195], ma non certo - come invece sembra poter essere in Italia - un mezzo di politica economica dalle importanti ricadute sul piano dei rapporti tra Stato e privati.

In sintesi, in tema di "contrattazione" tra pubblici poteri e privati «*la règle n'est pas faite pour être appliquée, mais pour qu'au sujet de son application une négociation puisse s'engager*».[196] È così che lo strumento contrattuale, in Francia, ha trovato applicazione nei campi della «*action économique*» e della «*administration territoriale*»[197].

Fermo questo specifico contesto, al pari di quanto accaduto in altri ordinamenti, Italia compresa, il legislatore francese ha comunque dovuto fare i conti con «*besoins d'investissement croissants*» e a finanza invariata, circostanza che, inevitabilmente, lo ha spinto a «*développer le recours au secteur privé*»[198]. Parallelamente a questa esigenza "pratica", quindi, si è posta quella "giuridica" di sviluppare una "*nouvelle forme de contrat*" che fosse in grado di sopperire alle carenze dimostrate da altri istituti, come i "*contrats domaniaux*", i "*marchés d'entreprise de travaux publics*" (c.d. "*METP*") e i "*partenariats public-privè sectoriels*"[199].

---

188 Cfr. A. MÉNÉMÉNIS, *L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?*, in *AJDA*, 2004, pp. 1737 ss..

189 Così L. RICHER e F. LICHÈRE, *Le contrat dans l'action administrative*, in ID., *Droit des contrats administratifs*, 2021.

190 Cfr. J. CHEVALLIER, *Loi et contrat dans l'action publique, Cahiers du Conseil constitutionnel n. 17* (Dossier: *Loi et contrat*), marzo 2005.

191 Così L. RICHER e F. LICHÈRE, *Le contrat dans l'action administrative* cit..

192 Così V. MENGOLI, *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003, p. 97.

193 Così L. RICHER e F. LICHÈRE, op. ult. cit..

194 Cfr. M. BAZEX, *L'evolution des relations entre les collectivités locales e les enterprises*, in (a cura di) S. CAUDAL e J.-F. SESTIER, *Le Collectivités locales et l'enterprise* cit., p. 13.

195 Cfr. J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat*, 2007.

196 Così F. DUPUY e J.-C. THOENIG, *L'administration en miettes*, Fayard, 1985, p. 191.

197 Cfr. L. RICHER e F. LICHÈRE, *Le «contractualisme»*, in ID., *Droit des contrats administratifs*, 2021.

198 Cfr. L. RICHER e F. LICHÈRE, *Sources du droit du marché de partenariat*, in ID., *Droit des contrats administratifs*, 2021.

199 Per una sintetica ma incisiva analisi di tali istituti si rinvia a A. MÉNÉMÉNIS, *L'ordonnance sur les contrats de partenariat* cit..

Il primo ostacolo che il legislatore ha dovuto affrontare è stato rispondere a "*un véritable besoin*", ossia superare le "*rigidités*" imposte dal diritto vigente. Infatti, lo spirito "neo-liberista" che ha animato la riforma legislativa in materia di PPP nel senso di coinvolgere i privati nello sviluppo economico del Paese ha dovuto fare i conti con i limiti strutturali e giuridici che hanno limitato lo sviluppo degli strumenti già esistenti (appalti, concessioni[200] e i "*METP*" sopra tutti).

Si tratta, in estrema sintesi, di tre limiti[201].

Il primo consiste ne "*l'interdiction du paiement différé dans les marchés publics*", ossia il divieto, imposto all'Amministrazione, di procedere al versamento delle somme dovute al privato solo dopo la conclusione della costruzione di un'opera e/o il passaggio di proprietà della stessa. I "*METP*", che per il loro funzionamento rappresenta(va)no delle forme di partenariato[202], si basa(va)no proprio su questo meccanismo ma, tuttavia, la loro diffusione ha subito, nel tempo, una battuta d'arresto.

Il secondo riguarda "*l'absence de concessions à paiement public*", da intendersi come la necessità di risolvere il problema del finanziamento delle concessioni quando le entrate non sono garantite dall'utenza. Nel sistema francese, infatti, una concessione così strutturata «*est impossible*».

Infine, il terzo e ultimo problema riguarda il vincolo posto dalla c.d. "*loi MOP du 12 juillet 1985*". Si tratta, in estrema sintesi, del divieto di assumere, contemporaneamente, la qualifica di appaltatore (inteso come realizzatore) e di "*maître d'œuvre*" (ossia gestore) della medesima opera, perché, altrimenti, vi sarebbe il rischio di una «*dilution des responsabilités*».

A ciò si aggiunga che con la *décision du 26 juin 2003*, il *Conseil constitutionnel* aveva negato la possibilità di un uso generalizzato delle formule partenariali nell'ordinamento francese. La "Corte", infatti, ha giudicato "*contraires à la Constitution*" l'uso del PPP al di fuori delle situazioni rispondenti a "*motifs d'intérêt général*"[203].

Ecco, allora, che l'art. 6 della *Loi n° 2003-591* del 2 luglio 2003 "*habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*" ha delegato il Governo francese «*à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour* […] *créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces*

---

200 Cfr. Y. GAUDEMET, *La gestion des services publics par des personne privés*, in ID., *Droit administrative*, 2022.

201 L'analisi riprende la prospettiva offerta da L. RICHER e F. LICHÈRE, *op. ult.* cit..

202 Cfr. A. MÉNÉMÉNIS, *L'ordonnance sur les contrats de partenariat* cit., secondo cui i METP erano «*des contrats de longue durée ayant pour objet la réalisation et l'exploitation d'ouvrages nécessitant des investissements importants dont l'amortissement doit être effectué pendant toute la durée de l'exploitation, et comportant pour le cocontractant de l'administration des garanties analogues à celles accordées aux concessionnaires de service public », c'est-à-dire, en somme, des contrats comparables à des concessions, mais sans usagers individualisables et, par suite, donnant lieu à un paiement différé par la seule personne publique. Les METP ont connu la vie agitée que l'on sait jusqu'à leur «mise à mort» quand le juge a tiré toutes les conséquences de l'interdiction du paiement différé, aussi bien pour de «faux» METP (dans lesquels aucune tâche d'exploitation n'était confiée au cocontractant) que pour les vrais (cf. CE 8 février 1999, Préfet des Bouches-du-Rhône, Lebon p. 19; AJDA 1999, p. 364, concl. C. Bergeal et note D. Chabanol; RFDA 1999, p. 1172, note S. Braconnier). Il n'empêche: ils ont fourni un exemple de partenariats public-privé hors de la pure logique concessive en permettant par exemple la construction d'usines d'incinération des déchets avec paiement différé*».

203 In particolare, il *Conseil constitutionnel*, *26 juin 2003, n° 2003-473*, ha stabilito che «*généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics», obligeant les ordonnances à «réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien [à] la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé*».

différentes missions». La novella era così attesa da aver suscitato, tra gli addetti ai lavori, un «*intéreeêt parfois fébrile*»[204].

L'esito di tale delega è stata l'adozione della *ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur le contrats de partenariat*, nella quale i "nuovi" contratti di Partenariato Pubblico-Privato sono definiti "*contrats administratifs*" [205] di cui lo Stato o gli enti territoriali, in deroga a quanto previsto dalla disciplina generale dei contratti pubblici, possono "*confie à un tiers*" prestazioni di vario tipo.

In sintesi, i *contrats de partenariat public privé* sono concepiti, nella loro versione originaria, come "*contrats globaux*" di lunga durata. Le caratteristiche precipue dell'istituto, in buona sostanza, ruotano attorno all'idea per cui, superando i limiti di cui si è detto, le Amministrazioni possono far ricadere sui privati il finanziamento di beni o "*équipmements*" pubblici, lasciando a loro anche la progettazione, la costruzione, la manutenzione, la gestione, e, soprattutto, l'esecuzione di opere e servizi pubblici.

Tutto ciò avviene a fronte della corresponsione di pagamenti "*échelonnés*", ossia scaglionati, nel corso di tutta la durata del contratto. I risparmi veri e propri dell'Amministrazione, quindi, non risiedono (solo) nell'ammontare in senso assoluto della spesa, ma nel risparmio sui «*coûts de transaction liée à l'intégration des tâches de réalisation et d'exploitation et de la capacité des opérateurs privés à utiliser les équipements publics de façon optimale*»[206].

In sintesi, il nuovo strumento pensato dal legislatore trova la sua caratteristica più peculiare nel carattere derogatorio alle regole cui sono soggetti gli altri contratti pubblici[207]. Sul piano sistematico, invece, il tratto distintivo i *contrats de partenariats* risiede nel fatto che essi sono "*marchés publics*" ma differenti dagli altri "*marchés soumis au code des marchés publics*"[208]. Il ricorso a tale strumento, tuttavia, non è generalizzato ma è limitato ai casi della "*complexité*" e della "*urgence*", al fine di rispettare i vincoli posti dal *Conseil constitutionnel*.

Alla luce di questa sintetica descrizione, si può osservare che la «*originalité juridique*» dei contratti di partenariato non risiede, soltanto, nell'aver introdotto una nuova categoria di contratti, ma consiste, soprattutto, nell'aver messo a disposizione dello Stato francese e delle collettività territoriali una disciplina globale e, allo stesso tempo, autonoma ed organica. Detto in altri termini, il primo modello positivizzato di *partenariat public privè* si differenzia dall'analogo "esperimento" italiano per la completezza delle disposizioni riguardanti tanto la fase di aggiudicazione quanto la fase di esecuzione del contratto.

Vi è da dire, sul punto, che la ragione principale di tale differenza è individuabile nella diversa natura che il legislatore francese ha attribuito al PPP rispetto a quello italiano e all'influenza che, di conseguenza, nei due ordinamenti ha esercitato la disciplina dei contratti

---

[204] Così A. MÉNÉMÉNIS, *L'ordonnance sur les contrats de partenariat* cit., il quale ha osservato che tale interesse è andato «*bien au-delà du cercle habituel des spécialistes. Les professionnels (entreprises du BTP, entreprises de services, maîtres d'oeuvre...) ont multiplié les prises de position, soit pour livrer leurs visions du partenariat public-privé (évidemment diverses, voire contradictoires), soit pour exprimer leurs réserves à l'égard de toute modification du statu quo. Juristes et financiers se sont livrés à des débats passionnés – d'autant que le gouvernement rendait publiques, via Internet, au fur et à mesure que sa réflexion évoluait, des versions successives de son projet...*»; N. DE SAINT-PULGENT, *Economie Générale de l'ordonnance sur les partenariats publics/privés*, *LPA*, 2004, pp. 11 ss., ha sottolineato che «*le projet d'ordonnance sur les partenariats publics/privés est une pièce essentielle de la politique du gouvernement*».

[205] Sulla portata di tale nozione, tipica del sistema francese, cfr. Y. GAUDEMET, *Qualifier de contrats administratifs tous les contrats de la commande publique: une «simplification» contre nature?*, *RDC*, 2024, fasc. 2.

[206] Così A. MÉNÉMÉNIS, *op. ult.* cit..

[207] Sulle ulteriori caratteristiche del *contrat de partenariat* previsto dalla *ordonnance* del 2004, cfr. J.-F. BRISSON, *L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public*, *AJDA*, 2005, pp. 591 ss..

[208] Cfr. A. MÉNÉMÉNIS, *L'ordonnance sur les contrats de partenariat* cit..

pubblici già presente a livello europeo. Il primo, infatti, ha fin da subito qualificato il partenariato come un «*marché au sens du droit communautaire*»[209]; il secondo, invece, come un fenomeno di politica economica al cui interno il "contratto" rappresenta un mero strumento regolatorio volto alla cristallizzazione degli interessi espressi dai diversi attori in gioco.

Non a caso, la giurisprudenza antecedente l'attuale *Code de la commande publique* afferma che i *contrats de partenariat* «*costituent des marchés publics au sense de la Dir. 2004/18/CE*» (*Conseil d'État*, 20 ottobre 2004). In tempi più recenti (ma comunque antecedenti la formula attuale), la giurisprudenza ha qualificato il contratto di PPP come «*contrat, comportant une tranche ferme et une tranche conditionelle, ayant pour objet de confier au titulaire une missione portant sur la conception, la construction, le financement partiel, la mise en service et une partie de l'entretien et de la maintenance d'une plateforme de traitement des déchets ménagers*» (*Conseil d'État*, 29 aprile 2015).

Ciò posto, vi è da dire che, sulla configurazione del partenariato contrattuale francese, hanno inciso, poi, altri interventi normativi.

In primo luogo, la *loi du 28 juillet 2008* ha ampliato il novero dei soggetti che possono ricorrere allo strumento partenariale, estendendolo dallo Stato e dalle comunità locali a «*tous les pouvoirs adjudicateurs et toutes les entités adjudicatrices, soumis ou non au code des marchés publics, étaient concernés*»[210]. Del pari, la loi del 2008 ha aggiunto una "terza" condizione per poter procedere al PPP, ossia "*l'efficience économique*", alternativa – e non cumulativa – ai criteri già esistenti.

Inoltre, con il medesimo intervento normativo, sono state apportate alcune precisazioni, volte a facilitare la conclusione dei contratti di partenariato, aventi ad oggetto "*la cession au titulaire du contrat de contrats déjà passés par la personne publique*"; "*le mandat que le titulaire pouvait se voir confier pour encaisser au nom et pour le compte de la personne publique des recettes*"; e, infine, le "*conditions dans lesquelles plusieurs personnes publiques pouvaient se grouper pour passer un contrat de partenariat*".

In secondo luogo, anche a seguito della dichiarazione di parziale incostituzionalità della *loi* del 2008[211], la *loi no 2009-179 du 17 février 2009* "*pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés*" ha previsto la possibilità per l'Amministrazione di acquisire i beni, compreso il mezzo dell'espropriazione.

A questo punto, occorre considerare che, nel panorama giuridico francese, fino al 2015, i *contrats de partenariat* non rappresentano né la prima né l'unica formula per "aggirare" (*s'affranchir*) i limiti imposti dalle regole della contrattazione pubblica. Detto altrimenti, vi sono altri mezzi che consentono di derogare alle limitazioni cui si è fatto cenno poc'anzi[212].

---

[209] Cfr, A. LANGLAIS, *L'influence du droit Communautaire sur la librté contractuelle du décideur public dans le cadre du contrat de partenariat*, *RDP*, 2006, pp. 1601 ss.

[210] Cfr. A. MÉNÉMÉNIS, *Code de la commande publique. Annoté & commenté*, Dalloz, 2024.

[211] Cfr. *Conseil constitutionnel, 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC.*

[212] Cfr. A. MÉNÉMÉNIS, *Code de la commande publique* cit., il quale osserva, sul punto, che «*on peut citer à cet égard les marchés d'entreprise de travaux publics (METP), définis dès 1963 par la jurisprudence comme « des contrats de longue durée qui confiaient la construction et l'exploitation ou seulement l'exploitation d'un ouvrage public à une entreprise, moyennant une rémunération par la collectivité publique », autrement dit comme des contrats empruntant à la fois aux concessions et aux marchés. Adaptés à la logique économique d'activités comme l'enlèvement et le traitement des déchets, ces contrats avaient été utilisés à des fins et selon des modalités qui avaient conduit à des dérives – jusqu'à ce que le Conseil d'État juge qu'ils devaient être regardés comme des marchés soumis au code et, donc, à l'interdiction du paiement différé – ce qui revenait à leur ôter tout intérêt. Par ailleurs, à plusieurs reprises, le législateur avait autorisé les collectivités publiques à conclure des contrats qui présentaient tout ou partie des caractéristiques du partenariat public-privé analysées au 1, en limitant cependant parfois son autorisation à certains secteurs. On citera : en premier lieu, différents marchés publics dérogatoires à la loi MOP (en ce qu'ils permettaient de confier au même opérateur, outre des missions de construction, d'aménagement, d'entretien et de maintenance, des missions de conception) prévus par l'article 3 de la loi no 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, dite LOPSI, complétée par les lois no 2003-73 du 27 janvier 2003 et no 2003-239 du 18 mars 2003, ou par l'article L. 6148-7 du code de la santé publique, ou encore par l'article 2 de la loi no 87-432 du 22 juin 1987 relative au service pénitentiaire, dans sa rédaction issue de*

Ecco, allora, che si è resa necessaria una novella legislativa per "unificare" le varie figure sotto un'unica formulazione normativa.

6. (*segue*) Il PPP nel *Code de la commande publique*. Il *marché de partenariat*.

Il dibattito in tema di PPP ha trovato nel "*Rapport d'information*" del Senato n. 733 del 2013-2014 "*sur les partenariats public-privés par MM. Jean-Pierre SUEUR et Hugues PORTELLI*" un momento di riflessione importante. È emblematica, in tal senso, la domanda retorica da cui ha preso le mosse tale Rapporto, ossia «*le contrats de partenariat sont-ils pour les personnes publiques qui en ont conclus une bombe à retardement?*».

Il documento trae origine dalla volontà del Governo francese che, cogliendo l'occasione fornita dal recepimento delle direttive in materia di appalti e concessioni del 2014, ha inteso procedere con una razionalizzazione complessiva delle regole relative ai "*différents partenariats public-privé*", e quindi non solo ai "*contrats de partenariat*". La formula, infatti, è una nozione «*plus large*» di quella di un istituto contrattuale singolo, come è per appalti e concessioni, e ciò significa poca chiarezza nell'uso dello strumento partenariale stesso.

Alle radici del PPP francese, infatti, vi sono vari e variegati istituti[213] e il "Rapporto" ha dimostrato pesanti criticità ed inefficienze che avrebbero dovuto essere colmate in tempi brevi, per impedire il deflagrare della "bomba" sui conti dell'Amministrazione. È per tale ragione, quindi, che il Governo ha esortato le istituzioni a farsi rilasciare una "*habilitation à procéder par ordonnance*" al fine di «*unifier et rationaliser l'ensemble des règles relatives aux contrats de la commande publique qui sont des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne, y compris les contrats de partenariat public-privé, notamment en ce qui concerne les conditions de recours à ces contrats et de leur mise en oeuvre*»[214].

---

l'article 3 de la loi no 2002-1138 du 9 septembre 2002, dite LOPJ, ou par l'article 35 septies de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France (pour les centres de rétention et zones d'attente) ; en deuxième lieu, l'utilisation des baux emphytéotiques administratifs prévue par les articles L. 1311-2 et suivants du code général des collectivités territoriales et par les articles L. 6148-2 et suivants du code de la santé publique, en vigueur avant l'ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 ; en troisième lieu, les contrats de location avec option d'achat conclus avec le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public, dits contrats AOT-LOA, prévus par l'article L. 2122-15 du code général de la propriété des personnes publiques, en vigueur avant l'ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015. 3. Depuis l'ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015, les marchés de partenariat se sont substitués à ces différents « contrats complexes ». On retrouve deux caractéristiques essentielles de ces contrats, notamment des contrats de partenariat : les marchés de partenariat confient à l'opérateur économique une mission globale qui comporte nécessairement, fût-ce à titre partiel, le financement. C'est par ailleurs le titulaire du marché qui assure la maîtrise d'ouvrage. Pour le reste, on reconnaîtra plusieurs éléments qui figuraient notamment dans l'ordonnance no 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, mais on notera aussi des différences significatives. Le 1o du I ajoute la rénovation, le démantèlement et la destruction des équipements et biens immatériels à la définition des missions susceptibles d'être confiées au titulaire du contrat et prévoit que ces missions doivent être nécessaires au service public ou, ce qui est nouveau, à l'exercice d'une mission d'intérêt général. En revanche, l'aménagement, l'entretien, la maintenance et la gestion ou l'exploitation ne sont plus que des missions facultatives. On relèvera aussi que, parmi ces missions facultatives, on trouve « la gestion d'une mission de service public ». Ceci n'était pas prévu pour les contrats de partenariat, mais l'était pour les baux emphytéotiques administratifs. Dans un tel cas, c'est le mode de rémunération qui distinguera le marché de partenariat d'une concession. Pour plus de détails sur les marchés de partenariat, on se reportera aux articles L. 2200-1 et suivants du présent code. 4. On rappellera par ailleurs que, désormais, en application des articles L. 1311-2 et L. 1311-5 du code général des collectivités territoriales (V. App., Partie I), les montages contractuels comprenant un bail emphytéotique administratif ou une autorisation d'occupation du domaine public ne peuvent plus avoir pour objet la conclusion d'un contrat de commande publique».

[213] Come sottolineato dal Rapporto Sueur-Portelli, «*les partenariats public-privé recouvrent, outre les contrats de partenariat, les autorisations d'occupation temporaire (AOT) couplées à des locations avec option d'achat, les baux emphytéotiques administratifs (BEA), les baux emphytéotiques hospitaliers (BEH) ainsi que les dispositifs sectoriels destinés à répondre aux besoins de la justice, de la police et de la gendarmerie nationale*».

[214] Art. 27 del "*projet de loi relative à la semplification de la vie des entreorises, déposé sur le Bureau de l'Assemblé nationale le 25 juin 2014*".

Il "*Rapport d'information*" senatoriale c.d. "*Seur-Portelli*" ha avuto, quindi, un impatto rilevante nello sviluppo della materia del Partenariato Pubblico-Privato, in quanto, dopo la sua pubblicazione, si è diffusa «*l'émergence d'un cadre juridique rénové, simplifié et unifié*»[215]. In particolare, l'esigenza più sentita è stata quella di dare certezza (*sécurité*) giuridica allo strumento partenariale ed implementare, per l'effetto, il ricorso alla cooperazione tra Amministrazione e privati.

La soluzione non si è fatta attendere e le novità da essa introdotte sono state radicali.

Con la *ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015*, il legislatore francese ha riscritto la disciplina dei "*contrats de partenariats*" e, nel farlo, ha perseguito il disegno ben preciso di unificare «*les différents formules contractuelles existantes dans le domaine des contrats globaux de longue durée à paiement différé*».[216] Tutte le formule contrattuali di matrice partenariale, quindi, sono state riunite in un'unica categoria contrattuale, ossia quella dei "*marchés de partenariat*"[217].

Non si tratta solo di una modifica formale, di un mero "*changement d'appellation*", ma di una novità sistematica particolarmente rilevante. Il passaggio dalla categoria generica di "*contrat*" a quella specifica di "*marché*", infatti, segna per il Partenariato Pubblico-Privato francese la definitiva collocazione «*dans l'architecture générale des contrats publics*»[218].

L'art. 67 de l'*ordonnance* del 2015 definisce, infatti, il partenariato come «*un marché public qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet: 1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général; 2° Tout ou partie de leur financement*». Tale nozione, peraltro, ha il vantaggio di mettere in evidenza la "*primauté*" del PPP rispetto alle altre figure cooperative[219].

A seguito della novella legislativa, il contratto di PPP si configura, quindi, come un «*contrat qui peut-être conçu à "la carte"*», ossia come un contratto modificabile tra la parti al fine di rispondere al meglio alle esigenze manifestate dall'Amministrazione.

Il fulcro dell'istituto rimane, ovviamente, il suo carattere "globale". Nello specifico, vi è da dire che la globalità delle prestazioni è suddivisa in due parti ben distinte, ossia la parte "*obligatoire*", che comprende prestazioni che non possono mancare e/o essere derogate per volontà delle parti contraenti nella complessiva struttura convenzionale, e la parte "*facultative*", che ricomprende, invece, attività modulabili pattiziamente.

Il citato articolo 67 de l'*ordonnance du 23 juillet 2015*, sul punto, enumera due serie di "missioni" e tra quelle che devono "obbligatoriamente" essere garantite dal titolare del contratto di partenariato vi sono «*la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général*». Il "*titulaire du marché de partenariat*" deve, peraltro, assicurare la "*maîtrise d'ouvrage*" dell'intera operazione, al pari del finanziamento della stessa, e tale

---

[215] Così S. BRACCONIER, *Le futur régime des partenariats public-privé: rupture et clarifications*, *RDP*, 2015, pp. 595 ss, il quale sottolinea che «*deux préoccupations, de nature à remédier à la difficile acculturation du PPP dans la sphère publique et aux craintes que ces contrats suscitent auprès des financeurs et des opérateurs privés, paraissent ainsi devoir guider les rédacteurs du futur texte sur les PPP: la sécurité et l'efficacité*».

[216] Così S. BRACCONIER, *Le futur régime des partenariats public-privé* cit..

[217] Per un approfondimento sul punto, si rinvia a G. MULAZZANI, *Il partenariato pubblico privato nel diritto francese: dal contrat de partenariat al marché de partenariat*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018, fasc. 3-4, pp. 629-653.

[218] Cfr. F. BRENET, *Les marches de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015: un nouveau depart pour les partenariats public-privé?*, *DA*, 2015, dossier 3.

[219] Cfr. F. BRENET, *Les marches de partenariat* cit..

circostanza rappresenta una delle deroghe più evidenti alla disciplina prevista dalla *Loi MOP* del 1985.

Tutto ciò dimostra «*la véritable nature du marché de partenariat qui est tout à la fois un contrat de construction-réhabilitation et un contrat financier*»[220].

Altra caratteristica introdotta nel 2015 è stata la ridefinizione delle condizioni di ricorso al PPP, poiché, superando i requisiti della "*complexité*", della "*urgence*" e della "*efficience économique*" e accomunando, così, il modello francese a quello italiano (*supra*, §5), l'uso del *marchè de partenariat* è stato subordinato ad una «*condition unique de recours*»[221], ossia ad una "*évaluation préalable*" sul "*bilan plus favorable*" che il PPP avrebbe dovuto apportare rispetto ad altri strumenti parimenti disponibili. L'art. 75 de l'*ordonnance*, infatti, prevede che «*La procédure de passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage*»[222].

In definitiva, dalle indicazioni sino a qui evidenziate, emerge che le disposizioni relative al Partenariato Pubblico-Privato, per come concepite nella seconda parte della *ordonnance* del 2015, hanno un valore "*spécifiques*" rispetto alle regole della prima parte, definite come "*dispositions générals*". Ciò significa, in sintesi, che i "*marchés de partenariat*" «*conservent en effet leur statut «dérogatoire» par rapport aux régles dites de «droit public» des marchés publics*»[223].

Le considerazioni svolte in merito alla disciplina introdotta in materia di PPP dalla *ordonnance* del 2015 valgono, in parte, anche per la disciplina dettata sullo stesso tema dal *Code de la commande publique*, adottato con *ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018*. In via del tutto preliminare e generale, infatti, si può dire che l'impostazione prescelta dal legislatore del 2015 è rimasta, nei suoi tratti caratterizzanti, immutata e che l'apporto principale del *Code* è stato operare una «*structuration plus fine et plus cohérent des dispositions*»[224].

L'art. 112-1 del *Code da la commande publique* definisce ancora il *partenariat* come «*un marché de partenariat est un marché public qui a pour objet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser. Cette mission globale peut en outre comprendre: 1° Tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels; 2° L'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels ou une combinaison de ces éléments; 3° La gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée*».

Il primo dato pacifico, quindi, è che il partenariato rientra non solo tra i contratti "*administratifs*" ma, nello specifico, nella categoria dei "*marchès*", ossia degli appalti. Ad oggi, la disciplina del partenariato continua ad avere, allora, un carattere "derogatorio", soprattutto

---

220 Così Cfr. S. BRACCONIER, *op. ult.* cit..

221 Cfr. S. BRACCONIER, *Le futur régime des partenariats public-privé* cit..

222 Cfr. P. DELVOLVÉ, *Les contrats de la «commande publique»*, *RFDA*, 2016, il quale sottolinea il carattere troppo restrittivo delle condizioni precedenti.

223 Così E. MULLER, *Les modifications apportées au régime des marches de partenariat*, in *Contrats et Marchés publics*, 2015.

224 Cfr. E. MULLER, *Marchés de partenariat*, in *Contrats et Marchés publics*, 2019, dossier 1.

per ciò che concerne l'inapplicabilità delle norme in tema di "*allotissement*", "*avances accomptes*" e "*peiement differé*".

Inoltre, il PPP continua ad essere concepito come un contratto "globale", in cui il soggetto privato deve "obbligatoriamente" svolgere specifici compiti – quali *la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement* – e, qualora manchi anche solo una di tali prestazioni, il contratto è "*illicite*"[225].

Nella disciplina più complessiva del PPP (*infra*, Cap. II), il ricorso a tale strumento rimane subordinato alla valutazione preventiva circa il "*bilan plus favorable*". Qualora tale elemento non sia rispettato, nel senso della possibile assenza di una istruttoria preventiva o dell'assenza delle condizioni più favorevoli rispetto ad un altro strumento, la delibera di approvazione del PPP può essere impugnata per "*excès de pouvoir*"[226].

In definitiva, quindi, alla luce della nozione fornita dal *Code de la commande publique* e della disciplina più complessiva in esso prevista, si può concludere dicendo che, nell'ordinamento francese, il Partenariato Pubblico-Privato rappresenta un vero e proprio istituto, alternativo e derogatorio rispetto ad appalti e concessioni ma che, tuttavia, presenta numerose affinità con l'appalto. In altri termini, il "*marchè de partenariat*" è un appalto vero e proprio ma con caratteristiche peculiari, finalizzate a coinvolgere nel lungo termine il "*partner*" privato.

7. L'asimmetria concettuale e normativa tra Partenariato Pubblico-Privato italiano, direttiva 23/2014/UE e *Code de la Commande Publique*.

Il presente scritto si è aperto con la presa d'atto per cui non esiste una nozione precisa ed univoca di "Partenariato Pubblico-Privato". L'analisi che ne è seguita può – anzi, deve – essere conclusa, allora, con un'altra presa d'atto, ossia che la nozione del fenomeno fornita dal legislatore italiano è del tutto asimmetrica rispetto all'elaborazione compiutane dalle istituzioni europee e, anche, dal legislatore francese.

Prima di soffermarsi sugli elementi di diversità tra i diversi modelli, occorre, innanzitutto, una precisazione in punto di "legittimità". Si tratta di sgombrare il campo dal – possibile – dubbio per cui i modelli nazionali potrebbero risultare "in violazione" di principi e/o norme di carattere sovranazionale.

Sul punto, vi è da dire, fin da subito, che la scelta operata a livello di diritto nazionale, e ciò vale sia con riferimento all'Italia sia con riferimento alla Francia, e il discostamento che ne deriva rispetto al modello sovranazionale non determinano alcuna conseguenza giuridica, quantomeno in termini di pura e semplice "violazione" del diritto. La "*primauté*" del diritto europeo, infatti, non sembra subire alcuna lesione.

Si è già accennato (*supra*, §2) al fatto che la nozione e la disciplina del PPP, a livello sovranazionale, sono contenuti in atti, quali Libri Verde e/o comunicazioni, che sono privi di precettività in senso di diritto positivo. Tali atti, infatti, non assurgono al rango di fonte

---

225 Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique*, Paris, 2024, p. 151.

226 Cfr. M. UBAUD-BERGERON, *Conditions étroites du recours au marches de partenariat*, in *Contrats et Marchès publics*, 2019, dossier 4, che evidenzia come il *Tribunal Administratif de Marseille*, *12 fèvr. 2019, n° 1709848, 1709963 et 1710044*, abbia riconosciuto un costo eccessivo del PPP rispetto ad un altro strumento e, pertanto, abbia dichiarato l'operazione illegittima. Per un sintetico commento sulla pronuncia di conferma in appello, di cui alla *CAA Marseille, 27 dèc. 2019, n° 19MA01714, Ville Marseille*, cfr. G. ECKERT, *Contrôle (trés concret) des conditions de recours au marché de partenariat*, in *Contrats et Marchés publics*, 2019, dossier 3.

normativa vincolante, ma, al più, rappresentano uno strumento di orientamento nelle scelte del legislatore e/o un parametro di valutazione per il giudice nazionale.

In questa sede, occorre aggiungere ed evidenziare che una delle conseguenze più rilevanti della mancanza di una qualsivoglia vincolatività in senso stretto è lasciare ampi spazi di autodeterminazione al legislatore nazionale. Ciò si traduce, in sostanza, nel fatto che, in questo spazio, il decisore ha la facoltà di ricorrere a categorie tipiche e peculiari della propria tradizione giuridica.

La conseguenza più evidente, quindi, è che, in assenza di un punto di riferimento comune e vincolante, ciascun ordinamento disciplina una determinata materia secondo i criteri e i caratteri che le sono più congeniali. Ciò è quanto accaduto in Italia e in Francia in tema di Partenariato Pubblico-Privato.

Nel nostro ordinamento nazionale, il rapporto tra Stato ed economia, tra potere e libertà, tra Pubblico e privato ha assunto, storicamente, una connotazione peculiare (*supra*, §1), di cui il legislatore ha, inevitabilmente, tenuto conto nell'architettura della disciplina del PPP. In termini generali, il tratto caratterizzante la cooperazione partenariale è individuabile nel progressivo inserimento dei privati nei gangli decisionali, tanto è vero che l'apporto degli operatori economici non è stato, nel corso del tempo, limitato alla fase esecutiva del progetto condiviso con il Pubblico, ma, al contrario, è stato ampliato fino ad arrivare alla fase di ideazione e di progettazione dello stesso.

Tutto ciò ha fatto sì che la cooperazione partenariale non rappresenti solo uno strumento a disposizione dell'Amministrazione per realizzare i propri scopi, ma, più in generale, si configuri come una vera e propria scelta politica. Tale caratteristica, come è ovvio, ha trovato riflesso nella disciplina positiva.

A conferma di ciò, è sufficiente guardare le norme oggi vigenti. Il Codice dei contratti pubblici definisce il Partenariato Pubblico-Privato come una "operazione economica" e, in modo del tutto coerente, configura la relativa disciplina come un rapporto globale, dove Pubblico e privato cooperano su un piano di parità, quantomeno sotto l'aspetto della ripartizione dei compiti.

Inoltre, la disciplina del fenomeno non è rivolta alla soddisfazione delle sole ed uniche esigenze dell'Amministrazione, ma, più in generale, opera su un piano, potremmo dire, sociale. Il PPP, infatti, può essere usato sia per realizzare opere c.d. "fredde", ossia destinate esclusivamente alla Amministrazione, sia per realizzare opere c.d. "calde", destinate, invece, ad una utenza collettiva, e tale circostanza, come si dirà tra un attimo, è – forse- la differenza più marcata tra i vari modelli di partenariato contrattuale.

Rispetto al quadro appena descritto e tenendo a mente tutto quanto detto in precedenza, possono essere svolte alcune comparazioni del modello nostrano con il modello di PPP pensato dalle istituzioni europee e con quello pensato dal legislatore francese. Tali osservazioni si articolano su un piano concettuale e, per logica successiva, su un piano normativo.

Sotto il primo aspetto, quello concettuale, si può dire che il partenariato elaborato a livello europeo rappresenta un fenomeno sì globale, nel senso che il privato partecipa a varie e diverse fasi del progetto concordato con il Pubblico, ma non sociale. Si vuole dire, in altre parole, che le istituzioni (allora) comunitarie hanno configurato il PPP come uno strumento di riduzione della spesa pubblica e non come modello di politica economica e sociale, tanto è vero che, almeno in apparenza, la nozione prevista in origine e, soprattutto, quella

emergente dai documenti di contabilità europea, sembra fare riferimento alle sole opere c.d. "fredde", escludendo quindi opere e servizi resi all'utenza.

Il *partenariat* francese è aderente a questa impostazione concettuale. Sin dalla sua prima elaborazione del 2004 e, ancora oggi, in quella prevista dal *Code de la commande publique*, infatti, il partenariato risulta essere uno strumento a disposizione dell'Amministrazione per realizzare opere o servizi ad essa destinati, senza il coinvolgimento di una utenza terza, tanto è vero che il contratto di PPP è, sotto ogni punto di vista, non solo quello definitorio o sistematico, un "*marché*" (appalto).

Sotto l'aspetto normativo, il Partenariato Pubblico-Privato europeo rappresenta un'opera incompiuta, poiché il legislatore sovranazionale ha deliberatamente deciso di non procedere oltre con la realizzazione di un quadro disciplinare unitario e globale. Solo la concessione, che del PPP rappresenta il modello principe, ha una sua autonoma disciplina (direttiva 2014/23/UE), mentre gli altri istituti, al pari di aspetti salienti del più generale rapporto cooperativo, sono sprovvisti di una copertura normativa.

In Francia, il fenomeno partenariale è stato oggetto di una sapiente opera di razionalizzazione e sistematizzazione e la scelta finale è stata quella di qualificare il PPP come un appalto ma con caratteristiche del tutto peculiari e derogatorie rispetto agli altri strumenti contrattuali a disposizioni dell'Amministrazione. L'esito finale è che il partenariato è disciplinato nella sua interezza e nella sua globalità ma non in modo del tutto autonomo rispetto agli appalti.

In definitiva, si può concludere dicendo che il Partenariato Pubblico-Privato, in Italia, possiede, in termini di nozione e di disciplina, peculiarità uniche, che lo caratterizzano rispetto anche agli omologhi modelli europei.

Resta, quindi, da capire se tale unicità si riflette anche nel meccanismo della disciplina di dettaglio e, soprattutto, se tale disciplina è funzionale a rispondere alle esigenze per cui il PPP stesso è stato pensato.

Capitolo II
L'architettura del Partenariato Pubblico-Privato nel D.lgs. n. 36 del 2023
La fase genetica dell'operazione economica

Sommario: PARTE I: LA FASE ISTRUTTORIA DELL'OPERAZIONE ECONOMICA - **1.** L'impostazione dell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato: dalla programmazione alla ripartizione del "rischio operativo" e la definizione dell'equilibrio economico finanziario. Considerazioni introduttive sull'architettura generale. **2.** Il ruolo della programmazione nella fase istruttoria dell'operazione partenariale; **3.** (*segue*) La valutazione preliminare; **4.** I compiti specifici dell'Amministrazione. PARTE II: LA REGOLAZIONE DELL'OPERAZIONE ECONOMICA ATTRAVERSO LO STRUMENTO CONTRATTUALE – **1.** Gli elementi operativi della struttura del contratto. Definizione del rischio operativo e sua traslazione. **2.** (*segue*) L'equilibrio economico-finanziario. **3.** Gli elementi contabili della struttura del contratto. La remunerazione del privato; **4.** (*segue*) La contabilizzazione delle operazioni di PPP. PARTE III: LA *PREPARATION DU MARCHE DE PARTENARIAT* IN FRANCIA - **1.** Le *conditions de recours au marché de partenariat*; **2.** (*segue*) *La instruction du projet*; **3.** (*segue*) *Le contenu du marché de partenariat*. PARTE IV: LA FASE DI EVIDENZA PUBBLICA - **1.** Il ruolo della "flessibilità" nella fase di aggiudicazione dei contratti sottostanti all'operazione di Partenariato Pubblico-Privato; **2.** L'aggiudicazione delle concessioni: principi, regole e garanzie procedurali; **3.** (*segue*) Il *project financing*; **4.** La *passation du marché de partenariat*. PARTE V: LA TASSONOMIA DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO - **1.** La concessione e le altre figure tipizzate di Partenariato Pubblico-Privato; **2.** Locazione finanziaria; **3.** Il contratto di disponibilità; **4.** Gli *Energy Performance Contracts* (*EPC*); **5.** Il Partenariato Sociale; **6.** Cessione di immobili in cambio di opere. PARTE VI – NORME DI CHIUSURA - **1.** Le ulteriori disposizioni dedicate al PPP. L'art. 198; **2.** (*segue*) L'art. 199. PARTE VII. L'ATTIVITÀ DI MONITORAGGIO - **1.** I sistemi di monitoraggio delle operazioni partenariali.

PARTE I
LA FASE ISTRUTTORIA DELL'OPERAZIONE ECONOMICA

1. L'impostazione dell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato: dalla programmazione alla ripartizione del "rischio operativo" e la definizione dell'equilibrio economico finanziario. Considerazioni introduttive sull'architettura generale.

Il primo dato giuridico-sistematico di cui si dispone per svolgere un'analisi scientifica sul Partenariato Pubblico-Privato è che, quantomeno nel nostro ordinamento, tale peculiare modalità di interazione tra Amministrazione e operatori economici privati si concretizza in una "operazione economica" (*supra*, Cap. I, § 4). Le implicazioni di questo specifico inquadramento, come già osservato (*supra*, Cap. 1, § 7), non sono di poco conto.

Fermo quanto detto, tuttavia, occorre aggiungere qualche ulteriore osservazione.

La prima è che il PPP non rappresenta più, a differenza di quanto accaduto in passato, una formula meramente descrittiva. Ad oggi, infatti, la "disciplina inclusiva e auto-esaustiva" disegnata in materia di cooperazione partenariale dal legislatore ha un valore prescrittivo e, pertanto, quando ci si riferisce ad essa, vi sono delle precise conseguenze giuridiche[1].

La seconda ruota attorno al concetto di "operazione" e alla sua portata "globale". L'accezione di globalità cui si fa riferimento è quella secondo cui il PPP rappresenta una modalità di realizzazione di opere e servizi pubblici dove il privato viene coinvolto come

[1] Cfr. M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritti comune*, in (ID. a cura di) *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni*, Napoli, 2009, p. 5, secondo cui, all'epoca della sua prima formulazione nel Codice dei contratti pubblici del 2006, il PPP rappresentava «*una nozione descrittiva con cui ci si riferisce, senza particolari conseguenze giuridiche, ad ogni tipo di situazioni – contrattuali o istituzionalizzate – che siano segnate dalla compresenza di soggetti pubblici e privati*».

partner nei meccanismi di *governance* dell'intera operazione, dalla programmazione fino all'esecuzione[2].

Il carattere della globalità, come si avrà modo di approfondire, trova riflesso nell'architettura tracciata dal Decreto legislativo del 31 marzo 2023, n. 36, recante il Codice dei contratti pubblici, a sostegno delle operazioni di Partenariato Pubblico-Privato, e ciò accade sia con riferimento alla fase genetica dell'operazione partenariale, sia con riferimento alla successiva fase esecutiva. In quest'ottica, si può dire, allora, senza timore di smentita, che la struttura della vigente disciplina del PPP poggia sull'idea per cui la committenza pubblica è un ciclo che prende avvio dalla fase di programmazione, passa dalla fase di progettazione, prosegue con la selezione del *partner* privato e giunge fino alla esecuzione del risultato così concepito dalle parti.

L'ottica positivizzata dal legislatore, per certi versi innovativa e, per altri, invece, tradizionale, non stupisce. Con la nuova codificazione, infatti, come si è già avuto modo di osservare (*supra*, Cap. I, § 4), il decisore abbandona la logica della "concorrenza a tutti i costi" in favore del recupero della tradizione giuridica nostrana, più attenta al conseguimento degli obiettivi fondanti l'azione amministrativa[3].

La disciplina del PPP attuale, quindi, è radicalmente diversa rispetto a quella contenuta nel previgente D.lgs. n. 50 del 2016 e ciò è dovuto, soprattutto, all'influenza che su di essa è esercitata dai rinnovati e più generali principi fondanti la materia dei contratti pubblici. L'indirizzo del nuovo Codice, infatti, è chiaro: attorno al "risultato" si può declinare l'esigenza dell'Amministrazione di rispondere all'interesse pubblico in modo efficiente ed efficace (sentenza Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1)[4].

Adattando questo schema al PPP, si ottiene che il perseguimento del "risultato" si atteggia a forza ordinatrice della "globalità" posta alla base dell'operazione partenariale. Nella prospettiva della scienza amministrativa, tutto ciò si concretizza nell'adozione di un preciso approccio regolatorio, focalizzato sulla disciplina non più della singola gara ma di tutto il ciclo del contratto, della "operazione economica" complessiva, appunto.

Traducendo le considerazioni appena svolte in termini di diritto positivo, si ricava che l'attuale disciplina del Partenariato Pubblico-Privato dà attuazione ad un elemento normativo ben preciso e definito, ossia il principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice[5]. Analizzando

---

[2] Cfr. R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 63, il quale ha evidenziato che l'allora "contratto di partenariato" non si caratterizzava per il trasferimento del rischio relativo alla gestione dell'opera o del servizio quanto, piuttosto, per il suo carattere di globalità, nel senso che il privato è responsabile della progettazione, del finanziamento, della realizzazione e della gestione dell'intervento.

[3] Cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. n. 3, p. 287, il quale evidenzia che il legislatore «*ha deciso di aprire il nuovo Codice con l'affermazione di principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici in coerenza con la naturale vocazione di un codice a costruire un sistema normativo organico. In questo modo, i principi mirano a esprimere la "visione" complessiva della regolamentazione della materia che, in quanto tale, orienta l'interpretazione e l'applicazione delle singole disposizioni*».

[4] Con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2008 citata, il Consiglio di Stato ha rimarcato come il PPP rappresenti un vero e proprio «*strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche*» (punto 9 della sentenza).

[5] Art. 1 (*Principio del risultato*), D.lgs. n. 36 del 2023, recita «*1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.*

2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato «codice» e ne assicura la piena verificabilità.

3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

l'architettura del PPP in quest'ottica, si comprende appieno il "plusvalore"[6] giuridico apportato da tale principio nell'ambito della cooperazione partenariale, soprattutto per ciò che riguarda lo spostamento dell'attenzione dal momento del provvedimento amministrativo a quello dell'attività amministrativa[7].

Limitando le considerazioni che seguono agli articoli del Libro IV del Codice, infatti, si osserva che lo "Stato banditore"[8], attento a gestire il mero buon andamento della gara piuttosto che il suo esito, ha ceduto il passo, almeno nelle intenzioni, alla "Amministrazione liquida", intesa come soggetto che, in nome del risultato e della flessibilità ad esso sottesa, adatta la propria forma allo scopo che, di volta in volta, si è prefissata di perseguire. Questo cambio di paradigma, d'altronde, è fisiologico.

La linea tracciata dal nuovo Codice, infatti, rappresenta una reazione uguale e contraria al formalismo eccessivo e alla complessiva rigidità delle procedure ad evidenza pubblica della disciplina precedente, elementi che, per troppo tempo, hanno caratterizzato le commesse dell'Amministrazione[9], le quali, in ultima analisi, miravano solo ad ottenere «*qualche gara in più*»[10]. Peraltro, volgendo, ancora una volta, lo sguardo all'ordinamento francese, ci si rende conto di come, in un sistema non dissimile dal nostro, la funzione della committenza pubblica abbia già da tempo ripreso la propria posizione di centralità, come testimoniato dal fatto che il testo organico sulla contrattazione pubblica è denominato "*Code de la commande publique*"[11].

In linea con quanto sino a qui detto, vi è da dire, ancora, che il principio del risultato rappresenta il criterio prioritario nella triade[12] dei "principi-valori"[13] con cui si apre il Codice e ad esso è legato – più degli altri – il principio della fiducia[14]. Tale principio non riguarda solo l'Amministrazione ma anche gli operatori economici privati e si sostanzia nel favorire e valorizzare «*l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato*» (art. 2 del Codice).

---

4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

[6] Cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici* cit., p. 287.

[7] In termini, cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 18 maggio 2023, il quale, nello svolgere una ricca analisi – anche storica – del principio del risultato, richiama gli studi compiuti sul tema da numerosi Autori, su tutti Massimo Severo Giannini e la sua idea di traslazione dal provvedimento all'azione amministrativa qui ricordata.

[8] La fortunata espressione è dovuta a M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001.

[9] Cfr. G. NAPOLITANO, *op. ult.* cit., p. 290.

[10] Si vuole qui richiamare il titolo dell'opera di F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, 2020, Rubbettino Editore, dove l'A. denuncia la vacuità dell'obiettivo di "qualche gara in più" e l'artificialità di una concorrenza meramente legale e procedimentale, mirante soprattutto a squalificare le offerte dei rivali e naturalmente destinata a sfociare in contenziosi lunghi ed estenuanti.

[11] Sul punto, più diffusamente, cfr. G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, titolo della relazione tenuta al Convegno dell'Istituto Jemolo dedicato a "*Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*", presso l'Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023.

[12] Cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici* cit., p. 288, il quale definisce "triade" l'insieme composto dal principio del risultato, da quello della fiducia e del libero accesso al mercato (artt. 1-3 del Codice dei contratti).

[13] Cfr. G. MORBIDELLI, *I principi nel codice dei contratti pubblici*, Introduzione al Convegno di Studi organizzato dalla Fondazione Cesifin su "*I principi nel codice dei contratti pubblici*", Firenze, 14 aprile 2023.

[14] Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato* cit., p. 2, secondo cui principio del risultato e principio della fiducia «*esprimono un indirizzo unitario*».

Ai fini del presente ragionamento, l'apporto della "fiducia" è rilevante. Ad oggi, infatti, il legislatore ha positivizzato l'intenzione di lasciare la più ampia discrezionalità possibile[15] a disposizione del soggetto Pubblico, la cui attività, quindi, non è più rigida[16] ma, al contrario, volutamente flessibile, potremmo dire "liquida".

Tale impostazione ha, evidentemente, dei riflessi anche sulla qualifica degli atti adottati dal personale delle Amministrazioni e il relativo regime giuridico. Infatti, dal combinato disposto dell'art. 1, co. 4, lett. *a*), e dell'art. 2, co. 3, del Codice, si ricava che la responsabilità dei funzionari è stata perimetrata in senso più restrittivo e che il relativo sindacato giurisdizionale incontra gli stessi limiti che si hanno quando si intende censurare attività rientrante nella discrezionalità amministrativa.

Si può dire, in sintesi, che la qualifica degli atti adottati in ossequio ai principi del risultato e della fiducia assumono una nuova posizione gerarchica e si assestano (quasi) al livello degli atti di alta amministrazione[17]. È evidente, pertanto, che la motivazione di tali atti, soprattutto in sede giudiziaria, assumerà un ruolo centrale per arginare il rischio della deriva dell'eccesso di potere[18].

Il carattere "liquido" dell'Amministrazione, peraltro, emerge anche dai "principi-regole"[19], anch'essi derivanti dal principio del risultato, quali quelli della autonomia organizzativa (art. 7 del Codice) e contrattuale (art. 8 del Codice) della P.a.. Come emergerà più chiaramente dall'analisi delle disposizioni di dettaglio, i principi appena citati valorizzano la flessibilità dell'azione amministrativa e, soprattutto, la funzionalizzazione dell'attività contrattuale, anche atipica, ad essa connessa, per il perseguimento degli interessi pubblici.

Ciò significa che il Codice ammette la possibilità di ricorrere a forme contrattuali non riconducibili a quelle tipiche e tale facoltà non è priva di conseguenze. La disciplina del partenariato, infatti, è già di per sé "a maglie larghe" e la atipicità sancita tanto dai principi quanto dalle norme prescrittive consente di espandere ulteriormente la gamma degli strumenti partenariali, potendosi ammettere fattispecie di PPP miste, ossia costituite da elementi tratti da quelle tipiche e da quelle atipiche.

Merita di essere precisato che la libertà consentita all'Amministrazione è perfettamente compatibile e, potremmo dire, confinata nei limiti tracciati dalla funzionalizzazione e dalla sussidiarietà orizzontale (art. 118, co. 4, Cost.). La flessibilità concessa all'Amministrazione, pertanto, non sembra essere idonea a ledere il principio di legalità.

Anche i nuovi dogmi del risultato e della fiducia, al pari degli altri principi sino a qui analizzati, infatti, rappresentano un derivato dell'imprescindibile ed ineludibile principio di legalità, cardine di ogni teorica riconducibile al diritto amministrativo, ed è proprio in

---

[15] Anche il Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1065, ha ribadito che l'Amministrazione, in fase di valutazione delle proposte di progetto da inserire nel programma triennale delle opere pubbliche, in ragione gode di ampia discrezionalità e, pertanto, non è tenuta a fornire una risposta su quale sia tecnicamente la migliore tra la pluralità delle offerte, dovendosi limitare solo a identificare quale di queste sia la più rispondente all'interesse pubblico al punto da giustificarne l'inserimento di nelle proprie attività di programmazione.

[16] Cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici* cit., p. 293, evidenzia come iniziativa e autonomia «*sono termini tipici dell'attività imprenditoriale privata, la cui "iniziativa economica" è libera ai sensi dell'art. 41, comma 1, Cost., e si svolge mediante esercizio dell'autonomia organizzativa e contrattuale sancita e tutelata dall'art. 1322 c.c.*».

[17] In termini, cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici* cit., p. 293.

[18] Cfr. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato* cit., p. 12.

[19] Cfr. G. MORBIDELLI, *I principi nel codice dei contratti pubblici* cit..

ossequio della legalità che anche tutta la disciplina del PPP deve essere, in ogni caso, interpretata[20].

La "operazione economica" di cui parla l'art. 174 del Codice, quindi, può essere realizzata in vari modi, ma lo strumento principale è quello contrattuale sinallagmatico. Il contratto, allora, assume una funzione fondamentale e strumentale nell'economia generale dell'operazione, ossia quella di regolamento cui le parti devono attenersi.

Ciò conferma quanto detto circa la destrutturazione del diritto amministrativo (*supra*, Cap. I, § 1) e conferma l'ampliamento degli strumenti a disposizione dell'Amministrazione per svolgere i propri compiti. Il partenariato, quindi, rappresenta uno degli strumenti più significativi di tale evoluzione[21].

Va sottolineato che il legislatore, anche grazie alla spinta proveniente dalla normativa sovranazionale, ha individuato nella concessione lo schema contrattuale eminente per realizzare una operazione di partenariato. Il Codice, peraltro, tratta meglio anche il raccordo con i c.d. mercati regolati, chiarendo, all'art. 176, co. 2, che esso si applica anche ai servizi di interesse economico generale (c.d. "SIEG"), sia per quanto riguarda l'affidamento sia per quanto riguarda l'esecuzione, mentre per la parte regolatoria si applicano le norme di ciascun specifico settore.

In termini generali, vi è da dire che alla libertà concessa all'Amministrazione corrisponde, per l'effetto, maggiore libertà anche per gli operatori privati, i quali dovrebbero, così, essere maggiormente incentivati a cooperare con la P.a. e, allo stesso tempo, dovrebbero essere maggiormente "responsabilizzati" nello svolgimento dei propri compiti. È di tutta evidenza, allora, che nella prospettiva dei "contrappesi" giuridici, i controlli sull'operazione partenariale giocano un ruolo essenziale per il perseguimento del risultato e per la conservazione della legalità-garanzia che esso rappresenta.

In tal senso, peraltro, vi è da dire che la "causa in concreto" del contratto con cui si regolamenta l'operazione partenariale, ossia realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 174, co. 3, del Codice), rappresenta un ulteriore elemento di garanzia a tutela dell'interesse pubblico. Ciò significa, allora, che la atipicità contrattuale che caratterizza il PPP è un elemento di flessibilità positivo e non certo un fattore di instabilità giuridica, in quanto la "tipicità" dell'azione amministrativa, per quanto assente nella struttura del contratto, è presente nel fine da esso perseguito[22].

Tutto quanto sino a qui detto trova positivizzazione nella architettura normativa che l'intero Libro IV del Codice dedica al Partenariato Pubblico-Privato[23], le cui disposizioni

---

[20] Cfr. F MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, p. 29, il quale osserva che «*l'autonomia negoziale è autonomia normativa, se non c'è l'autonomia normativa il riferimento al diritto privato è una pura finzione*».

[21] Cfr. R. DIPACE, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in (a cura di) N. LONGOBARDI, *Il diritto amministrativo in trasformazione: per approfondire*, Torino, 2016, p. 27, il quale evidenzia come «*gli strumenti di diritto privato, come i contratti, si affiancano a quelli di diritto pubblico per la realizzazione dei compiti delle pubbliche amministrazioni. Il partenariato pubblico privato costituisce un significativo esempio di tale evoluzione, ancor più interessante in quanto introduce significativi elementi di innovazione nella disciplina della attività negoziale della pubblica amministrazione*».

[22] Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1986, p. 250, secondo cui la tipizzazione di una struttura tende alla realizzazione di un interesse e comporta, quindi, l'individuazione tipica dell'interesse che essa normalmente realizza. Conseguentemente, quando si richiama un tipo di attività, si richiama anche il tipo di interesse che essa persegue. Per l'identificazione tra causa e tipo contrattuale, cfr. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.

[23] Per una prima analisi di tale architettura, si rinvia a M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP: le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice, il D.lgs. n. 36/2023*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, fasc. 3, pp. 307-326; M. BALDI,

sono specificamente dedicate alla disciplina della "operazione economica" nella sua globalità. È su tale plesso normativo, quindi, che occorre condurre l'indagine.

Come indicato nella *Premessa* al presente scritto, l'analisi delle norme dedicate agli strumenti contrattuali di Partenariato Pubblico-Privato sarà svolta con uno scopo ben preciso, ossia verificare se il legislatore sia stato in grado di fornire alla P.a. strumenti idonei a farle assumere in concreto una configurazione "liquida", elastica, dinamica, necessaria per compiere scelte discrezionali e non strettamente procedimentalizzate e, specularmente, se il privato sia nelle condizioni di essere "responsabilizzato", ossia di operare al meglio e per la soddisfazione di tutti gli interessi coinvolti.

2. Il ruolo della programmazione nella fase istruttoria dell'operazione partenariale.

I caratteri della globalità e della funzionalizzazione al risultato che qualificano l'ontologia della disciplina della "operazione economica" di Partenariato Pubblico-Privato (*supra*, § 1) emergono fin dalla prima disposizione dedicata alla disciplina della fase istruttoria dell'operazione stessa. Si tratta dell'art. 175, co. 1, del Codice, a mezzo del quale il legislatore ha attribuito alle Pubbliche amministrazioni il compito di «*adotta*[re] *il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato*».

La norma, che rappresenta la prima prerogativa di carattere concretamente prescrittivo in capo al soggetto pubblico - in attuazione di quanto previsto dal combinato disposto delle lettere *a*) e *c*) dell'art. 174, co. 1, del Codice -, è già di per sé indicativa della complessità delle operazioni di stampo partenariale[24]. Si può, quindi, affermare che, per impostare al meglio tutto il ciclo legato al progetto di PPP, il decisore ha optato per la valorizzazione, in primo luogo, della figura della "programmazione".

Tale istituto ha assunto, nel corso del tempo[25], un rilievo sempre più crescente e, potremmo dire, decisivo nell'ambito della realizzazione delle opere pubbliche, nonché dell'acquisizione di servizi e forniture[26]. La programmazione, infatti, intesa come attività di

---

Partenariato Pubblico-privato e concessioni, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 3, pp. 285-298; L. ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. 3, p. 364 ss.; G. MANFREDI, *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, fasc. 4, p. 457 ss..

[24] Cfr. F. RISSO, *Art. 175 Programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio*, in (a cura di) R. GIOVAGNOLI e G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, p. 1515, la quale sottolinea che il Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare che il tratto comune di tutte le fattispecie di PPP sia la comune preordinazione alla gestione imprenditoriale di un'operazione economicamente complessa.

[25] Per una sintetica ricostruzione storica della disciplina normativa dedicata all'attività di programmazione, cfr. R. DIPACE, *Pianificazione, programmazione e progettazione*, in (a cura di) M. CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019, pp. 306-307, secondo cui l'attività di programmazione era prevista originariamente dalla legge quadro sui lavori pubblici (art. 14, Legge 11 febbraio 1994, n. 109) come obbligatoria e preliminare alla progettazione e alla realizzazione dell'opera pubblica. L'impostazione della "legge quadro" non è stata modificata dal primo codice sui contratti pubblici (D.lgs. del 12 aprile 2006, n. 163). Per i servizi e le forniture il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 prevedeva la facoltà da parte delle amministrazioni di approvare ogni anno un programma per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo, senza alcuna previsione di livelli di programmazione. La legge 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, co. 505, ha previsto l'obbligatorietà da parte delle amministrazioni pubbliche di approvazione di un programma biennale di acquisti di beni servizi, prevedendone anche l'aggiornamento annuale, per gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato superiore a 1 milione di euro. Tale impostazione è stata confermata anche nel previgente Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50 del 2016) e dal suo decreto correttivo (D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

[26] Sul punto, A. CANCRINI, *La programmazione e la progettazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. 3, p. 317, ha messo in evidenza che l'attività di programmazione è stata a lungo scarsamente valorizzata, nella prospettiva di mettere in risalto prioritariamente la libertà di iniziativa economica privata e il principio concorrenziale. In tempi recenti, tuttavia, la «*importanza strategica della funzione programmatoria e dell'adeguata progettazione delle opere è penetrata gradualmente all'interno della normativa in materia di contratti pubblici*».

predeterminazione di alcune scelte cui vincolarsi, rappresenta uno degli aspetti che più impattano sull'attività contrattuale dell'Amministrazione, sia per quanto riguarda la razionalizzazione delle decisioni sia per quanto riguarda la corretta allocazione delle risorse pubbliche[27].

Ciò significa, in termini generali, che programmare rappresenta un *prius* logico giuridico[28] rispetto alla realizzazione di qualsivoglia tipologia di operazione e assume una fondamentale funzione coniugante tra le scelte di carattere politico e quelle più propriamente amministrative. Detto in altri termini, nella fase della programmazione vengono in gioco, contemporaneamente, tanto questioni decisorie quanto questioni pratiche[29].

La ricostruzione, d'altronde, è coerente con la *ratio* sottesa all'istituto, ossia rendere efficiente l'azione dell'Amministrazione. In concreto, quindi, "programmare" significa individuare in via preventiva il fabbisogno cui occorre dare soddisfazione e ricercare le soluzioni più efficaci per raggiungere tale risultato, evitando, così, sprechi di denaro e/o di mezzi pubblici e garantendo il più corretto svolgimento dell'operato pubblico[30].

In termini giuridici, allora, l'attività di programmazione risponde ad esigenze di certezza del diritto e, soprattutto, di efficienza nella realizzazione di una determinata opera pubblica o nella prestazione di un servizio. Come chiarito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, infatti, la programmazione «*non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa*»[31].

In quest'ottica, programmare equivale, per l'Amministrazione, a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo della committenza pubblica, migliorando le *chance* di un'efficiente gestione della stessa, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione. Tale verifica può ritenersi effettiva solo ove la stazione appaltante sia in grado di confrontare le prestazioni eseguite con i livelli quantitativi e qualitativi promessi in sede di gara e definiti nel contratto, secondo il corrispettivo e la tempistica pattuiti[32].

Ne discende, come conseguenza diretta, che l'atto di programmazione del ciclo di un contratto pubblico[33] è ascrivibile alla categoria degli atti di alta amministrazione[34] e che esso

---

[27] Cfr. A. CANCRINI, op. ult. cit., p. 317.

[28] L'espressione la si deve a R. DIPACE, *Pianificazione, programmazione e progettazione* cit., p. 307.

[29] Cfr. G. ORSONI, *Programmazione dei lavori pubblici*, in (a cura di) A. CARULLO e A. CLARIZIA, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 2004.

[30] Cfr. A. CANCRINI, *op. ult.* cit., p. 318.

[31] Cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac), Determinazione n. 5 del 6 novembre 2013 recante "*Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture*", p. 4.

[32] Cfr. Determinazione n. 5 del 2013 dell'Anac cit., dove l'Autorità evidenzia che «*l'importanza della fase di programmazione appare con maggior evidenza ove si consideri che dalle attività di vigilanza dell'Autorità è emerso che negli appalti di servizi e forniture, la carenza di programmazione da parte delle stazioni appaltanti genera criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa. Le criticità illustrate inducono a ritenere la fase della programmazione negli acquisti di beni e servizi come fondamentale ai fini di una compiuta valutazione delle strategie di approvvigionamento da parte delle stazioni appaltanti*».

[33] Tale specificazione assume rilievo, poiché, a differenza di quanto accade negli altri ambiti dell'azione amministrativa, la finalizzazione dell'atto sembra consentire un inquadramento più agevole. Sulla difficoltà nell'affrontare il tema della programmazione, cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1985.

[34] Per il rapporto tra attività politica e procedimento amministrativo in sede di programmazione, cfr. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994.

configura il presupposto più rilevante per la realizzazione del risultato globale dell'intera operazione economica. La caratteristica che contraddistingue la programmazione in termini procedimentali, pertanto, è che, nel preciso momento in cui l'Amministrazione decide di attribuire rilievo pubblico[35] ad uno specifico progetto, la medesima P.a. esercita amplissima discrezionalità amministrativa.

L'atto così adottato non rappresenta, tuttavia, un provvedimento ma un atto complesso che deriva dallo svolgimento di un'attività procedimentale articolata in più fasi[36]. Ciò significa che, pur essendo esterno ed autonomo rispetto alla sola fase di affidamento[37], l'atto di programmazione rimane inscindibilmente connesso con l'intero e più ampio ciclo legato alla singola gara e, inoltre, che in relazione ad essa funge da parametro di legalità-indirizzo rispetto al risultato finale.

L'«*effetto proprio*» della programmazione, infatti, è, da un lato, vincolare la realizzazione di una determinata opera o la fornitura di un servizio a quanto stabilito nel relativo atto; dall'altro, procedere alla verifica dei diversi interessi coinvolti nel procedimento sulla base di tale medesimo presupposto, avendo di mira «*non tanto l'"an" ma il "quomodo" dell'intervento*». Programmare non significa, quindi, svolgere un'attività meramente interna agli organi dell'Amministrazione di programmazione finanziaria e di razionalizzazione della spesa, ma porre in essere «*un atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'Ente, cui corrisponde la facoltà di verifica dei cittadini, singoli o associati, sulla congruità e correttezza delle scelte effettuate*» (Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824)[38].

In definitiva, l'attività programmatoria e le esigenze ad essa sottese[39] rispecchiano la tendenza del diritto amministrativo (*supra*, Cap. I, § 1) alla ritrazione degli strumenti autoritativi in favore dell'avanzata di modelli partecipativi[40], attraverso i quali gli operatori economici privati possono concorrere[41] alla definizione degli aspetti strategici legati al

---

35 Cfr. sentenza Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7615, che ha chiarito come l'attività di programmazione debba perseguire l'interesse pubblico.

36 Secondo R. DIPACE, *Pianificazione, programmazione e progettazione* cit., p. 306, l'attività di programmazione si sostanzia in una «*serie coordinata di atti*» e proprio «*in ciò consiste il nucleo centrale delle attività di programmazione* [la quale] *poiché postula un insieme coordinato di interventi, si risolve in un procedimento di procedimenti*».

37 Cfr. A. CANCRINI, *op. ult.* cit., p. 318.

38 Nella medesima sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824 citata si precisa anche che «*la valutazione decisiva sulla utilità e "fattibilità" dell'opera da parte dell'organo di governo dell'Ente vi è stata e la comunità locale deve prendere atto che una certa quantità di risorse finanziarie, personali ed organizzative dell'Ente è destinata a questa priorità, anziché ad altre opere ed interventi pur richiesti, perché ritenuti utili ma cionondimeno esclusi dalla programmazione e quindi, almeno temporaneamente, dalla realizzazione*».

39 Cfr. A. CANCRINI, *op. ult.* cit., p. 318, il quale evidenzia, sul punto, che «*l'attività programmatoria è, inoltre, funzionale ad incentivare l'apertura delle procedure di affidamento alle dinamiche concorrenziali già nella fase della determinazione degli obiettivi e delle scelte rispetto alle opere da realizzare e ai beni e servizi da acquisire. Si prevede, infatti, la possibilità per gli operatori economici di presentare proposte relative ad interventi già inseriti o da inserire nella programmazione, al fine di trarre vantaggio dalla competenza e dalla capacità inventiva dei privati nell'ottica di una migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico. Una simile scelta, consentendo significativi risparmi per l'amministrazione, si pone, peraltro, in linea di continuità con l'obiettivo di razionalizzare l'utilizzo delle risorse pubbliche*».

40 Secondo R. DIPACE, *Pianificazione, programmazione e progettazione* cit., p. 309, questa tendenza rispecchia il processo evolutivo della attività programmatoria delle pubbliche amministrazioni, nel senso che si è assistito al «*graduale abbandono della visione autoritativa della attività programmatoria, sviluppatasi nell'ambito di una concezione dirigistica dell'attività economica*» che è culminato in un risultato «*in linea con i fenomeni della dequotazione del potere pubblico e della progressiva affermazione del principio della concorrenza*». Il concetto è stato confermato di recente in R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 107.

41 Sul ruolo dei privati nella programmazione, anche in chiave critica, cfr. C. FABRIZI e L. PONZONE, *Programmazione, centralizzazione della committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti: verso il rating della P.A.*, in (a cura di) G.F. CARTEI e M. RICCHI, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, pp. 79 ss.

perseguimento di un interesse pubblico[42]. Detto in altri termini, programmare è un metodo di svolgimento dell'azione amministrativa[43] che, come tale, è funzionale alla soddisfazione di un risultato di pubblica utilità (cfr. la recentissima pronuncia di Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2024, n. 5026; più risalente, invece, una delle prime sentenze in tal senso, ossia Cons. Stato, sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7615)[44].

A conferma di quanto sino a qui osservato, milita l'indiscussa ammissibilità di impugnazione dell'atto programmatorio dinanzi al Giudice amministrativo (seppur per il solo vizio dell'eccesso di potere). A ciò va aggiunto, che sembra preferibile aderire all'orientamento giurisprudenziale[45] secondo cui la portata lesiva dell'atto programmatorio – che, come detto, è privo di carattere provvedimentale - deve essere differita al momento dell'adozione del relativo atto di implementazione[46].

La disciplina generale dell'attività di programmazione, per come descritta sino a questo punto, trova collocazione nel vigente Codice dei contratti pubblici agli artt. 37 – 40 e tale regolamentazione[47] mira a rispondere al rilancio e al recupero dell'efficienza della contrattazione pubblica[48]. Invece, la specifica disciplina della programmazione delle operazioni di partenariato è prevista dal già citato art. 175, co. 1, del Codice[49].

Si può, quindi, affermare che tra gli artt. 37 – 40 e l'art. 175 del Codice, vi sia un rapporto di genere a specie. Ciò significa, allora, che tutte le considerazioni di carattere generale sino a qui svolte sull'istituto della programmazione valgono anche per l'attività specificamente pensata nell'ambito della cooperazione partenariale, la quale, tuttavia, presenta delle peculiarità.

In primo luogo, in perfetta aderenza alla previsione di una architettura normativa dedicata al Partenariato Pubblico-Privato del tutto auto-conclusiva, l'attività di programmazione che deve essere svolta nell'ambito delle operazioni di PPP è autonoma. Pertanto, laddove l'art.

---

42 Cfr. R. DIPACE, *Pianificazione, programmazione e progettazione* cit., p. 306, secondo cui alla base della programmazione vi è l'intento di «*scardinare il fenomeno della programmazione rovesciata in virtù del quale si capovolgeva il rapporto tra opere, forniture e servizi e finanziamento, per cui la scelta dell'opera da realizzare era consequenziale alla disponibilità di specifici finanziamenti, in un'ottica di scelte estemporanee e, spesso, non volte alla soddisfazione delle esigenze della collettività*». In tema, anche E. STICCHI DAMIANI, *La programmazione dei lavori pubblici*, in (a cura di) R. VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2004.

43 Cfr. M. D'ORSOGNA, *Pianificazione e programmazione*, in (a cura di) S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006.

44 Soprattutto secondo Consiglio di Stato, sez. VI, 22 novembre 2004, n. 7615, cit., anche in tema di programmazione, deve essere considerato «*"ius receptum" il principio (che trova peraltro una consacrazione costituzionale nell'art. 97 della carta fondamentale) che l'attività della pubblica amministrazione deve necessariamente perseguire uno degli interessi pubblici di cui la stessa è attributaria*».

45 *Ex pluribus*, cfr. TAR Napoli, sez. V, 2 novembre 2020, n. 4965; TAR Parma, sez. I, 26 gennaio 2011, n. 10; TAR Basilicata, sez. I, 19 gennaio 2010, n. 17; TAR Napoli, sez. II, 1° dicembre 2006, n. 10343 (con riguardo soprattutto al rapporto tra programmazione e avvio delle procedure espropriative).

46 Secondo Cons. Stato, n. 5824 del 2002, cit., invece, un atto di programmazione deve essere impugnato immediatamente in quanto la sua portata lesiva si manifesta sin dal momento dell'inserimento dell'opera da realizzare nel programma triennale. Ciò sarebbe dovuto al fatto che l'inserimento di un lavoro nel programma, rende la realizzazione della relativa opera "doverosa". Per una ricostruzione della tematica, si rinvia a F. PELLIZZER, *La programmazione e la progettazione*, in (a cura di) F. MASTRAGOSTINO e G. PIPERATA, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Torino, 2023, pp. 245 ss.; G. MARGIOTTA, *Articolo 37 Programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi*, in (a cura di) A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, pp. 380 ss..

47 Per una analisi approfondita, si rinvia a R. GRECO, *Programmazione e progettazione: le novità del nuovo codice*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 20 luglio 2023; R. CAPONIGRO, Parte III Della programmazione, in (a cura di) R. GIOVAGNOLI e G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, pp. 405 ss.

48 Tali finalità sono state imposte espressamente al legislatore dalla c.d. "legge delega" (Legge 21 giugno 2022, n. 78).

49 Cfr. M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 3, p. 296.

175, co. 1, prescrive in capo all'Amministrazione di provvedere alla programmazione delle «*esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato*», la norma vuole fare riferimento in modo chiaro alla connessione esistente con il principio del risultato e alla caratteristica della globalità che contraddistingue l'intero ciclo partenariale, mentre tiene implicito il richiamo «*alle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, modulati, anche sui bisogni della comunità*»[50].

In secondo luogo, come si dirà meglio quando si tratterà del *project financing* (*infra*, Parte IV, §3), l'attività di programmazione specificamente prevista per le operazioni partenariali impatta su aspetti rilevanti di tale procedura di affidamento e, nello specifico, sulla fattibilità dell'intervento da realizzare attraverso di essa. Infatti, la valutazione discrezionale richiesta e prevista dall'art. 193 del Codice sembra essere condizionata proprio dalla programmazione di cui all'art. 175, co. 1, del Codice[51].

Infine, ragionando in termini più ampi, sembra potersi dire che la formulazione del medesimo art 175 sulla programmazione delle opere da realizzare in PPP appare sufficientemente elastica nella prospettiva di garantire flessibilità all'Amministrazione nello svolgimento della propria azione. Del pari, anche i privati, forti della connessione tra l'art. 175, l'art. 193 e gli artt. 37 – 40, del Codice, risultano sufficientemente coinvolti nella determinazione dei fabbisogni e, allo stesso tempo, tutelati in caso di potenziale sviamento da parte del soggetto Pubblico rispetto a quanto stabilito in sede di programmazione.

In definitiva, quindi, l'attività di programmazione delle operazioni di partenariato assume un peso fondamentale nell'ottica della globalità della operazione medesima, del perseguimento del risultato voluto dalle parti e, più in generale, della determinazione del grado di cooperazione tra i soggetti coinvolti nell'interazione partenariale. Per poter tracciare un percorso verso una Amministrazione "liquida" e un privato "responsabilizzato" occorre, quindi, definire al meglio questa specifica fase procedimentale.

3. (*segue*) La valutazione preliminare.

Strettamente connessa alla fase di programmazione si pone quella della "valutazione preliminare" di convenienza e fattibilità, da intendersi come il momento procedimentale in cui l'Amministrazione compie valutazioni, preliminari alla realizzazione dell'opera, di tipo puramente tecnico, al fine di comprendere se il ricorso allo strumento del Partenariato Pubblico-Privato rappresenti la soluzione più efficiente ed efficace tra quelle a sua disposizione. Tale valutazione viene svolta tenendo in considerazione l'intero ciclo contrattuale - e, soprattutto, la sua complessità tecnica ed economica - e mira a garantire la certezza e l'economicità del progetto, evitando, da un lato, che si intraprendano iniziative non realizzabili, e, dall'altro, che dette iniziative risultino non convenienti per l'Amministrazione (in termini, anche il Consiglio di Stato)[52].

Così concepita, la fase di valutazione preliminare ad un progetto pubblico risponde all'ottica del "risultato" cui tutto il Codice dei contratti pubblici sembra essere indirizzato. Per essere più precisi, la valutazione di cui stiamo parlando risponde ad una delle

---

[50] Per il virgolettato, cfr. M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni* cit., p. 297.

[51] Cfr. M. BALDI, *op. ult.* cit., p. 297, le cui considerazioni possono essere considerate attuali anche dopo le modifiche apportate dal c.d. "Correttivo" all'istituto della finanza di progetto.

[52] Cfr. "*Relazione agli articoli e agli allegati*" dello "*Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*", consultabile su https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/codice-dei-contratti-pubblici-approvato-con-d.lgs.-31-marzo-2023-n.-36.

specificazioni del medesimo principio del risultato, ossia l'autonomia organizzativa - positivizzata all'art. 7 del Codice - di cui gode l'Amministrazione.

Occorre sottolineare, allora, che il collegamento tra "risultato" e "auto-organizzazione" dell'azione amministrativa, disegnato nell'ambito della contrattualistica pubblica dal nuovo Codice[53], rappresenta il tratto caratterizzante e, al tempo stesso, la chiave di lettura della valutazione preliminare prevista per le operazioni di PPP. Infatti, se vagliata alla luce del "filtro" dei principi appena ricordati, la valutazione preliminare si configura come un momento procedimentale essenziale per la riuscita dell'intera operazione, assumendo il duplice ruolo, sul piano funzionale, di tutela della flessibilità dell'azione amministrativa e, allo stesso tempo, di garanzia contro il rischio che il soggetto Pubblico possa esercitarla in modo "viziato".

È opportuno, allora, ricordare che uno dei principi cardine sottesi all'azione pubblica è quello della "libera amministrazione" sancito dalla direttiva 2014/23/UE, secondo cui «*le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione*» (art. 2). Ai fini di quanto si dirà nei paragrafi che seguono, occorre, peraltro, evidenziare che il *Code de la commande publique* francese ha recepito tale principio e lo ha messo al centro di tutta la materia della contrattualistica pubblica[54].

La libertà e la flessibilità concesse all'Amministrazione, tuttavia, non sono assolute, e tra gli espedienti più efficaci ideati dal legislatore per direzionarne e controllarne l'esercizio vi è la "motivazione". Si tratta, come noto, di un istituto che trova disciplina a livello generale all'art. 3 della Legge n. 241 del 1990, mentre, per la materia dei contratti pubblici, è regolato dalle disposizioni che, di volta in volta, ne richiedono la redazione in forma "specifica".

L'obbligo motivazionale cui è tenuta la P.a., benché rappresenti un onere aggiuntivo[55] rispetto a quanto richiesto dalle direttive sovranazionali, rappresenta uno strumento dall'alto valore sociale e giuridico. Infatti, attraverso la motivazione, l'Amministrazione può rendere conto del proprio operato alla collettività, la quale, allo stesso tempo, in caso di esercizio patologico del potere da parte del soggetto Pubblico, è in grado di tutelare il proprio fondamentale diritto di difesa (art. 24 della Costituzione).

Anche le operazioni economiche di Partenariato Pubblico-Privato, pertanto, non sfuggono a questa dinamica. L'art. 175, co. 2, del Codice, infatti, dispone che «*il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità*» che «*si incentra sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale*».

In via preliminare, si può dire che, già da una piana lettura della norma, trova conferma quanto sia rilevante l'impatto che i nuovi principi del Codice hanno su questa fase

---

[53] Per il collegamento tra principio del risultato e principio di autonomia organizzativa, si rinvia alle considerazioni svolte da G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici* cit., pp. 295 ss, il quale evidenzia che «*i principi di auto-organizzazione e di autonomia contrattuale sono indirizzati alle pubbliche amministrazioni e si ricollegano all'affermazione del principio del risultato, con l'obiettivo di valorizzare sul piano strutturale e su quello funzionale l'ampio margine di flessibilità di cui esse, almeno sulla carta, dovrebbero disporre*».

[54] L'*Article L1* del *Code de la Commande publique* dispone che «*Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique*».

[55] In termini, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici* cit., p. 295.

procedimentale. La disposizione appena citata, infatti, non indica in modo dettagliato i contenuti della fattibilità ma «*mira al risultato della valutazione preliminare*»[56].

Per comprendere appieno l'importanza e la portata dell'art. 175, co. 2, del Codice, è però necessario un approfondimento. Comparando, infatti, il testo attualmente vigente con quello dell'abrogato art. 181, co. 3, D.lgs. n. 50 del 2016, ci si accorge che la vera novità consiste nell'ampliamento del perimetro applicativo della valutazione che l'Amministrazione è chiamata a svolgere[57].

Nella vigenza del "vecchio" Codice, infatti, il soggetto Pubblico era chiamato a svolgere solo una "adeguata istruttoria" mentre, ad oggi, è doverosa una "valutazione preliminare". La differenza non è, quindi, meramente terminologica ma risponde all'esigenza di garantire che la scelta di avvalersi dello strumento del Partenariato Pubblico-Privato sia basata su approfondite valutazioni in ordine alla sua convenienza e fattibilità.

L'art. 175, co. 2, citato prosegue, poi, dettando una prescrizione precisa, ossia la specificazione secondo cui la valutazione deve essere condotta «*confronta*[ndo] *la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente*». L'inciso non è di poco conto.

La disposizione, infatti, utilizza il termine specifico di "benefici" e non quello di "ricavi" e tale puntualizzazione lessicale comporta che l'Amministrazione sia tenuta a svolgere un'analisi molto precisa ed approfondita, che non sia limitata ad una mera comparazione tra spese ma, in senso più ampio, tenga conto anche delle componenti economiche "indirette" generate dalle operazioni di PPP. Detto in altri termini, il legislatore ha voluto consentire al soggetto Pubblico di ottenere con più agilità risultati positivi – a favore del partenariato - dalla ponderazione tra contratti rientranti nella categoria cooperativa e quello di appalto[58].

Ragionando diversamente, infatti, ossia aderendo ad una interpretazione più letterale, si rischierebbe di non valorizzare, tra gli elementi a favore del ricorso allo strumento partenariale, il suo tratto caratterizzante, ossia il trasferimento del rischio operativo. Peraltro, vi è da dire anche che interpretare il sintagma «*stima dei costi e dei benefici*» in senso più favorevole alla cooperazione in partenariato è coerente con l'utilizzo di un mezzo ancora molto apprezzato, ossia quello del *Public Sector Comparator* ("*PSC*").

Come descritto dal documento redatto dalla AVCP e dalla UTFP nel settembre 2009[59], il PSC è uno strumento manageriale mutuato dall'esperienza anglosassone per determinare se la scelta di una Amministrazione di eseguire un'opera in finanza di progetto determina, rispetto ad un'alternativa progettuale interamente pubblica, il c.d. *Value for Money* ("*VfM*") ossia la capacità per un soggetto Pubblico di orientare la propria spesa verso le soluzioni più

---

[56] Così M. BALDI, *Partenariato Pubblico-privato e concessioni* cit., p. 297.

[57] Cfr. M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 315, il quale evidenzia che «*la differenza tra le due norme, tra l'adeguata istruttoria e la valutazione preliminare riguarda, non tanto il metodo comparativo per misurare la convenienza del PPP rispetto all'appalto* […] *quanto piuttosto l'ambito della misurazione*».

[58] In termini, cfr. M. RICCHI, *op. ult.* cit., p. 315, il quale porta ad esempio ad esempio le importanti economie di scala generate dalle operazioni per la concentrazione dell'affidamento, in capo ad un solo soggetto, o i molteplici obblighi di forniture, di servizi e di lavori tra loro indissolubilmente intersecati in modo efficiente, oppure i risparmi che la P.a. può conseguire, evitando la locazione di uffici per lo svolgimento delle proprie funzioni a seguito della realizzazione di un edificio direzionale dove collocare i dipendenti.

[59] Documento redatto dalla Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (AVCP, oggi Anac) e dall'Unità Tecnica Finanza di Progetto DIPE – Presidenza del Consiglio dei Ministri (UTFP), recante "*Analisi delle tecniche di valutazione per la scelta del modello di realizzazione dell'intervento: il metodo del Public Sector Comparator e l'analisi del valore*".

efficaci ed efficienti[60]. Detto in altri termini, il *Public Sector Comparator* può essere definito come un ipotetico "costo aggiustato" con una componente di rischio nel caso in cui un'opera infrastrutturale venga finanziata e gestita da un'amministrazione pubblica, e ciò significa che l'attenzione di chi deve svolgere la valutazione «*si sposta inevitabilmente dal valore immobiliare dell'opera al suo valore funzionale*» (cfr. Documento AVCP e UTFP citato).

Se così è, allora, risulta chiaro che il *VfM* rappresenta esercizio di discrezionalità tecnica[61] e che il suo utilizzo assume ancora più importanza nell'ambito del nuovo Codice, dove le operazioni partenariali possono essere finanziate dal soggetto pubblico anche in modo maggioritario. Tale strumento, infatti, viene a porsi «*quale presupposto per l'esercizio della conseguente discrezionalità amministrativa*»[62].

In tal senso, merita di essere approfondito anche il requisito della «*capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale*», previsto, ancora, dall'art. 175, co. 2, del Codice (con considerazioni che torneranno utili per il ragionamento che sarà sviluppato nei prossimi paragrafi; *infra*, Parte II, §§1 - 2). Ebbene, la disposizione richiede di tenere in considerazione la capacità degli enti di sostenere impegni economici di lunga durata, e ciò significa, in altre parole, che il "valutatore" deve tenere conto della c.d. "*affordability*" delle Amministrazioni[63], ossia della loro capacità economica.

Da un punto di vista funzionale, ciò implica che nella valutazione preliminare complessiva non si dovrà più tenere conto solo (ed esclusivamente) della capacità del progetto di essere redditizio, ma anche della sua bancabilità. Per essere ancora più precisi, stiamo parlando di una questione che ricade in un perimetro ben definito – e che in passato ha sollevato numerose perplessità – ossia della possibilità e della conseguente capacità di un ente di sostenere il pagamento di canoni poliennali a fronte della messa a disposizione - da parte del privato - di un'opera c.d. "fredda" e il legislatore pare averla risolta in senso positivo.

Sempre nell'ottica di fornire maggior certezza sul raggiungimento del risultato perseguito dall'operazione partenariale e di garantire competenza da parte del soggetto Pubblico, l'art. 175, co. 3, nella formulazione vigente a seguito delle modifiche apportate dall'art. 54 del d.lgs. n. 209 del 2024, prevede che per i progetti di interesse statale o per quelli finanziati con contributo a carico dello Stato, gli enti concedenti interessati a sviluppare tali progetti secondo la formula del Partenariato Pubblico-Privato debbano richiedere un parere preventivo al Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), inviando contestualmente la documentazione anche al Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato.

---

[60] Per un approfondimento, anche dal punto di vista tecnico, si rinvia a M. COLTELLACCI e M. SMERIGLIO, *Il «Value For Money Assessment»: un metodo per paragonare la convenienza della concessione di costruzione e gestione rispetto all'appalto tradizionale*, in (a cura di) in (a cura di) M.M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, pp. 475 ss..

[61] Cfr. E. TOZZO, *La valutazione della convenienza del ricorso ai rapporti di PPP e la corretta allocazione dei rischi*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2021, fasc. 1, p. 461, il quale evidenzia che «*il VFM è un concetto relativo che richiede una comparazione tra i risultati, potenziali e reali, relativi a opzioni di affidamento diverse e alternative, attraverso una metodologia di valutazione che comporta una combinazione di aspetti qualitativi e quantitativi. Per valutare il VFM da punto di vista quantitativo si potrebbe ricorre proprio al PSC, in quanto, tale tecnica si basa sul confronto del valore attuale netto dei costi e dei ricavi generati dalle due diverse soluzioni perseguibili (PPP vs appalto), tenendo conto di tutte le categorie di rischio associate alla realizzazione del progetto, distinguendo le componenti di rischio trattenute dalla pubblica amministrazione da quelle ragionevolmente trasferibili all'operatore economico*».

[62] Così M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni* cit., p. 297.

[63] Cfr. M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 316; M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni* cit., p. 297.

L'ente concedente è tenuto obbligatoriamente a richiedere il parere, ma non ad aderirvi. Per smarcarsi da quanto reso dal NARS, è infatti sufficiente rendere una motivazione adeguata, che tenga conto, in particolare, delle modalità di contabilizzazione adottate[64].

Per quanto attiene alla fase in cui è necessario procedere con il parere, essendo tale atto di carattere "preventivo", occorre che sia richiesto «*prima della pubblicazione del bando di gara in caso di progetto a iniziativa pubblica ovvero prima della dichiarazione di fattibilità in caso di progetto a iniziativa privata*». Rimane salva, comunque, la possibilità per il Presidente del Consiglio dei Ministri di sottoporre, dopo la valutazione preliminare, lo schema di contratto ai pareri del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato «*anche per la valutazione di profili diversi da quello della convenienza*».

Sotto il profilo della scansione temporale, l'art. 175, co. 3, del Codice prevede che il NARS, previa acquisizione delle valutazioni del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, che devono essere espresse entro 25 giorni dalla richiesta, si pronuncia entro i successivi 20 giorni. Con finalità evidentemente acceleratoria, il legislatore ha disposto che «*decorso il termine, salvo sospensione per integrazione documentale secondo quanto previsto dall'articolo 2, comma 7, della legge 7 agosto 1990, n. 241, si applica l'articolo 16, comma 2, della legge n. 241 del 1990*», ossia il silenzio assenso tra Amministrazioni.

Per completezza, occorre dare conto che, nella versione originaria dell'art. 175, co. 4, del Codice, esisteva una terza tipologia di parere. Si trattava della possibilità – e non dell'obbligo – attribuita a regioni ed enti locali di richiedere un parere al DIPE quando la complessità dell'operazione contrattuale lo richiedesse, possibilità che l'art. 54 del d.lgs. n. 209 del 2024 ha, però, abrogato.

È opportuno evidenziare che il meccanismo di pareristica sino a qui descritto è stato – come già accennato - parzialmente rivisitato in occasione dell'adozione del c.d. Correttivo. Più precisamente, il legislatore ha provveduto ad "aggiustare" alcune criticità che rischiavano di minare la finalità ultima dello strumento del parere, ossia fornire certezza giuridica.

Per quanto le finalità perseguite dal legislatore fossero condivisibili, infatti, la disciplina delineata dall'art. 175, co. 3, nella sua versione originaria, presenta qualche criticità. Possiamo limitarci a due ordini di considerazioni.

Il primo è che l'assenza di una gerarchia predefinita tra le diverse tipologie di parer (obbligatori e vincolanti, obbligatori e non vincolanti e non obbligatori e non vincolanti), insieme alla "articolazione policentrica" dei soggetti individuati come competenti ad emetterli, possono incidere sulle strategie comportamentali nella loro redazione, inficiandone l'efficienza. A ciò si aggiunga, peraltro, che anche altri soggetti (come, ad esempio, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, l'Autorità Nazionale Anticorruzione e/o

[64] Il procedimento descritto è quello risultante dal testo dell'art. 175, co. 3, del Codice come modificato dal d.lgs. n. 209 del 2024. In origine, l'art. 175, co. 3, prevedeva due soglie di valori, cui corrispondevano soggetti pubblici diversi cui rivolgersi per ottenere il parere richiesto dal legislatore. La prima soglia comprendeva progetti di interesse statale oppure progetti finanziati con contributo a carico dello Stato il cui ammontare dei lavori o dei servizi fosse di importo pari o superiore a 250 milioni di euro e il parere doveva essere chiesto al CIPESS, sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). La seconda, invece, includeva progetti di interesse statale o finanziati con contributo a carico dello Stato il cui ammontare dei lavori o dei servizi fosse di importo pari o superiore a 50 milioni di euro e inferiore a 250 milioni di euro, e il soggetto cui richiedere il parere preventivo, non vincolante, era il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri; tale parere doveva essere emesso di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato.

l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) svolgono attività consultive e interpretative che si aggiungeranno, presumibilmente, a quelle volute dall'art. 175 del Codice.

Tutto ciò implica, evidentemente, il rischio che vi siano disincentivi all'adozione dei pareri medesimi o che vi possano essere situazioni di conflitto tra loro. Ciò spiega la ragione fondante l'intervento del legislatore del 2024.

La correzione di rotta del legislatore è sicuramente apprezzabile ma, in ogni caso, durante tale intervento un aspetto rilevante (quantomeno ai fini del presente scritto) è rimasto privo di considerazione. Il Correttivo non ha valutato l'idea che l'Amministrazione necessiti di un "affiancamento multidisciplinare" e che tale aiuto possa essere fornito proprio da soggetti specializzati privati.

Infatti, l'ausilio fornito dai privati avrebbe un valore eminentemente tecnico e consentirebbe di apportare conoscenza ed efficienza già nella fase di strutturazione dell'operazione partenariale. Le prerogative dell'Amministrazione, del pari, sarebbero preservate, posto che il potere decisionale permarrebbe, in ogni caso, in capo al soggetto Pubblico, circostanza che escluderebbe, peraltro, il rischio di "cattura" da parte degli operatori economici[65].

Un esempio di quanto sia rilevante l'apporto delle competenze dei privati in un'operazione partenariale e, soprattutto, del peso che assume la valutazione preliminare svolta dall'Amministrazione è individuabile nell'esperienza progettuale del c.d. Polo Strategico Nazionale ("*PSN*"). Si tratta di una infrastruttura ad alta affidabilità che ha l'obiettivo di dotare la Pubblica amministrazione di tecnologie e infrastrutture in *cloud* che possano beneficiare delle più alte garanzie di affidabilità, resilienza e indipendenza[66].

Ai fini del presente ragionamento, occorre evidenziare che il Governo italiano ha compiuto la scelta organizzativa di realizzare il PSN attraverso una cooperazione di Partenariato Pubblico-Privato, dopo averla ritenuta la più idonea rispetto alle altre soluzioni potenzialmente percorribili. In particolare, per le caratteristiche del progetto, questo avrebbe potuto essere realizzato o in gestione diretta, o attraverso una società *in house*, oppure, ancora, mediante affidamento puro e semplice ai privati a mezzo di appalto[67].

In sintesi, il PPP è apparsa la strada migliore per realizzare questo tipo di intervento e oggi, alla luce del nuovo Codice, la scelta operata qualche anno fa sembra essere ancora quella giusta, soprattutto in considerazione del fatto il legislatore ha inserito appositamente tra i criteri da tenere in considerazione per svolgere la valutazione preventiva la «*capacità di generare soluzioni innovative*». D'altronde, le problematiche che affliggono il sistema infrastrutturale

---

65 Cfr. D. SICLARI, *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2020, fasc. 2, il quale individua nel rischio di "cattura" uno degli elementi critici della partecipazione dei privati sin dal momento della programmazione delle opere pubbliche.

66 Il Dipartimento per la trasformazione digitale ha promosso la creazione del Polo Strategico Nazionale attraverso una convenzione stipulata con la società di nuova costituzione Polo Strategico Nazionale S.p.A., partecipata da TIM, Leonardo, Cassa Depositi e Prestiti (CDP, attraverso la controllata CDP Equity) e Sogei. Il Polo ospiterà i dati ed i servizi critici e strategici di tutte le amministrazioni centrali (circa 200), delle Aziende Sanitarie Locali (ASL) e delle principali amministrazioni locali (Regioni, città metropolitane, comuni con più di 250 mila abitanti). La realizzazione del Polo Strategico completa la missione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (Missione 1, componente 1, investimento 1.1 Cloud PA/Polo Strategico Nazionale) per accelerare la trasformazione digitale della PA e ha l'obiettivo, congiuntamente all'iniziativa 1.2 del PNRR "Abilitazione e facilitazione migrazione al cloud", di portare il 75% delle amministrazioni italiane ad utilizzare servizi in cloud entro il 2026.

67 Per un'analisi più approfondita sul punto, cfr. G. NAPOLITANO, *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, fasc. 6, pp. 704 – 705.

digitale italiano sono ben note[68] e il PPP rappresenta, indubbiamente, uno strumento di miglioramento da poter utilizzare[69].

4. I compiti specifici dell'Amministrazione.

A conclusione di quanto sino a qui detto sulla fase che potremmo definire "istruttoria" dell'intera operazione di Partenariato Pubblico-Privato, occorre fare un rapido cenno ai commi 5, 6, 7, 8 e 9-*bis* dell'art. 175, del Codice. Tali disposizioni, infatti, danno attuazione ai "compiti propri"[70] dell'Amministrazione secondo quanto previsto dall'art. 174, co. 1, lett. *c*), del Codice, e in questa sede meritano di essere richiamati solo per far comprendere come, sin dalla fase genetica del rapporto cooperativo, occorre che i ruoli tra Pubblico e privato siano perfettamente ripartiti.

Si tratta delle attività di controllo, di monitoraggio e di diffusione – tramite pubblicazione su apposito sito *web* – delle migliori prassi in termini di gestione di un'operazione di partenariato, nonché dell'adozione di appositi contratti tipo in materia di PPP. Come è evidente, le disposizioni attengono prevalentemente ad aspetti più propriamente esecutivi, ma la collocazione sistematica tra le norme generali dedicate a tutte le ipotesi di PPP fa capire quanto sia importante, nel rinnovato impianto del Codice, il raggiungimento del risultato a mezzo di certezza e chiarezza[71].

[68] Per una panoramica sul tema, cfr. E. SCHNEIDER, *Il ruolo primario delle infrastrutture digitali per la ripresa economica del paese: a che punto siamo?,* in *www.irpa.eu*, Osservatorio sullo Stato digitale.

[69] Sul punto, cfr. A. SANDULLI, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, fasc. 2, pp. 513 ss.

[70] Così M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni* cit., p. 297.

[71] L'analisi puntuale e concreta dei compiti affidati alla P.a. sarà oggetto di apposita trattazione nei paragrafi che seguono.

PARTE II
LA REGOLAZIONE DELL'OPERAZIONE ECONOMICA ATTRAVERSO LO STRUMENTO CONTRATTUALE

1. Gli elementi operativi della struttura del contratto. Definizione del rischio operativo e sua traslazione.

La natura di "operazione economica" che, secondo l'art. 174 del Codice dei contratti pubblici, permea il concetto di "Partenariato Pubblico-Privato" implica che la cooperazione tra le parti non sia predefinita e standardizzata in ogni suo aspetto ma richieda, di volta in volta, una regolamentazione specifica e concreta, rimessa alle pattuizioni concordate tra i diversi soggetti in gioco. In altri termini, Pubblico e privato, pur dovendo rispettare il quadro normativo complessivamente tracciato dalla legge, sono liberi di modellare, secondo la propria volontà, la fisionomia di ogni singola operazione di partenariato.

In quest'ottica, come è evidente, gli strumenti contrattuali di diritto privato si configurano come i più efficaci ed efficienti da utilizzare. Il nuovo Codice, non a caso, ha volutamente positivizzato all'art. 8 il c.d. "principio di autonomia contrattuale", al fine di consentire al soggetto Pubblico, nel perseguimento delle proprie finalità istituzionali, di concludere qualsiasi contratto, anche gratuito, salvi i divieti espressamente previsti dal Codice medesimo e da altre disposizioni di legge[1].

La norma codicistica, riferendosi alle "finalità istituzionali", richiama e collega, ancora una volta, il principio del risultato all'impiego di un istituto tipico del diritto privato, ossia il contratto[2], ed estende quanto più possibile il carattere di flessibilità dell'azione amministrativa volta al perseguimento di un interesse pubblico. La formulazione dell'art. 8 del Codice, infatti, è particolarmente ampia e volutamente generica quando afferma che l'Amministrazione può ricorrere a «*qualsiasi contratto*» sia necessario utilizzare nel caso concreto.

A conferma di tale assunto, vi sono due ulteriori osservazioni. La prima è che la capacità negoziale della P.a. è generale e limitata solo in ipotesi tassative, ossia quando ricorrono «*divieti espressamente previsti dal codice e da altre disposizioni di legge*»; la seconda riguarda l'ampliamento dell'ambito di imputazione soggettiva degli effetti negoziali attribuibile alla P.a., la quale, ora, può «*ricevere per donazione beni o prestazioni rispondenti all'interesse pubblico senza obbligo di gara*».

Tutto ciò significa, in definitiva, che l'Amministrazione può ricorrere liberamente al contratto, tipico o atipico, e determinare le modalità di attuazione della propria attività con la più ampia flessibilità possibile. Si può, quindi, concordare con l'idea per cui con il nuovo Codice «*si libera l'amministrazione da vincoli regolamentari non necessari*» e «*si ricostruisce così una sfera di attività di diritto privato dell'amministrazione retta dal principio di autonomia negoziale*»[3].

---

[1] La norma, in realtà, si limita a sintetizzare ciò che la giurisprudenza afferma ormai da tempo, ossia che la P.a. è dotata di capacità negoziale generale. La conclusione raggiunta in via pretoria si fonda sull'art. 11 c.c., secondo cui "*le provincie e i comuni, nonché gli enti pubblici riconosciuti come persone giuridiche godono dei diritti secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico*" e sull'art. 1, co. 1 *bis*, della l. n. 241 del 1990, che sancisce il principio per cui "*la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente*".

[2] Sul punto, G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici* cit., p. 296, osserva che «*la funzionalizzazione dell'attività contrattuale così formulata, tuttavia, non giunge sino al punto di conferire giuridica rilevanza al motivo soggettivo che muove l'amministrazione al di là di quanto formalizzato negli atti di evidenza pubblica*».

[3] Così, G. NAPOLITANO, *op. ult.* cit., p. 296.

Da un punto di vista sistematico, il rapporto che lega una operazione di Partenariato Pubblico-Privato ad una particolare tipologia di contratto è quello di genere a specie, nel senso che il PPP rappresenta una formula nella quale possono essere ascritte varie tipologie contrattuali, purché rispettose dei criteri impartiti dall'art. 174 del Codice. Da un punto di vista disciplinare, invece, tra cooperazione partenariale e contratto, inteso, questa volta, nell'accezione di istituto, vi è un rapporto di strumentalità, nel senso che il contratto medesimo rappresenta lo strumento regolamentare dell'operazione di partenariato.

Ciò vuol dire che, attraverso la stipula di un accordo pattizio, Pubblico e privato delineano e definiscono nei dettagli gli aspetti che caratterizzano una interazione di "partenariato". In tal senso, l'elemento cardine attorno cui ruota tutto il rapporto contrattuale, e che dà concreta attuazione al concetto di "operazione economica", è il trasferimento del c.d. "rischio operativo".

In termini nozionistici, per "rischio" si intende l'alea cui è tradizionalmente esposta ogni attività economica in regime di concorrenza. La Corte di giustizia, in tema di concessione, ha precisato che tale elemento ricorre «*nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetto che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio*»[4].

La rilevanza assunta, nel corso del tempo, dal rischio operativo, sia dal punto di vista classificatorio sia dal punto di vista applicativo, ha indotto il legislatore sovranazionale ad occuparsi nel dettaglio della disciplina della sua traslazione, che oggi trova collocazione nella direttiva n. 2014/23[5]. Ecco, quindi, perché il concetto di rischio «*campeggia* [nei] *contratti di partenariato pubblico-privato, tanto da plasmare oggetto, contenuto e sorte del rapporto contrattuale*»[6].

A livello nazionale, anche nel vigente Codice dei contratti pubblici il trasferimento del rischio rappresenta il centro nevralgico dell'intera disciplina del Partenariato e, ad esso, il legislatore ha dedicato una disciplina unitaria più chiara e precisa rispetto a quella operante in passato. Grazie a questo cambio di paradigma, la tipologia di rischio trasferito non ha più una funzione qualificante lo strumento da utilizzare nell'ambito di una specifica operazione economica (in termini di concessione o di PPP) ma serve a comprendere la "temperatura" e, di conseguenza, la legittimità dell'opera da realizzare in cooperazione tra le parti[7].

In linea con quanto già detto per altri aspetti dell'operazione di tipo partenariale, anche il rischio è stato valorizzato nel nuovo Codice per il suo carattere "globale" e finalistico[8], nel

---

[4] Cfr. C. giust. Ue, 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Stadler*; C. giust. Ue, 10 novembre 2011, causa C-348-10 (punto 48), *Norma A SIA*; C. giust. Ue, VII, 10 maggio 2015, causa C-269/14, *Kansanelakelaitos*.

[5] Sull'impatto che la direttiva n. 2014/23 ha avuto sui contratti di concessione a livello nazionale, si rinvia a M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2014, fasc. n. 7, pp. 741 ss.; V. FERRARO, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, fasc. 3, pp. 835 ss..

[6] Così G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, fasc. 2, p. 601. Secondo F. GOISIS, *Il rischio economico quale* proprium *del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico* versus *visioni tradizionali*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, fasc. 4, p. 744, il rischio operativo rappresenta il "*proprium*" dell'istituto concessorio.

[7] Cfr. G.F. CARTEI, *op. ult.* cit., p. 613, il quale osserva come la configurazione unitaria operata nel previgente Codice dei contratti pubblici della nozione di rischio operativo conosceva l'articolazione tra rischio di domanda, rischio di disponibilità e rischio di costruzione «*funzionale alla partizione tra contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*».

[8] Cfr. D. SENZAZNI, *"Amministrazione di risultato" e gestione del rischio finanziario nei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2017, fasc. 2, pp. 326 – 327, il quale lega rischio operativo e risultato nell'espressione di sintesi "Amministrazione di rischio".

senso che esso permea l'interazione tra Pubblico e privato dalla genesi fino alla conclusione e, in ogni caso, nell'ottica del perseguimento di un interesse pubblico. In tal senso, è quindi corretto dire che il rischio rappresenta la «*sintesi sistematica*» del rapporto contrattuale[9].

Venendo alle norme, si osserva che l'art. 177, co. 1, del Codice prevede espressamente che l'aggiudicazione di un contratto di partenariato «*comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda dal lato dell'offerta o da entrambi*». A dire il vero, la norma è finalizzata a precisare, nello specifico, l'assetto di interessi del contratto di concessione ma, tuttavia, in virtù del richiamo ad essa operato dall'art. 174, co. 3, del Codice, si può liberamente dire che la disposizione vale per tutti i contratti di PPP.

Come osservato dal Consiglio di Stato, lo schema di partenariato tipizzato dal legislatore incorpora dunque un piano di ripartizione dei rischi ben diverso rispetto all'appalto, poiché nella concessione (e, quindi, nelle altre forme di partenariato) al rischio di costruzione[10] si aggiunge il rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, ossia il rischio di domanda, il rischio di disponibilità oppure entrambi. In mancanza di rischio operativo, allora, la fattispecie si deve qualificare in termini di appalto.

La norma in commento prosegue con la definizione delle formule semantiche in essa utilizzate, precisando che «*per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto*», mentre «*per rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto*».

Sulle diverse tipologie di rischio trasferibili, Anac ha adottato con Delibera del 28 marzo 2018, n. 318, le Linee Guida n. 9[11], con le quali se ne fornisce una dettagliata analisi.

In via preliminare, si specifica che il "*rischio operativo*" deriva da fattori al di fuori del controllo delle parti, differenziandosi per tale aspetto da rischi come quelli legati a una cattiva gestione o a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico, che non sono determinanti ai fini della qualificazione giuridica del contratto come concessione, dal momento che sono insiti anche nei contratti di appalto pubblico[12].

Con "*rischio di domanda*", invece, si fa riferimento ad un fattore che può non dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico e che costituisce di regola un elemento del consueto "rischio economico" sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato[13]. Il rischio di domanda, peraltro, non è di regola presente nei contratti nei quali

---

[9] Cfr. G.F. CARTEI, *op. ult.* cit., p. 631.

[10] Ossia, il rischio legato ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali e/o a *standard* inadeguati.

[11] Delibera del 28 marzo 2018, n. 318, Linee Guida n. 9, recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*".

[12] L'Autorità sottolinea che nel rischio operativo rientra anche il rischio di costruzione, il quale può essere declinato come:

a) rischio di progettazione, connesso alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto, derivanti da errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dell'opera;

b) rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto, collegato al mancato rispetto degli standard di progetto;

c) rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o indisponibilità di quelli previsti nel progetto;

d) rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione;

e) rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori;

f) rischio di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata.

[13] Anac specifica che in tale categoria generale di rischio si distinguono i rischi specifici, quali:

l'utenza finale non abbia libertà di scelta in ordine alla fornitura dei servizi (ad es. carceri, scuole, ospedali) e, pertanto, in tali casi, ai fini della qualificazione del contratto come PPP, è necessaria l'allocazione in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità.

Per "*rischio di disponibilità*", infine, si intende il fattore che lega volume e qualità delle prestazioni erogate dal privato ai pagamenti sostenuti dall'Amministrazione[14]. È opportuno evidenziare che la distinzione tra "rischio di disponibilità" e "rischio di offerta" ha creato notevoli difficoltà interpretative e, pertanto, il legislatore del 2023 ha optato per una soluzione chiarificatrice.

Nel nuovo Codice, infatti, il rischio dal lato dell'offerta non corrisponde più al "*rischio di disponibilità*" cui faceva riferimento il previgente Codice e sulla cui perimetrazione era stata costruita la disciplina dedicata al PPP, diversa da quella delle concessioni, contribuendo all'introduzione dell'attuale nozione di "operazione economica" in luogo di "contratto" di Partenariato Pubblico-Privato, ma parla solo di "*rischio di offerta*". Dal punto di vista pratico, la scelta del legislatore ha «*ridotto l'evidenza e l'attenzione sul contratto di partenariato pubblico privato*»[15] ma ha permesso, allo stesso tempo, di mettere in evidenza il carattere globale e finalistico dell'interazione cooperativa.

Da ultimo, si osserva che secondo l'Autorità Nazionale Anticorruzione, accanto ai rischi generali di costruzione, di domanda e di disponibilità, vi sono una serie di altri rischi[16] che

---

a) rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico;
b) rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori che eroda parte della domanda.

[14] L'Autorità chiarisce che vi sono delle sottocategorie, ossia:
a) rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi;
b) rischio di performance, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazione (*Key Performance Indicator - KPI*) elaborati preventivamente in relazione all'oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli standard tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi;
c) rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare.

[15] Così M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 314.

[16] A titolo esemplificativo e non esaustivo, si richiamano:
a) rischio di commissionamento, ossia il rischio che l'opera non riceva il consenso, da parte di altri soggetti pubblici o della collettività (portatori d'interessi nei confronti dell'opera da realizzare), con conseguenti ritardi nella realizzazione e insorgere di contenziosi, ovvero nei casi estremi, con il conseguente venir meno della procedura o dell'affidamento;
b) rischio amministrativo, connesso al notevole ritardo o al diniego nel rilascio di autorizzazioni (pareri, permessi, licenze, nulla osta, etc.) da parte di soggetti pubblici e privati competenti, o anche al rilascio dell'autorizzazione con prescrizioni, con conseguenti ritardi nella realizzazione;
c) rischio espropri, connesso a ritardi da espropri o a maggiori costi di esproprio per errata progettazione e/o stima;
d)rischio ambientale e/o archeologico, ossia il rischio legato alle condizioni del terreno, nonché di bonifica dovuta alla contaminazione del suolo e rischio di ritrovamenti archeologici, con conseguenti ritardi nella realizzazione dell'opera incremento di costi per il risanamento ambientale o la tutela archeologica;
e) rischio normativo-politico-regolamentare, derivante da modifiche dell'assetto regolatorio e da decisioni politiche programmatiche non prevedibili contrattualmente con conseguente aumento dei costi per l'adeguamento. Anche tale rischio può comportare, nei casi estremi, il venir meno della procedura o dell'affidamento;
f) rischio di finanziamento, ossia di mancato reperimento delle risorse di finanziamento a copertura dei costi e nei tempi prestabiliti;
g) rischio finanziario, che si concretizza in un aumento dei tassi di interesse e/o di mancato rimborso di una o più rate di finanziamento, con conseguente aumento dei costi o impossibilità di proseguire nell'operazione;
h) rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi offerti;

possono presentarsi sia nella fase antecedente l'aggiudicazione e/o la stipula del contratto, sia in quella successiva, ovvero, durante l'intero ciclo di vita del contratto di PPP. Tra questi, occorre tenere a mente, per le ragioni di cui si dirà tra poco, il c.d. "*rischio amministrativo*".

Chiarito cosa debba intendersi per rischio e quale sia il rischio specifico, il co. 2, dell'art. 177, del Codice detta le condizioni in presenza delle quali il rischio stesso può ritenersi "traslato". Secondo la norma, si considera che il privato abbia assunto il rischio operativo quando «*in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione*».

Più precisamente, la parte del rischio trasferita al concessionario «*deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile. Ai fini della valutazione del rischio operativo deve essere preso in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario*». È opportuno sottolineare che la disposizione ha una valenza di particolare rilievo nel quadro della attuale regolamentazione delle operazioni di partenariato, in quanto il principale elemento definitorio del rischio operativo è proprio la «*effettività*» della sua allocazione al *partner* privato[17].

Comprendere se e in che misura il rischio sia effettivamente traslato dal Pubblico al privato rileva per una ragione ben precisa. Trasferire il rischio, infatti, significa "responsabilizzare" l'operatore economico della gestione dell'operazione partenariale, poiché su quest'ultimo andranno a gravare l'alea tecnica, economica e finanziaria relativa alla gestione[18].

Peraltro, il carattere precettivo dell'art. 177, co. 2, del Codice implica che la sua violazione produce conseguenze in termini di legittimità sull'intera operazione partenariale. Infatti, un'allocazione dei rischi errata potrebbe determinare in capo al privato il riconoscimento di vantaggi indebiti o, viceversa, l'allocazione di responsabilità gestionali che non è in grado di gestire, con conseguenze inevitabili anche in termini di danno erariale in capo al singolo funzionario pubblico (sul quale grava un obbligo di diligenza specifico)[19].

Sul punto, parte della giurisprudenza, muovendo dall'assunto per cui la remunerazione degli investimenti compiuti dall'imprenditore privato selezionato è costituita (in misura esclusiva o prevalente) dal diritto di gestire funzionalmente ed economicamente i servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate, è arrivata a dichiarare nullo «*per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1344 cod. civ., il contratto nel quale non sia traslato in capo al privato il rischio operativo connesso alla gestione*» (TAR Liguria, sez. I, 3 gennaio 2023, n. 8). Tali contratti, infatti,

---

i) rischio delle relazioni industriali, legato alle relazioni con altri soggetti (parti sociali) che influenzino negativamente costi e tempi della consegna;

j) rischio di valore residuale, ossia il rischio di restituzione alla fine del rapporto contrattuale di un bene di valore inferiore alle attese;

k) rischio di obsolescenza tecnica, legato ad una più rapida obsolescenza tecnica degli impianti, incidente sui costi di manutenzione e/o sugli standard tecnici e funzionali prestabiliti;

l) rischio di interferenze di sopra e sotto servizi, legato alla presenza nei tratti interessati dai lavori di servizi di varia natura (es. acqua, gas, energia elettrica, cavi, fibra ottica, ecc.).

17 Cfr. M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni* cit., p. 289, il quale osserva, sul punto, che «*il dato caratterizzante rispetto all'appalto non è più, quantomeno sotto il profilo della rilevanza comunitaria, il carattere trilaterale del rapporto (mentre nel contratto d'appalto il rapporto è bilaterale), frutto della contiguità fra concessione e pubblico servizio, ma il trasferimento del rischio. Si tratta di una estensione del concetto di rischio che porta al passaggio dal rischio della domanda, associato alla circostanza che i proventi derivino dagli utenti, connaturato al carattere trilatero del rapporto, al rischio di offerta*».

18 Cfr. M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni* cit., p. 289.

19 In termini, M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria* cit., p. 744.

sono in contrasto con lo schema negoziale e con le regole in materia di concessioni (in tal senso, si richiama anche la nota sentenza di TAR Sardegna, sez. I, 10 marzo 2011, n. 213)[20].

La norma, tuttavia, a differenza di quanto accadeva nella vigenza del precedente Codice, non indica la quantità di rischio che deve essere trasferita ma fa riferimento unicamente ad un parametro empirico[21]. In questo modo, il legislatore del 2023 sembra essersi allineato all'orientamento della Corte di Giustizia, secondo cui per poter ritenere sussistente un contratto di PPP «*è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o, almeno, significativo al concessionario*»[22].

Ciò significa, allora, che ai fini della traslazione del rischio assume rilevanza il suo «*tasso di trasferimento*» dal Pubblico al privato[23] e, in tal senso, il primo passo necessario a configurare la "significatività" richiesta dalla norma è quello dell'investimento di capitale proprio e del suo successivo ammortamento, in quanto tale componente dell'operazione rappresenta al meglio l'assunzione diretta della gestione del progetto da parte del privato. Il ragionamento, peraltro, vale anche per le operazioni di partenariato istituzionalizzato, dove tale concetto assume una connotazione in parte diversa, ossia non come il semplice investimento di somme di denaro o di altre utilità ma come la necessità di gestire gli aspetti operativi ed esecutivi dell'entità mista.

La gestione dell'operazione è l'elemento che valorizza il privato come responsabile di «*ogni potenziale perdita stimata subita*» che non sia «*puramente nominale o trascurabile*» e che, peraltro, valorizza i meccanismi di riconoscimento della perdita adottati dall'Amministrazione[24], i quali devono essere idonei a garantire l'effettività della traslazione del rischio[25]. Tale valutazione, che non ha alcun tipo di carattere discrezionale ma consiste in un'operazione di tipo puramente tecnico[26], consente alla P.a. di svolgere il proprio compito di controllo tenendo in

---

[20] Secondo M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in (a cura di) G.F. CARTEI e M. RICCHI, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, p. 16, tale posizione, per quanto isolata nella sua radicale conclusione, è meritevole di richiamo poiché con ottime ragioni intende assicurare l'equilibrio del mercato del PPP senza che il privato possa sfruttare le asimmetrie informative e di competenze che affliggono l'amministrazione.

[21] Come evidenziato da G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina nei contratti di concessione* cit., p. 604, tale criterio «*e le sue varianti lessicali, tuttavia, non hanno incontrato il favore della Commissione. E la ragione risulta intuibile: ogni possibile limitazione del rischio può comportare la violazione del paradigma normativo della concessione indipendentemente se tale limitazione costituisca la conseguenza delle scelte della medesima amministrazione o delle determinazioni di un'autorità di regolazione*».

[22] Cfr. C. giust. Ce, III, 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Eurawasser*, (punto 77 in diritto); C. giust. Ue, III, 25 marzo 2010, causa C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, (punto 75 ss.); la giurisprudenza della Corte di giustizia conosce espressioni lessicali ulteriori, per cui il rischio può essere anche «*molto ridotto*» come asserisce C. giust. Ue, 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Stadler*, (punto 33 in diritto); si veda anche C. giust. Ue, 10 novembre 2011, causa C-348-10 (punto 45); tra le prime pronunce ad affermare suddetto principio merita richiama la nota sentenza C. giust. Ce, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*.

[23] Cfr. F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e lavori*, in *Diritto Amministrativo*, 2011, fasc. 4, p. 713.

[24] Cfr. E. TOZZO, *La valutazione della convenienza del ricorso ai rapporti di PPP e la corretta allocazione dei rischi*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2021, fasc. 1, pp. 449 ss., il quale valorizza l'uso della "matrice dei rischi" anche per il monitoraggio dell'allocazione del rischio.

[25] Cfr. M.A. QUAGLIA, *Il partenariato pubblico privato: il rischio operativo e l'equilibrio del rapporto*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2023, fasc. 3, p. 825, secondo cui sono inammissibili «escamotages *contrattuali che possano eludere o comprimere il principio del trasferimento del rischio in capo al privato, quali nel passato, sono stati talora spun-tati da taluni contraenti con apposite clausole frutto di maggiore competenza e preparazione, in virtù di una capacità negoziale del privato spesso superiore a quella degli uffici della pubblica amministrazione. Se, infatti, il concedente, attraverso clausole contrattuali sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore deve sostenere, usciamo dal recinto del PPP e il relativo contratto deve essere qualificato come un appalto*».

[26] Cfr. M. BALDI, *op. ult.* cit., p. 292.

considerazione dei parametri di riferimento oggettivi e ciò aumenta il grado di certezza e di affidabilità del rapporto cooperativo[27].

L'art. 177, co. 2, quindi, è chiaro nel porre a carico del privato ogni perdita subita, ma è altrettanto chiaro nello stabilire che ciò debba avvenire «*in condizioni operative normali*». Tale inciso, che risponde al principio per cui l'allocazione deve essere predisposta sulla parte più idonea a sopportare lo specifico rischio, svolge una funzione volutamente restrittiva della portata della norma, in quanto mira ad escludere dal rischio di gestione, che l'operatore economico deve sopportare, anche il c.d. "rischio finanziario sistemico", inteso come ogni evento che, per forza ed imprevedibilità, sia idoneo ad incidere sulle dinamiche dell'intero mercato (al pari, quindi, della forza maggiore)[28], nonché il c.d. "rischio amministrativo" cui si è fatto cenno sopra.

Sempre sullo specifico aspetto della "traslazione", il comma 3 dell'art. 177 del Codice specifica la differenza tra il trasferimento del rischio operativo e altri accadimenti contrattuali. Infatti, il rischio di gestione, inteso come conseguenza economica di un evento incerto, deve derivare da "*fattori esterni, non soggetti al controllo delle parti*"[29]. Di conseguenza, ai fini della traslazione, la norma precisa che non rilevano rischi connessi «*a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a cause di forza maggiore*».

Trova così conferma l'idea per cui il "trasferimento" rappresenta l'elemento più evidente del carattere sinallagmatico del contratto di Partenariato Pubblico-Privato, nel senso che il legame tra effettiva traslazione del rischio e modalità di recupero degli investimenti effettuati incide sulla natura e sulla tipologia dell'operazione di PPP. Anche questo aspetto, quindi, è stato disciplinato dal legislatore nel nuovo Codice.

L'art. 177, co. 4, infatti, precisa che attraverso la figura della concessione - e, quindi, di ogni altro contratto di PPP – possono essere realizzate opere dalle diverse "temperature". Si tratta, in sintesi, della tradizionale tripartizione tra opere calde, opere tiepide e opere fredde.

Le prime (c.d. "opere calde") sono quelle dotate di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e di remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione.

---

[27] Esempi di pattuizioni elusive dell'obbligo di trattenere il rischio operativo a carico dell'operatore privato, limitandolo sin dall'inizio, si sono verificati nella prassi della redazione di contratti accessivi a concessioni di lavori o servizi: talora prevedendo canoni da corrispondere dalla pubblica amministrazione al privato non decurtabili al di sotto di minimi garantiti, a salvaguardia dell'investimento; talora, mediante clausole contrattuali che limitano le penali a carico della parte privata, consentendo di decurtare solo l'utile. Clausole contrattuali, dunque, che si configurano come incompatibili con il criterio di allocazione del rischio nel partenariato pubblico privato.

[28] In termini, ancora una volta, cfr. M. BALDI, *op. ult.* cit., p. 292. Secondo G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina nei contratti di concessione* cit., p. 605, la formula si riferisce ad un «*concetto giuridico indeterminato*».

[29] La formulazione dell'art. 177, co. 3, del Codice qui riportata è quella successiva alle modifiche introdotte dal Correttivo. Come precisato dal Consiglio di Stato, nel parere n. 1463 del 2024, la modifica si è resa necessaria per allineare la formulazione dell'articolo 177 alla direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni, e in particolare al considerando n. 20, secondo cui "*un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione*". È opportuno evidenziare che il considerando non include i "*fattori eccezionali*", cui invece si riferiva la precedente versione dell'art. 177, co. 3, del Codice, tra quelli rientranti nel rischio operativo. Sempre secondo il Consiglio di Stato, peraltro, la nuova formulazione dell'art. 177, co. 3, aiuta ad evitare ambiguità con il sintagma "*eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili*" come ordinaria causa di rinegoziazione del contratto, ai sensi dell'articolo 192, ed è maggiormente coerente con il principio di derivazione euro-unitaria per cui il rischio operativo, rilevante ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione, è quello che deriva da fattori estranei al controllo delle parti e connesso alle fluttuazioni del mercato.

Le seconde (c.d. "opere tiepide") sono quelle che, pur avendo la capacità di generare reddito, non producono, tuttavia, ricavi di utenza in misura tale da ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo così necessaria l'erogazione di un contributo pubblico. Le opere "tiepide" rappresentano una sorta di "mitigazione" delle altre temperature e non certo un ulteriore *genus*[30]. Il pagamento di un prezzo previsto dalla norma, infatti, serve solo a riequilibrare il piano economico finanziario.

Le terze (c.d. "opere fredde") sono, infine, quelle per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa (si pensi alla realizzazione e alla gestione di ospedali, carceri, scuole *et similia*).

Il Codice, quindi, disciplina le tre tipologie di operazioni sulla base di alcuni capisaldi normativi. Si tratta, da un lato, dell'art. 174, co. 1, lett. *b*), che prevede che i fabbisogni finanziari siano coperti «*in misura significativa dal privato*»[31] e, dall'altro, dall'art. 177, co. 4, secondo cui «*i contratti remunerati dall'ente concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo si configurano come concessioni se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore dipende esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura*».

Come emerge dalla norma e come chiarito dal Consiglio di Stato, la disciplina del PPP si applica, in primo luogo, ai servizi erogati sul mercato dietro corrispettivo economico, i quali sono dotati di una intrinseca capacità di generare ricavi commerciali. Pertanto, quando il legislatore si riferisce ai casi in cui manchi un «*corrispettivo in denaro a titolo di prezzo*», all'opposto, alle concessioni di servizi c.d. "fredde" quando non ci sono valori d'investimento nell'operazione.

Sul punto, Anac ha manifestato la propria contrarietà alla configurazione di tali tipologie di operazioni, in quanto non vi è necessità di una contribuzione pubblica. Con Atto del Presidente del 19 gennaio 2022, Fasc. UVCS n. 4058/2020, infatti, l'Autorità ha ritenuto corretta la sentenza del TAR Lazio del 28 marzo 2018, n. 3475, che ha confermato l'inammissibilità del ricorso alla finanza di progetto qualora la proposta si riferisca «*ad un servizio che - prima facie - non richiede la realizzazione di nuovi impianti o infrastrutture e non necessita, quindi, "di un preciso e ben individuato coinvolgimento di "risorse private", atto ad attuare quel contemperamento tra le esigenze di interesse pubblico e la redditività del capitale di investitori interessati all'operazione tipico del "Partenariato pubblico privato"*».

Tuttavia, anche i contratti remunerati dall'ente concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo possono configurare una concessione se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico privato dipende esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura. Tale interpretazione rappresenta la conseguenza della «*drastica sintesi espressiva*»[32] nella quale il legislatore del 2023 ha racchiuso le novità sistematiche radicali rispetto alla disciplina previgente.

---

[30] In termini, cfr. M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 318; L. ZANGHI BUFFI, *Il partenariato pubblico-privato* cit., p. 367.

[31] Cfr. M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 318, il quale evidenzia che «*la sola presenza di capitale di rischio o proprio, rappresentato nel PEF, può costituire il livello minimo di significatività minimo per ciascun'operazione, perché consente all'operatore economico di ottenere dagli istituti di finanziatori la linea di credito per l'operatività della SPV, per l'intera durata del contratto*».

[32] Così M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 317.

A differenza di quanto previsto dal D.lgs. n. 50 del 2016, infatti, dove concessione e PPP erano soggette ad una disciplina diversa, nel Codice dei contratti pubblici vigente è stata operata la scelta di unificare le due discipline e consentire all'Amministrazione di ricorrere al Partenariato Pubblico-Privato in maniera diffusa, anche per la realizzazione di opere o servizi c.d. "fredde"[33]. Il Codice previgente, sul punto, aveva alimento parecchi dubbi[34].

Il Consiglio di Stato ha evidenziato come «*la scelta del legislatore nazionale del 2016 di assumere (apparentemente) una nozione di concessione più ristretta di quella desumibile dalla Direttiva Europea ha reso necessaria una correzione di rotta*». La disciplina codicistica del 2023 è stata scritta in modo più aderente alla direttiva n. 2014/23, che prefigura la traslazione del rischio operativo anche soltanto dal lato dell'offerta, prescindendo dalla struttura «*trilaterale*» del rapporto, con la finalità di estendere in modo chiaro la concessione anche ai progetti nei quali l'operatore privato fornisce direttamente servizi alla Pubblica amministrazione, traendo la propria remunerazione principalmente dai pagamenti di quest'ultima.

Tale facoltà, tuttavia, è corredata da un opportuno sistema di garanzie a favore dell'Amministrazione pagante. La logica di fondo è che l'esborso sostenuto dal Pubblico deve essere subordinato all'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del privato concessionario, il che richiede una costante ed efficace attività di controllo da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice, e ciò non soltanto sulla corretta attuazione del contratto e/o sulla gestione del servizio.

Ecco, allora, perché l'art. 177, co. 4, del Codice, impone che «*nelle operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta il contratto prevede che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, nonché un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario. Le variazioni del corrispettivo devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme dell'investimento, dei costi e dei ricavi*».

La previsione della riduzione o dell'annullamento del canone manifesta l'esigenza di preservare l'equilibrio economico finanziario e, prima ancora, le esigenze di certezza da parte dell'Amministrazione pagante. La norma, infatti, rappresenta espressione dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. che, come noto, appresta le doverose soluzioni all'alterazione sostanziale dell'equilibrio contrattuale raggiunto dalle parti[35].

---

[33] Ancora M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 317, evidenzia che nell'espressione senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo usata dalla norma «*la mancanza di segni d'interpunzione apre a molteplici versioni del senso e* […] *si ritiene sia meglio in generale attribuirgli un significato vagamente pleonastico, invece che escludente o limitante*».

[34] L'art. 165, co 1, del codice previgente stabiliva che «*la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato*» e ciò sembrava circoscrivere la figura ai soli servizi in grado di finanziarsi prevalentemente con i corrispettivi pagati dagli utenti; l'articolo, quindi, si poneva in contraddizione con l'art. 180, co 2, il quale prefigurava una corresponsione solo da parte dell'Amministrazione.

[35] Per approfondire, si rinvia a Auletta, La risoluzione per inadempimento, Milano, 1942; Belfiore, voce Risoluzione del contratto per inadempimento, in Enc. dir., Milano, 1988; Bianca, Diritto civile, III, Il contratto, Milano, 1997; Bianca, Diritto civile, V, La responsabilità, Milano, 1994; Bigliazzi Geri-Breccia-Busnelli-Natoli, Diritto civile, 1.2, Fatti e atti giuridici, Torino, 1990; Boselli, voce Eccessiva onerosità, in Nss. D.I., Torino, 1960; Busnelli, voce Clausola risolutiva espressa, in Enc. dir., Milano, 1960; Dalmartello, voce Risoluzione del contratto, in Nss. D.I., Torino, 1969; Grasso, Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto, Napoli, 1973; Mosco, La risoluzione del contratto per inadempimento, Napoli, 1950; Natoli, voce Diffida ad adempiere, in Enc. dir., Milano, 1964; Santoro Passarelli, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, rist. 1989; Smiroldo, Profili della risoluzione per inadempimento, Milano, 1982; Tartaglia, voce Onerosità eccessiva, in Enc. dir., Milano, 1980.

L'obbligo di prevedere penali, peraltro, rafforza il carattere sinallagmatico e mutualistico dei contratti di PPP[36]. In tal senso, la penale di cui all'art. 1382 c.c.[37] deve essere declinata nell'ambito del Partenariato Pubblico-Privato come un negozio dal carattere accessorio, in quanto mira a rafforzare il vincolo contrattuale tra le parti e, soprattutto, svolge sia una funzione risarcitoria sia una funzione di garanzia al mantenimento di livelli di qualità adeguati[38].

Non è casuale, allora, l'inciso finale dell'art. 177, co. 4, secondo cui le variazioni del corrispettivo devono, comunque, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme dell'investimento, dei costi e dei ricavi. Anche questo aspetto, infatti, rientra nel nuovo paradigma dettato dal legislatore.

La disciplina dettata dall'art. 177, co. 1 – 4, del Codice dei contratti pubblici sul trasferimento del rischio, infatti, risponde ad un disegno ben preciso. Si tratta della volontà di abbandonare definitivamente la rigidità che ha caratterizzato la disciplina del previgente Codice e di riallinearsi, invece, alla flessibilità offerta dal legislatore europeo nella direttiva n. 2014/23.

Ciò è dimostrato dal fatto che gli aspetti più rilevanti dell'architettura del PPP sono disciplinati attraverso lo specifico rinvio interno che l'art. 174, co. 3, compie verso le disposizioni dettate in tema di concessioni e, più in generale, dal fatto che i due precedenti filoni normativi (quello dedicato al PPP e quello pensato per le concessioni) sono stati, ora, ricondotti ad unità.

Tutto ciò conferma, in sintesi, che il legislatore del 2023 ha voluto ampliare la possibilità per l'Amministrazione di ricorrere al PPP e, allo stesso tempo, di responsabilizzare il privato circa il suo ruolo nell'operazione partenariale globalmente intesa. Il trasferimento del rischio operativo, inteso come il trasferimento sul privato della posizione economica dell'Amministrazione[39], si configura, quindi, come la condizione di applicabilità del plesso normativo dedicato al PPP, nonché di legittimità dell'intera operazione[40], e ciò ha conseguenze anche in relazione ad ulteriori aspetti dell'operazione.

Il primo elemento che viene in considerazione in tal senso è l'equilibrio economico-finanziario.

2. (*segue*) L'equilibrio economico-finanziario.

Il presupposto per la corretta ed effettiva allocazione dei rischi è che la gestione dell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato mantenga un "equilibrio". La rilevanza di

---

[36] Sulla natura contrattuale delle penali, cfr. G. MIRABELLI, *Delle obbligazioni. Dei contratti in generale*, Utet, 1984, p. 332.

[37] L'art. 1382 c.c. prevede che «*La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.*
La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno».

[38] Per un approfondimento, si rinvia, su tutti, a Carresi, in Tr. C. M. 1987, 253; F. Galgano, in Comm. S.B. 1993, 165; Mirabelli, in Comm. Utet 1984, 337; De Cupis, Il danno. Teoria generale della responsabilità civile, I, Milano, 1979, 521; Bianca, Diritto civile, V, La responsabilità, Milano, 1994, 221; Scognamiglio, Risarcimento del danno, in Nss. D.I., XVI, Torino, 1969, 19.

[39] In termini, cfr. F. GOISIS, *Il rischio economico* cit., p. 746.

[40] Cfr. M.A. QUAGLIA, *Il partenariato pubblico privato* cit., p. 823, il quale evidenzia come una errata configurazione del rapporto contrattuale possa rendere vulnerabile l'intera procedura di affidamento.

tale elemento è assolutamente centrale per il successo dell'intero progetto partenariale, in quanto, come è stato efficacemente osservato, esso «*è posto a guardia del rischio*»[41].

Il principio dell'equilibrio, infatti, rappresenta, a livello concettuale, il riflesso delle diverse posizioni assunte nell'ambito della gestione dell'operazione, rispettivamente, dall'Amministrazione e dal privato, ossia perseguimento dell'interesse pubblico (da parte della prima) e svolgimento di attività imprenditoriale (da parte del secondo). La diversità di approccio trova, quindi, nell'equilibrio di cui stiamo parlando, un punto di sintesi[42].

Quanto sino a qui detto è positivizzato all'art. 177, co. 5, del Codice, il quale prevede che «*l'assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario*». La norma, come evidenziato dal Consiglio di Stato, ha una funzione di raccordo tra l'effettività della traslazione del rischio operativo e l'equilibrio gestionale che deve caratterizzare tutto il ciclo dell'operazione di PPP.

La regola generale che emerge dall'analisi delle operazioni di partenariato, infatti, è che l'allocazione del primo (il rischio operativo) sull'operatore privato incide, inevitabilmente, sulla definizione del secondo (l'equilibrio economico-finanziario). Ciò spiega perché il rischio operativo deve sempre essere commisurato sia alla capacità del progetto di generare valore, sia allo strumento di finanziamento più conveniente e adeguato al caso concreto[43].

Per quanto riguarda la nozione di equilibrio economico-finanziario, il secondo alinea del co. 5 specifica che l'espressione fa riferimento alla «*contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria*» e che una tale combinazione di elementi si concretizza quando «*i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio*». Detto in altri termini, l'equilibrio economico e finanziario si realizza quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto coprono i flussi di cassa derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione del contratto stesso, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto e alla sua remunerazione ad un tasso che può essere definito congruo (oltre a quelli richiesti per versare le imposte).

Da un punto di vista operativo, invece, la valutazione sulla sussistenza o meno delle condizioni previste dal Codice spetta all'Amministrazione e l'analisi così effettuata deve trovare esplicitazione negli atti e nei documenti di indizione della gara, a pena di illegittimità dell'intera procedura di aggiudicazione[44]. Il principio di equilibrio economico finanziario si configura, in questi casi, come «*un paradigma di giudizio prognostico che, senza sostituirsi all'applicazione delle regole dell'evidenza pubblica, consente la verifica della coerenza e della congruità dell'offerta rispetto al progetto voluto dall'amministrazione*»[45].

---

[41] Così G.F. CARTEI, *Piano economico finanziario e sostenibilità dell'offerta nella disciplina del contratto di concessione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2022, fasc. 8 – 9, p. 1932.

[42] Cfr. G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario e la disciplina del contratto di concessione*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, fasc. 2, p. 130.

[43] Cfr. F. GASPARI, *Art. 177. – Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo*, in (a cura di) L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, 2023, p. 1458.

[44] Cfr. M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni* cit., p. 755, il quale evidenzia che l'azione dell'Amministrazione è illegittima in termini di affidamento del contratto quando ci sia stata una erronea distribuzione dei rischi tale per cui il contratto stesso deve essere ridefinito come contratto di appalto, con la conseguente applicazione di regole differenti di qualificazione e di procedimento di gara. Si veda anche, sul punto, CGUE, 13 novembre 2008, causa C-437/07, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica.*

[45] Cfr. G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario* cit., p. 137.

Il Consiglio di Stato, sul punto, ha specificato che il rischio trasferito deve essere allocabile alla luce delle prestazioni richieste dall'Amministrazione al privato. Il rischio che l'operatore economico assume, quindi, penetra nella causa del contratto.

Ciò significa, che non basta, allora, che «*le clausole contrattali in cui si traduce l'operazione economica congegnata dall'amministrazione comportino il trasferimento del rischio economico al gestore del servizio, di modo che egli non abbia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei servizi, ma è necessario pure che siano specificati tutti gli oneri economici che concorrono a definire il rischio che l'operatore economico è chiamato ad assumere*». In mancanza, non potrà dirsi «*attendibile l'elaborazione Piano economico finanziario – nel quale l'amministrazione è tenuta a riportati i costi preveduti e i ricavi possibili di modo da prefigurare l'utile conseguibile ovvero, in sintesi, le condizioni di equilibrio economico – finanziario del servizio – e, di risulta non sarà neppure corretta l'allocazione del rischio*» (Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809)[46].

Quella posta in essere dalla P.a., tuttavia, non è attività discrezionale ma una operazione tecnica fondata su specifici indicatori - individuati in dipendenza della metodologia utilizzata per l'analisi di convenienza economica e sostenibilità finanziaria del progetto[47] -, le cui valutazioni conclusive rientrano in un ambito «*riservato all'amministrazione concedente, tendenzialmente insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza*»(Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042).

---

[46] La sentenza del Consiglio di Stato 2022, n. 2809, citata, prosegue affermando che «*d'altronde, se l'operatore non è posto a conoscenza di tutti gli oneri del servizio che dovrà svolgere, non sarà in condizione di valutare se, per la sua organizzazione di impresa, sia in grado di sostenere il rischio senza incorrere in perdite di attività e la sua offerta risulterà inevitabilmente non attendibile, potendo accadere che sia indotto a rivedere al ribasso la qualità del servizio offerto in corso di rapporto solo per evitare perdite*».

[47] Tra gli indicatori cui riferirsi, le Linee Guida n. 9 cit. di Anac annoverano:
a) gli indicatori della capacità del progetto/investimento di generare ricchezza, quali il Tasso Interno di Rendimento (*Internal Rate of Return - TIR*) di Progetto, che indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati al Progetto, così come individuato nel PEF e il Valore Attuale Netto (*Net Present Value – VAN* o *NPV*) di Progetto, che indica, in termini monetari, il valore creato o disperso dal progetto nell'arco del periodo del contratto di PPP;
b) gli indicatori di riferimento per la redditività dell'operatore economico, quali il *VAN* dell'azionista che rappresenta, in termini monetari, il valore creato o disperso dall'investimento effettuato dagli azionisti nell'arco del periodo del contratto di PPP e il *TIR* dell'azionista, che indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati agli azionisti, così come individuato nel PEF;
c) gli indicatori della sostenibilità finanziaria del progetto, quali il *DSCR* (*Debt Service Cover Ratio*) che rappresenta il rapporto tra l'importo del flusso di cassa disponibile in un determinato periodo e il servizio del debito - per capitale e interessi - per il medesimo periodo; il *LLCR* (*Long Life Cover Ratio*) che indica, con riferimento a ciascuna data di calcolo, il rapporto tra il valore attuale netto del flusso di cassa disponibile per il periodo intercorrente tra la data di calcolo e la data finale di rimborso del finanziamento, applicando un tasso di sconto pari al tasso di interesse di tale finanziamento, e la somma degli importi erogati e non rimborsati del finanziamento alla stessa data di calcolo.
Sempre secondo Anac, fermi i criteri e le buone pratiche definite dalle Autorità di regolazione competenti, l'equilibrio economico-finanziario è verificato quando, dato un tasso di congrua remunerazione del capitale investito, il valore attuale netto dei flussi di cassa del progetto (*VAN* del progetto) è pari a zero. Segnatamente, il PEF è in equilibrio quando il *TIR* dell'azionista è uguale al costo atteso del capitale investito; il *TIR* di progetto è uguale al Costo medio ponderato del capitale (*Weighted Average Cost of Capital - WACC*); il *VAN* dell'azionista/di progetto è pari a zero. Se i valori di *VAN* e *TIR* di progetto non tendono all'equilibrio significa che il contratto contiene margini di extra-redditività per il partner privato che ne riducono il trasferimento del rischio operativo e, pertanto, queste situazioni devono essere attentamente valutate dalle amministrazioni. Dette verifiche sono svolte confrontando il *TIR* con opportuni *benchmark* rilevati, ad esempio, dal Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) o dalle Autorità di regolazione. Il *WACC* rappresenta una media ponderata tra il costo del debito al netto dell'imposizione fiscale e il costo del capitale proprio, pesati per la rispettiva percentuale di incidenza rispetto all'intera strutturale del capitale. Il *WACC* rappresenta il valore massimo del tasso da applicare al capitale investito netto al fine di determinare il costo d remunerazione del capitale da inserire nel PEF.

È opportuno sottolineare che l'attività svolta dal soggetto Pubblico ha una valenza strategica e, allo stesso tempo, di garanzia circa il buon esito complessivo dell'operazione[48] partenariale. Infatti, come ben evidenziato dal Giudice amministrativo, la valutazione circa l'effettiva e la concreta redditività dell'intero ciclo operativo costituisce "attività di interesse pubblico"[49].

In termini documentali, lo strumento attraverso cui comprovare la bontà delle valutazioni svolte e, quindi, accertare la sostenibilità economico-finanziaria dell'operazione, è il Piano Economico-Finanziario (c.d. "PEF"), la cui funzione è proprio quella di dimostrare la concreta capacità dell'operatore economico privato di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale prescelto[50]. Allo stesso tempo, il PEF consente all'Amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione e/o di qualunque altro contratto di PPP.

Si può, allora, dire che il piano economico finanziario serve a garantire l'equilibrio dell'iniziativa attraverso la corretta allocazione dei rischi lungo tutto il ciclo della gestione dell'operazione economica. La giurisprudenza[51] ha messo in luce le "anime" e le funzioni che il piano economico-finanziario svolge nelle diverse fasi dell'evidenza pubblica attraverso l'efficace sintesi per cui «*il PEF è lo strumento mediante il quale si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti del rapporto, la cui adeguatezza e sostenibilità deve essere valutata dall'amministrazione concedente alla luce delle discipline tecniche ed economiche applicabili e sulla base delle eventuali prescrizioni che la stessa amministrazione ha dettato con la lex specialis della procedura per la selezione del concessionario* (Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042).

Dalla giurisprudenza, è stato, altresì, chiarito che il PEF, pur essendo un documento che giustifica la sostenibilità dell'offerta, «*non si sostituisce a essa, ma ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, per provare che l'impresa è in condizione di trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività*» (in termini, TAR Veneto, sez. I, 28 agosto 2023 n. 1223). Pertanto, in termini di documentazione di gara, il piano «*non può essere tenuto separato dall'offerta in senso stretto, rappresentando un elemento significativo della proposta contrattuale*», il quale dà modo all'Amministrazione di apprezzare la congruenza e dunque l'affidabilità della sintesi

[48] Cfr. G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario* cit., p. 130.

[49] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2009, n. 5503; Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2979, secondo cui alle valutazioni sulla vantaggiosità dell'offerta «*non solo, secondo il Collegio, non risulta estranea, ma è logicamente conferente, ogni valutazione (considerata di pubblico interesse) sulla effettiva e concreta redditività dell'operazione*». Per una rassegna della giurisprudenza sul punto, si rinvia anche a TAR Emilia – Romagna, sez. I, 23 aprile 2008, n. 1552. Secondo M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni* cit., p. 756, l'interesse pubblico è quello della realizzazione e gestione dell'opera pubblica e «*se il PEF non prevedesse il recupero degli investimenti e il legittimo ritorno sul capitale investito, si determinerebbe rispettivamente il fallimento dell'operazione (i.e. default) e il disinteresse del mercato per un'operazione che non consente margini comparabili con investimenti alternativi*».

[50] Cfr. M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni* cit., p. 754, secondo cui il contratto, il progetto e il PEF «*costituiscono un unicum inscindibile e al momento della stipulazione contrattuale devono essere coerenti tra loro*».

[51] Gli orientamenti più recenti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2022, n. 795, ed ivi ulteriori precedenti conformi) sottolineano come la funzione del PEF sia quella di dimostrare la concreta capacità dell'operatore economico di eseguire correttamente le prestazioni per l'intero arco temporale prescelto, attraverso la prospettazione di un equilibrio economico e finanziario di investimenti e connessa gestione che consenta all'amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione (in termini, anche Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n.4760). Detto altrimenti, il PEF è un documento che giustifica la sostenibilità dell'offerta, quale dimostrazione che l'impresa è in condizione di trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività (Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2010, n. 653).

finanziaria contenuta nell'offerta in senso stretto (Cons. Stato, sez. IV, 23 febbraio 2023, n. 1867) e considerarla, quindi, ammissibile[52].

La corretta impostazione e la successiva redazione del PEF incidono in modo particolarmente rilevante su uno degli aspetti che caratterizza la globalità dell'operazione partenariale. La stabilità dell'equilibrio economico-finanziario, infatti, costituisce uno dei parametri per la valutazione della c.d. "bancabilità" del progetto, da intendersi come la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito.

Tale aspetto assume importanza nell'ottica del soggetto economico, soprattutto per quanto riguarda il fatto che questi sia nelle condizioni di ottenere la possibilità di ricevere i finanziamenti adeguati allo svolgimento dell'attività e per realizzare i necessari investimenti infrastrutturali, con inevitabili conseguenze in termini di qualità, efficienza e sicurezza del servizio (Cons. Stato, sez. II, 7 dicembre 2022, n. 10727). Detto in altri termini, la bancabilità si riflette sulla responsabilizzazione del privato nei confronti dell'Amministrazione e, più in generale, sul perseguimento dell'interesse pubblico.

Da un punto di vista normativo, il nuovo Codice dei contratti pubblici, in linea di continuità con il passato[53], all'art. 182, co. 5, prevede espressamente che «*i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità*». La norma ha una funzione e una portata di grande rilievo per quanto riguarda i rapporti tra "diritti" e "doveri" dell'Amministrazione e dei privati nel ciclo complessivo di una operazione partenariale.

Il presupposto su cui ragionare è il principio cui si è già fatto cenno, ossia che la determinazione di un coretto equilibrio del PEF richiede un previo accertamento sui livelli di bancabilità e ciò significa, in altri termini, che l'assenza di "adeguati" livelli di bancabilità fa venire meno le condizioni necessarie affinché l'operazione economica sia oggettivamente sostenibile. Tale assunto determina conseguenze diverse, rispettivamente, per il Pubblico e per il privato.

L'Amministrazione, infatti, ha l'obbligo di considerare nella pattuizione contrattuale (intesa come la fase di stipulazione e l'eventuale fase di rinegoziazione) le condizioni di bancabilità del particolare frangente storico in cui l'operazione si inserisce. La mancanza di tale considerazione rappresenta un inadempimento dei propri obblighi e, soprattutto, uno sviamento di potere dal perseguimento dell'interesse pubblico, con inevitabili conseguenze in termini di impugnabilità degli atti così adottati.

Il privato, invece, di converso, si vede riconosciuto «*un vero e proprio diritto alla bancabilità*»[54]. L'art. 182, co. 5, infatti, si pone a tutela della responsabilizzazione del privato e, soprattutto, del buon esito dell'operazione partenariale nel suo complesso, confermando, ancora una volta, la visione globale e "di risultato" avuta dal legislatore del nuovo Codice.

In tal senso, occorre evidenziare, da ultimo, che l'effettività della traslazione del rischio trova riscontro, oltreché nel principio di equilibrio economico-finanziario, anche nella disciplina della durata delle concessioni che, in ragione del rinvio interno operato dal Codice, si applica a tutti i contratti di Partenariato Pubblico-Privato. Come osservato dal Consiglio

[52] Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916; Cons. Stato, sez. V, 15 settembre 2009, n. 5503; Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287.
[53] Cfr. art. 144, co. 3, D.lgs. n. 163 del 2006 e art. 165, co. 3, D.lgs. n. 50 del 2016.
[54] Cfr. M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni* cit., p. 756.

di Stato, durate temporali sovradimensionate «*possono, infatti, generare benefici impropri per il concessionario, oltre che limitare la contendibilità dei servizi*»[55].

I contratti di PPP regolano rapporti "a tempo determinato" e la quantificazione, in tal senso, della cooperazione tra Pubblico e privato rappresenta uno degli elementi che danno certezza e stabilità all'intera operazione economica. Per l'Amministrazione, infatti, in vista della soddisfazione di un interesse pubblico, è fondamentale poter contare su una programmazione temporale certa; per un operatore economico, invece, è cruciale sapere di essere il titolare di un contratto per un periodo di tempo ben preciso al fine di predeterminare[56] gli investimenti necessari[57].

Da un punto di vista normativo, la durata dei contratti di PPP è disciplinata dall'art. 178 del Codice, il quale, al co. 1, impone una durata limitata e determinata dall'ente concedente «*in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario*», in piena sintonia con le disposizioni previgenti in passato e, soprattutto, in attuazione dello sfavore con il quale il legislatore sovranazionale vede le concessioni di durata illimitata o sovradimensionata[58]. Il Codice, quindi, senza indicare una durata minima e/o massima dei contratti partenariali, ribadisce il principio della durata limitata delle concessioni[59] e dispone che il periodo di validità delle stesse sia proporzionato agli investimenti sostenuti dal privato, rendendo così essenziale redigere correttamente il PEF e, soprattutto, fornire una adeguata motivazione sulle scelte compiute.

La regola generale della durata limitata, tuttavia, trova un contemperamento laddove sia necessario recuperare gli investimenti già effettuati. La disciplina sovranazionale, infatti, ammette concessioni di "lunga durata" per recuperare le somme già spese e ottenere un ritorno sul capitale.

Ciò spiega perché l'art. 178, co. 2, del Codice prevede che «*per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali*

---

[55] Cfr. "*Relazione agli articoli e agli allegati*" dello "*Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*" cit..

[56] Sulla durata predeterminata come elemento centrale del rapporto di concessione cfr., per tutti, R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, vol. II, *I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, Giuffrè, terza ed., Milano, 1974, p. 218 ove si afferma che «*l'atto di concessione deve contenere come elemento essenziale l'indicazione del termine di scadenza della concessione stessa. Inammissibile sarebbe una concessione perpetua (perché contraria ai principi fondamentali del diritto pubblico) od una concessione senza prefissione di termini, in quanto mancherebbe ogni garanzia dei diritti del concessionario ed anche del concedente, se la durata della concessione fosse lasciata al mero arbitrio dell'uno o dell'altro mediante denuncia unilaterale libera*». In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2018, n. 2214; TAR Veneto, sez. I, 17 febbraio 2020, n. 166; TAR Lombardia, Milano, sez. I, 10 dicembre 2018, n. 2770.

[57] In termini anche M. CALCAGNILE, *Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione*, in *Diritto Amministrativo*. 2020, fasc. 3, pp. 591 – 592, il quale evidenzia anche che «*la delimitazione temporale del rapporto concessorio è altresì dettata dall'esigenza di garantire l'apertura del mercato alla concorrenza al fine di consentire, alla scadenza dell'affidamento, ad altri operatori economici la possibilità di ambire alla gestione dei servizi pubblici. In tale prospettiva, la durata esatta delle concessioni non deve essere superiore al periodo di tempo necessario per il recupero degli investimenti e per un'adeguata remunerazione del capitale investito* […] *perché una durata più lunga rispetto al predetto arco temporale rappresenta una rilevante barriera all'ingresso nel mercato di altre imprese concorrenti*».

[58] Cfr. G.F. CARTEI, *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 8 – 9, p. 944, il quale osserva come, in ogni caso, una durata "tipo" della concessione appare di ardua definizione a causa della variabilità degli elementi che determinano la sostenibilità economico-finanziaria dell'opera.

[59] Cfr. F. RISSO, *Art. 178 Durata della concessione*, in (a cura di) R. GIOVAGNOLI e G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, p. 1549, la quale osserva che «*a differenza della normativa previgente, all'enunciazione della regola generale non si accompagna la specifica indicazione operativa secondo cui la durata deve essere commisurata al suo valore, nonché alla complessità organizzativa del suo oggetto*».

specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale». La disposizione, oltreché con la direttiva n. 2014/23, si pone in linea con l'insegnamento tradizionale nostrano secondo cui la fissazione della durata della concessione rappresenta una garanzia per il privato in termini di recupero «*oltre il profitto e le spese di esercizio* [anche dell'] *ammortamento del capitale impiegato per l'acquisto o la costruzione di detti beni*»[60].

Per quanto riguarda la "pubblicità" circa l'elemento della durata, il successivo co. 4 lascia libera l'Amministrazione di decidere se «*la durata massima della concessione* [debba] *essere indicata nei documenti di gara*» oppure essere «*utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto*». Ciò significa, in sostanza, che il Codice lascia alla P.a. la facoltà di decidere discrezionalmente se indicare essa stessa la durata della concessione nei documenti di gara oppure se rimettere la determinazione della stessa ai privati e, di conseguenza, configurarla come un parametro quantitativo da valutare ai fini dell'aggiudicazione del contratto.

Infine, il co. 5, in linea con il principio della limitatezza della durata delle concessioni previsto al co. 1, impone che «*la durata dei contratti di concessione non è prorogabile*», salvo che per ragioni legate alla revisione del contratto secondo quanto previsto dall'art. 192, co. 1, del Codice. La norma, da un lato, rafforza il valore della durata limitata come principio generale e, dall'altro, recupera la centralità del ruolo della concorrenza nell'affidamento di un contratto pubblico.

Alla luce di quanto sino a qui detto, appare chiaro come la durata di un contratto di PPP giochi un ruolo fondamentale nella gestione e nella corretta definizione del PEF e, di conseguenza, nella effettiva traslazione del rischio operativo. Tale valutazione deve essere svolta dall'Amministrazione in ossequio al principio della "ragionevole prevedibilità"[61] secondo cui, in base ad una valutazione prognostica, occorre capire dove si collochi il punto di equilibrio tra esigenze dell'operatore economico privato e il più generale interesse alla tutela della concorrenza, oltreché, ovviamente, al miglior perseguimento dell'interesse pubblico.

La giurisprudenza è molto chiara sul punto e afferma che la chiara e univoca determinazione della durata della concessione risponde «*ad evidenti esigenze di certezza dei rapporti giuridici nonché ai principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*». Pertanto, non appare possibile prescindere dall'esatta delimitazione temporale delle concessioni, dovendosi tenere conto delle «*esigenze di cura degli interessi pubblici relativi alla gestione del bene demaniale, delle aspirazioni di eventuali soggetti terzi, interessati a entrare in competizione col concessionario e della tutela dell'affidamento di quest'ultimo, che ha bisogno di certezze, anche in funzione della programmazione degli investimenti*» (TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 29 aprile 2020, n. 302).

Tutto ciò porta a concludere che anche la disciplina del calcolo della durata di un contratto di PPP sia strettamente legato alla visione globale e finalistica dell'intera operazione economica. Nell'ambito di tale quadro, l'Amministrazione sembra essere dotata di un certo grado di flessibilità nella ponderazione degli interessi che vengono in considerazione[62] e, allo stesso tempo, il privato appare responsabilizzato verso la collettività e gli altri operatori

---

[60] Cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, *L'organizzazione amministrativa*, Milano, 1939, p. 551.
[61] Cfr. F. RISSO, *Art. 178 Durata della concessione* cit., p. 1550.
[62] Cfr. A. CAVINA e D. GALLI, *Art. 178 Durata della concessione*, in (diretto da) F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, p. 1172, secondo cui la libertà della valutazione attribuita di cui gode l'Amministrazione è comunque arginata dal tradizionale canone della ragionevolezza e dall'istituto della motivazione.

economici nella misura in cui gravi su di esso l'onere di indicare nell'offerta la durata del contratto ritenuta più opportuna.

3. Gli elementi contabili della struttura del contratto. La remunerazione del privato.

L'equilibrio economico finanziario assume, come detto (*supra*, §2), un ruolo centrale e gravitazionale degli aspetti operativi del contratto di Partenariato Pubblico-Privato, rappresentando una forma di garanzia a tutela della corretta ed effettiva allocazione del rischio operativo in capo al soggetto che meglio è in grado di gestirlo. Allo stesso tempo, tuttavia, in punto di diritto, va evidenziato che il medesimo equilibrio costituisce anche un limite legale alla autonomia negoziale delle parti.

I contraenti che intendono avvalersi di uno degli schemi contrattuali riconducibili al PPP, infatti, sono vincolati ad un dovere ben preciso, ossia concludere un accordo che sia idoneo ad assicurare «*la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria*» dell'intera operazione partenariale. In termini pratici, si tratta di orientare una buona parte dell'autonomia contrattuale del Pubblico e del privato circa la pattuizione delle clausole di carattere economico che caratterizzano la cooperazione partenariale, incidendo, in definitiva, sulla fisionomia finanziaria dell'intera operazione.

A ben vedere, tutto ciò riflette la duplice causa giuridica che anima un contratto di Partenariato Pubblico-Privato. Infatti, lo schema negoziale attraverso cui si articola una operazione di PPP, per essere legittimo, deve essere, da un lato, diretto alla soddisfazione di un interesse meritevole di tutela, e, dall'altro, svolgere una funzione che è tipica dei negozi di finanziamento.

Per usare le parole della Corte dei Conti, la principale ragion d'essere del PPP è proprio «*l'esigenza di traslare dall'Amministrazione pubblica all'operatore economico di diritto privato il compito di reperire la provvista finanziaria per la realizzazione di un'opera*». La peculiarità della cooperazione partenariale, tuttavia, è che, a differenza delle altre tipologie di interazioni di stampo finanziario, la sua funzione economico-sociale «*non si esaurisce nel finanziamento ma si colora, a seconda dei diversi tipi contrattuali riconducibili a questo schema negoziale, della funzione economica-sociale di realizzare la progettazione, la costruzione o la manutenzione di un'opera, nonché la fornitura dei beni e servizi necessari al funzionamento della stessa etc.*.» (C. conti, sez. reg. Lombardia, n. 359/2019/PAR del 25 settembre 2019).

La corretta ed effettiva allocazione del rischio, quindi, funge da presupposto indefettibile ed ineludibile per la concretizzazione della causa del contratto di Partenariato Pubblico-Privato, ossia consentire alla P.a. di usufruire di un'infrastruttura o di un servizio e, allo stesso tempo, di non doverne sopportare immediatamente il costo di realizzazione. La pattuizione tra Pubblico e privato, pertanto, gioca un ruolo essenziale nel garantire che l'allocazione del rischio sia posta a carico del privato in misura "significativa" (art. 174, co. 1, lett. *b*)).

In tal senso, quindi, assumono rilevanza dirimente gli aspetti economici del contratto di Partenariato Pubblico-Privato - da intendersi come le "contropartite" che gravano sull'Amministrazione e che trovano giustificazione nella necessità di rendere finanziariamente equilibrata l'attività svolta dall'operatore economico - e, soprattutto, i mezzi con i quali si concretizza la "remunerazione" del *partner* privato. Qualora, infatti, il contratto di PPP «*mascheri l'assunzione di debito per la PA committente, in quanto i rischi sono allocati prevalentemente su quest'ultima (in virtù di garanzie, clausole di indicizzazione dei prezzi, mancata decurtazione del canone in assenza del godimento del bene, adeguamento del corrispettivo di riscatto in caso di*

incremento dei costi di costruzione, etc.), allora il contratto viene considerato fonte di debito per la PA» (C. conti, sez. contr. Lombardia, n. 230/2017/PAR del 6 settembre 2017, nonché C. conti, sez. Aut., deliberazione n. 15/2017/QMIG).

Per scongiurare la possibilità che un'operazione di PPP risulti, al termine del suo ciclo operativo, una fonte di debito per la P.a., il Codice dei contratti pubblici precisa le condizioni in presenza delle quali il diritto di gestire le opere o il servizio oggetto del contratto possa essere accompagnato da un "prezzo". L'art. 177, co. 6, infatti, prevede che quando «*l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario*», allora è ammesso «*un intervento pubblico di sostegno*», che può consistere in «*un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti*».

La disposizione non rappresenta una novità nel panorama della contrattazione pubblica, in quanto il legislatore ha, storicamente, lasciato un certo margine di discrezionalità all'Amministrazione circa la possibilità di erogare a favore del privato un contributo di carattere economico. Analizzando i precursori del vigente art. 177, co. 6, emerge come il baricentro decisionale delle valutazioni svolte sul punto dal soggetto Pubblico sia traslato da una situazione di discrezionalità ampia circa l'*an* del contributo stesso ad una, invece, circoscritta nel *quantum*[63], rimanendo ferma la sola funzionalizzazione dell'intervento della P.a. in termini di riequilibrio del PEF.

Analizzando la normativa vigente in quest'ottica, si può osservare, allora, come una delle novità più rilevanti apportate dal legislatore del 2023 sia l'abrogazione di qualsivoglia soglia quantitativa del prezzo che può essere erogato a favore del privato. In sintesi, con il nuovo reticolato normativo, all'Amministrazione è stato lasciato un certo margine di discrezionalità sulla valutazione del *quantum* da erogare all'operatore economico privato, in chiave, evidentemente, ampliativa dell'uso dello strumento partenariale[64].

Viceversa, da un punto di vista operativo, l'art. 177, co. 6, del Codice non ha portata generale ma si applica solo al verificarsi di uno specifico presupposto. Detto in altri termini, le valutazioni svolte dall'Amministrazione circa il riequilibrio del PEF sono vincolate nell'*an*.

Peraltro, dal tenore letterale della norma, risulta chiaro come la discrezionalità rimessa alla P.a. giochi un ruolo rilevante in sede di redazione dei documenti di gara e di come, per l'effetto, sia indispensabile fornirne una adeguata pubblicità. Ciò significa, quindi, che il pagamento di un prezzo deve essere previsto a monte, fin dal principio del ciclo gestorio, a partire dal momento in cui l'Amministrazione istruisce l'operazione partenariale nella sua globalità.

Sul punto, la giurisprudenza è molto chiara nell'affermare che, oltre a dover preoccuparsi della redazione di clausole contrattuali idonee a traslare il rischio operativo sul privato, è

---

[63] Tra i precedenti, si può ricordare, innanzitutto, l'art. 7, co. 7, lett. *l*), n. 3, legge n. 166 del 2002, che, con specifico riferimento al contratto di concessione, rimette integralmente alla P.a. la decisione sull'*an* e sul *quantum* della partecipazione finanziaria pubblica ai fini della realizzazione dell'equilibrio economico-finanziario. Il precursore successivo, ossia l'art. 143, d.lgs. n. 163 del 2006, conferma l'impostazione del legislatore del 2002 ma, tuttavia, limita la discrezionalità dell'Amministrazione in termini di *an* sull'erogazione di un contributo, precisando i presupposti in presenza dei quali risulta ammissibile un prezzo che si aggiunge al corrispettivo derivante dalla gestione da parte del privato. Da ultimo, l'art. 165, co. 2, d.lgs. n. 50 del 2016, pur riespandendo la discrezionalità del Pubblico rispetto all'*an*, perimetra fortemente il *quantum* della contribuzione, vincolandola al rispetto del limite quantitativo del 49 per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari. Per una analisi sul tema, cfr. M. BALDI, *Partenariato Pubblico-privato* cit., p. 294.

[64] Cfr. M. BALDI, *Partenariato Pubblico-privato* cit., p. 294, il quale evidenzia che «*la finalità di tale estensione è consentire di utilizzare la concessione anche per le opere a bassa redditività (opere "a tariffa sociale") per le quali a tutela di un interesse pubblico sia imposto un vincolo tariffario*».

necessario anche che «*siano specificati tutti gli oneri economici che concorrono a definire il rischio che l'operatore economico è chiamato ad assumere*» (Cons. Stato, n. 2809 del 2022 citata). La carenza di tale presupposto rende il PEF "inattendibile" e, a cascata, ne viene inficiata anche la validità di tutta l'operazione economica che, per l'effetto, può essere dichiarata illegittima in sede giudiziale.

Spostando il fuoco dell'analisi normativa su un piano più generale, si osserva come l'art. 177, co. 6, da un punto di vista sistematico, risulti coerente con la finalità perseguita dalla disciplina dettata in tema di trasferimento del rischio operativo, ossia responsabilizzare il privato circa la gestione dell'operazione economica complessiva (*supra*, §1). Attraverso una prospettiva economico-finanziaria, il legislatore ha, quindi, voluto ribadire e confermare la centralità del ruolo del privato in termini di accollo degli investimenti necessari «*affinché l'opera sia messa a disposizione dell'utenza di riferimento e, al contempo,* [di sopportazione dell'] *onere di ammortamento*»[65].

Ciò spiega anche perché nella seconda parte dell'art. 177, co. 6, il Codice si sia preoccupato di chiarire espressamente che «*non si applicano le disposizioni sulla concessione, ma quelle sugli appalti, se l'ente concedente attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto*». È evidente che la preoccupazione del legislatore sia stata quella di dare certezza giuridica ai destinatari della norma, specificando *in nuce* che il contratto rientra nella nozione di PPP e non di appalto quando la dazione di un prezzo sia giustificata, e tale concetto è stato rimarcato nel punto in cui si è specificato che *«la previsione di un indennizzo in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'ente concedente, oppure per cause di forza maggiore, non esclude che il contratto si configuri come concessione*».

Per quanto riguarda le forme che l'intervento pubblico può assumere, il Codice parla di alcune ipotesi, tra loro alternative, quali «*contributo finanziario*», «*prestazione di garanzie*» oppure «*cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti*». Ciò significa, quindi, che il "prezzo" erogabile dall'Amministrazione deve consistere in un trasferimento patrimoniale e/o finanziario che può assumere le forme più diverse, dalla dazione di un contributo alla cessione di un diritto reale o al riconoscimento di un diritto di godimento.

Tuttavia, l'ampia gamma degli strumenti cui la P.a. può ricorrere trova il proprio elemento ordinante nella "funzione remuneratrice" che questi devono assolvere a fronte dell'onere di finanziamento dell'opera che grava sull'operatore economico e che questi ha sostenuto[66]. Le varie tipologie di contropartita, soprattutto quelle alternative allo strumento "classico" del pagamento del prezzo, mirano, infatti, a ridurre la quota diretta di finanziamento pubblico che incide sulla conservazione del PEF[67].

Focalizzando l'analisi su ogni singola forma di contributo, poi, emergono alcune peculiarità che caratterizzano la nuova disciplina. Con riferimento, innanzitutto, al

---

[65] Cfr. M. BALDI, *Partenariato Pubblico-privato* cit., p. 289.

[66] Cfr. C. conti, sez. reg. Lombardia, n. 359/2019/PAR del 25 settembre 2019, la quale evidenzia che, diversamente dal "prezzo", il canone di disponibilità, al quale fa riferimento la previgente disciplina dell'art. 180, d.lgs. n. 50 del 2016, viene pattuito «*solo al fine di regolamentare le partite economiche della successiva fase di gestione dell'opera realizzata con lo strumento del PPP. Ne consegue che se l'Amministrazione prevede la corresponsione di un canone per la messa a "disponibilità dell'opera" o per "la domanda di servizi", questo* […] *deve in concreto essere modulato e quantificato in modo tale da remunerare esclusivamente detta "disponibilità dell'opera" o "domanda di servizi"*».

[67] Cfr. A. CAVINA e D. GALLI, *Art. 177 Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo*, in (diretto da) F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, p. 1166.

"contributo finanziario", è interessante la tesi sostenuta secondo cui la struttura del nuovo Codice, basata sulla «*inversione sistematica*» del rapporto tra concessione e contratto di PPP, avrebbe «*silenziato*» le alternative dei corrispettivi al canone, ossia il c.d. "*shadow toll*" e le "diverse utilità" di cui parlava il Codice previgente[68].

Sulla cessione in proprietà, invece, si osserva che essa non è disciplinata né sotto l'aspetto delle modalità di stima dell'immobile né circa il momento in cui dovrebbe verificarsi il trasferimento del diritto rispetto allo stato di avanzamento delle opere oggetto di concessione. Ciò significa, in altri termini, che, per dare concretezza a tale modalità di remunerazione, pare necessario fare riferimento alla disciplina dettata dall'art. 202 del Codice in materia di cessione di immobili in cambio di opere[69].

Come chiarito dal Consiglio di Stato, a prescindere dalla scelta specifica operata in sede di definizione degli oneri da compensare, l'Amministrazione deve verificare, innanzitutto, il livello di ricavi stimati dall'operatore per le operazioni a tariffazione sull'utenza, affinché non siano sottostimati; poi, la P.a. deve considerare anche i costi di gestione e di investimento, affinché non siano sovrastimati e, infine, deve includere anche il rendimento atteso sul capitale investito e il costo del finanziamento, affinché non siano sovrastimati rispetto ai valori di mercato per operazioni caratterizzate da un profilo analogo di rischiosità. Tale attività di valutazione appare coerente con i più ampi compiti di programmazione e monitoraggio che, ai sensi dell'art. 174 del Codice, gravano sul soggetto Pubblico.

Ciò posto, su un piano sistematico, occorre evidenziare, ancora, che le varie tipologie di intervento pubblico sono accomunate da un importante elemento di novità. Infatti, rispetto al passato, l'art. 177, co. 6, del Codice non richiede più che la quantificazione del contributo rispetti limiti prefissati, in quanto la norma lascia all'Amministrazione la libertà di valutare nel caso concreto quale sia il prezzo più idoneo a garantire l'equilibrio del PEF.

Il legislatore, quindi, ha optato per la scelta di scindere l'aspetto negoziale del contratto di Partenariato Pubblico-Privato da quello contabile[70] e tale circostanza produce effetti rilevanti, il primo dei quali è che il superamento del previgente limite del 49 per cento non incide sulla legittimità dell'operazione ma solo sulla sua disciplina contabile[71]. Evidentemente, la normativa attualmente vigente reputa sufficiente che il contributo pubblico sia qualitativamente minoritario rispetto a quello del *partner* privato il quale, all'opposto, deve intervenire in misura "significativa", come richiesto dall'art. 174, co. 1, lett. *b*) del Codice) e come suggerito anche dal legislatore e dalla giurisprudenza sovranazionale[72].

---

[68] Cfr. M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 314, il quale osserva anche che nel nuovo Codice sono state ridotte «*l'evidenza e l'attenzione sul contratto di partenariato pubblico privato, uno dei contratti più importanti in uso nella prassi per la realizzazione di opere pubbliche (ospedali, carceri, scuole, uffici direzionali, ecc.)*».

[69] Cfr. A. CAVINA e D. GALLI, *op. ult.* cit., secondo cui «*è ragionevole ritenere che i beni oggetto di trasferimento in proprietà non dovrebbero più assolvere a funzioni di pubblico interesse e che il valore degli immobili da trasferire debba essere stabilito sulla base del valore di mercato e che sia il bando di gara a definire anche il momento in cui debba avvenire il trasferimento del bene*».

[70] Cfr. F. RISSO, *Art. 177 Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo*, in (a cura di) R. GIOVAGNOLI e G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024, p. 1542.

[71] Cfr. G.F. CARTEI, *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione*, in (a cura di) G.F. CARTEI e D. IARIA, *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 904, il quale mette in guardia anche sul pericolo che il superamento del limite del 49 per cento possa configurare un aiuto di Stato illegittimo.

[72] È opportuno ricordare che la giurisprudenza comunitaria non ha mai fornito elementi quantitativi circa il contributo pubblico erogabile ma ha sempre seguito un approccio empirico. È noto, infatti, che la CGUE si è limitata ad osservare come sia «*necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o, almeno, significativo al concessionario*» (cfr. CGUE, 10 settembre 2009, in causa C-206/08, *Eurawasser*; 25 marzo 2010, in causa C-451/08, *Helmut Müller GmbH*; 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Stadler*).

Pertanto, per dare una sostanza concreta a quanto previsto dal combinato disposto dell'art. 174, co. 1, lett. *b*) e dall'art. 177, co. 6. del d.lgs. n. 36 del 2023, occorre riferirsi ai principi espressi dalla giurisprudenza nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016). In particolare, pare opportuno richiamare la regola di portata generale secondo cui «*un contributo maggioritario rispetto al costo dell'investimento indica, di per sé solo, che il rischio di costruzione è sopportato prevalentemente dalla parte pubblica*» (Corte dei Conti Sez. Regionale di Controllo per la Toscana n. 72 del 06 maggio 2022).

Occorre, altresì, ricordare che la Corte dei Conti ha riconosciuto che le operazioni di partenariato possono essere considerate neutre ai fini del calcolo dell'indebitamento netto dello Stato membro solo se «*gli interventi incentivanti da parte delle amministrazioni siano contenuti in una misura inferiore al 50 per cento dei costi di capitale sostenuti dal privato, poiché, diversamente, il superamento di tale valore di fatto annullerebbe il maggior rischio a quel punto assunto solo formalmente dall'operatore economico*». (Corte dei Conti Sez. Regionale di Controllo per la Liguria n. 10 del 20 gennaio 2022). Ciò significa che, pur rimanendo legittimo, un contratto stipulato tra Pubblico e privato, in cui l'incidenza della partecipazione del primo in termini di finanziamenti e/o garanzie sia superiore a quella del secondo, non può essere qualificato come accordo negoziale di Partenariato Pubblico-Privato.

La disciplina dettata dall'art. 177, co. 6, del Codice vigente risulta, in definitiva, più rispondente alle esigenze di flessibilità di cui l'Amministrazione ha bisogno nello svolgimento della propria azione e, allo stesso tempo, pone il *partner* privato di fronte alla necessità di una sua "responsabilizzazione". Tutto ciò, ancora una volta, sembra essere il precipitato della visione globale e funzionalizzata al risultato con la quale il legislatore ha tracciato la regolazione in materia di Partenariato Pubblico-Privato.

In termini pratici, la disciplina sulla contribuzione pubblica gioca un ruolo essenziale ai fini della corretta impostazione dell'intero ciclo contrattuale. Solo se il rischio operativo è allocato correttamente ed effettivamente in capo al privato, infatti, l'Amministrazione è in grado di realizzare e usufruire di un'opera o di un servizio senza doverne sopportare gli oneri economici immediati e i rischi contrattuali[73].

Flessibilità della P.a. e responsabilizzazione del privato rappresentano il riflesso del riconoscimento, da parte del legislatore, di una "capacità"[74] di conferimento economico da parte dell'Amministrazione e ciò, peraltro, è in linea con le risultanze raggiunte dalle istituzioni comunitarie[75]. Inoltre, la corretta definizione degli aspetti economici dell'operazione di PPP trova riflesso e, allo stesso tempo, un confine invalicabile nella ulteriore regolazione dettata dal Codice.

Si tratta, nello specifico, della disciplina in materia "contabilizzazione" dei contratti di Partenariato Pubblico-Privato.

4. (*segue*) La contabilizzazione delle operazioni di PPP.

[73] Cfr. V. BIONDI, *Funzione compensativa e limiti del prezzo nei contratti di partenariato pubblico privato (PPP)*, in *Azienditalia*, 2019, fasc. 12, p. 1671.

[74] Cfr. G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, fasc. 8, p. 895, il quale, riferendosi alla disciplina vigente al tempo del d.lgs. n. 163 del 2006, amplia la discrezionalità in capo all'Amministrazione, parlando di «*libertà di conferimento economico*».

[75] Cfr. considerando n. 18 della direttiva n. 2014/23 e CGUE, sentenza del 10 novembre 2022, C-486/21, *Sharengo/Mestna občina Ljubljana*.

Per approfondire la tematica relativa alla corretta contabilizzazione delle operazioni di PPP, occorre ripartire dalle risultanze cui si è giunti sulla questione della remunerazione dell'operatore economico privato e, nello specifico, dall'idea per cui l'erogazione da parte della P.a. di un contributo pubblico è subordinata al raggiungimento di una determinata *performance* ad opera del *partner* privato. Ciò significa, in altri termini, che, per poter comprendere la *ratio* sottesa alla disciplina contabile delle operazioni economiche di PPP è opportuno tenere a mente che il privato è «*co-responsabile con la PA del conseguimento di un determinato risultato, da cui deve dipendere la sua remunerazione*»[76].

Tale constatazione, infatti, consente di far emergere in modo evidente quanto la natura dei rapporti economici che permeano la cooperazione partenariale sia "dinamica" e come tale natura, per l'effetto, caratterizzi anche le regole e i criteri dettati ai fini della contabilità delle operazioni di PPP. È proprio in quest'ottica, infatti, che deve essere letto l'art. 177, co. 7, del Codice, laddove precisa che per le operazioni di Partenariato Pubblico-Privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat ma «*ai soli fini di contabilità pubblica*».

La disposizione trova giustificazione nella considerazione per cui la questione della "corretta" contabilizzazione dei contratti di PPP rappresenta, da sempre, il nodo[77] attorno al quale si attorcigliano le problematiche più rilevanti che caratterizzano l'intero ciclo operativo. L'errata impostazione del contratto di PPP in termini di equilibrio economico finanziario e, soprattutto, di effettiva traslazione del rischio operativo, infatti, può condurre a conseguenze particolarmente rilevanti sotto l'aspetto dell'incidenza dell'operazione economica sulle casse pubbliche.

Ecco, quindi, che, ancora una volta, assume un rilievo centrale l'effettiva allocazione del rischio in capo all'operatore economico privato. Come rilevato dal Giudice contabile, infatti, le spese sostenute dalla P.a. possono essere iscritte fuori dal bilancio «*solo quando ci sia un sostanziale trasferimento dei rischi dell'operazione in capo al contraente privato, e cioè quando quest'ultimo si assuma il rischio della costruzione e almeno uno tra il rischio di disponibilità e il rischio di domanda*» (Corte dei Conti, sez. Aut., deliberazione del 23 giugno 2017, n. 15).

È, quindi, ragionevole pensare che sia proprio questo l'assunto che ha condotto il legislatore ad inserire nel Codice il richiamo alle decisioni dell'Ufficio Statistico dell'Unione Europea (c.d. "Eurostat"). Con la ben nota Decisione dell'11 febbraio 2004, infatti, Eurostat ha fornito agli Stati membri le indicazioni necessarie alla contabilizzazione dei contratti di PPP, focalizzando la disciplina sul soggetto sul quale incombono i rischi dell'operazione al fine di qualificare la stessa come indebitamento o meno.

Attraverso tale documento, in particolare, sono state stabilite le condizioni in base alle quali la realizzazione di un'opera è da intendersi a carico del bilancio pubblico (*on balance sheet*) o del settore privato, ovvero le condizioni per cui le spese per le infrastrutture possono essere poste fuori dal bilancio dello Stato (*off balance sheet*). Muovendo dalla canonica tripartizione del rischio (rischio di costruzione, rischio di disponibilità e rischio di domanda), l'Ufficio

---

[76] Così V. MANZETTI, *La sostenibilità economico-finanziaria dei progetti PNRR e la contabilizzazione off-balance o on-balance dei contratti di partenariato pubblico privato tra regole EUROSTAT e codice dei contratti pubblici (vecchio e nuovo)*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2023, fasc. 1, p. 112, la quale aggiunge che «*lo strumento del PPP si presenta, dunque, "astrattamente" in grado di bilanciare il fabbisogno di investimenti nel settore, con la necessità di garantire la stabilità e la sostenibilità del bilancio pubblico, grazie alla cooperazione con il settore privato, ma perché dalle astrazioni si passi alla realtà il primo ostacolo è culturale, ed il percorso da fare non è affatto semplice, interessando i più generali problemi del ritardo nella modernizzazione dello Stato e la crisi della burocrazia, da cui, non è possibile prescindere, se il fine è quello di una vera "cultura del risultato"*».

[77] Cfr. V. MANZETTI, *op. ult.* cit., p. 85.

Statistico ha previsto che un'opera realizzata in PPP non incide sui bilanci pubblici se il *partner* privato sostiene il rischio di costruzione ed almeno uno degli altri due rischi (ossia, rischio di disponibilità o rischio di domanda).

Poiché l'art. 177, co. 7, del Codice parla delle "decisioni" (e non solo della "decisione", al singolare), è opportuno ricordare che i criteri individuati nella Decisione Eurostat del 2004 devono essere integrati ed aggiornati con i contenuti del Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali pubblicato da Eurostat a maggio del 2013 (cd. "SEC2010"). Del pari, vi è da dire che un indispensabile complemento al SEC2010 è il Manuale sul disavanzo e sul debito pubblico (*Manual on Government Deficit and Debt - MGDD*), che precisa come la rilevanza del rischio deve essere valutata tenendo conto dell'impatto sia sulla redditività, sia sul profilo finanziario del *partner*.

A livello nazionale, un documento particolarmente rilevante per orientarsi tra i criteri dettati da Eurostat è la Determinazione n. 10 del 23 settembre 2015 di Anac[78]. Attraverso tale determinazione, l'Autorità ha avuto modo di evidenziare come, secondo le fonti sovranazionali, per una corretta allocazione dei rischi, assumano un peso fondamentale la rilevanza sostanziale dei fattori relativi al finanziamento pubblico dei costi di investimento, la presenza di garanzie pubbliche, le clausole di fine contratto e il valore di riscatto dell'*asset* a fine concessione.

Con specifico riferimento al tema del contributo pubblico, è stato messo in luce come la regola generale cui attenersi è che, quando il costo del capitale è prevalentemente coperto dallo Stato, ciò indica che lo Stato stesso assume la maggioranza dei rischi. Anche l'incremento del livello di finanziamento, da minoritario a maggioritario, in corso d'opera può comportare la riclassificazione *on balance* dell'*asset*, ossia la sua imputazione sul bilancio del soggetto pubblico.

Del pari, la presenza di garanzie pubbliche può rappresentare un elemento idoneo ad influenzare il trattamento contabile dell'operazione, in quanto queste possono incidere sulla distribuzione dei rischi tra le parti. A tale proposito, nei documenti di Eurostat è chiarito che le garanzie possono comportare l'iscrizione o la riclassificazione dell'*asset on balance* quando assicurano un'integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato.

In sintesi, quindi, l'elemento discretivo per una corretta contabilizzazione di un contratto di PPP è quello secondo cui l'opera deve essere contabilizzata *on balance* quando l'effetto combinato delle garanzie e del contributo pubblico copra più del 50 per cento del costo. A tal proposito, infatti, il "Manuale" citato estende l'applicazione delle regole in materia anche ai casi in cui un'Amministrazione fornisca una garanzia al *partner* non direttamente legata al debito contratto in relazione a uno specifico progetto in PPP[79].

---

[78] Determinazione Anac del 23 settembre 2015, n. 10, recante "*Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'articolo 153 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163*".

[79] Anac, sul punto, mette in guardia le Stazioni appaltanti, richiamando la loro attenzione sulla necessità di procedere «*ad una corretta valutazione della ricorrenza, nelle singole fattispecie, delle condizioni e dei presupposti che caratterizzano il contratto di concessione, distinguendolo dal differente strumento contrattuale dell'appalto. Una corretta qualificazione giuridica dell'operazione posta in essere è, infatti, presupposto indispensabile per la corretta individuazione della disciplina giuridica e contabile da applicare. A tale riguardo, si richiamano le conseguenze in punto di responsabilità amministrativa e contabile per gli eventuali maggiori costi sopportati dall'amministrazione a causa di un utilizzo improprio dei Contratti di Ppp e del PF. In particolare, giova sottolineare come il giudice amministrativo abbia sancito la nullità per illiceità della causa, ai sensi dell'art. 1344 del codice civile ("contratto in frode alla legge"), di un contratto di concessione nel quale non erano stati osservati i precetti comunitari nella distribuzione dei rischi (v. Tar Sardegna, sentenza 10 marzo 2011, n. 213). Sotto il profilo della responsabilità amministrativo-contabile la Corte dei Conti ha più volte evidenziato come sia necessario accertare che il contratto da*

Un'operazione partenariale, quindi, può essere definita come "neutra", da un punto di vista contabile, quando i contributi erogati dall'Amministrazione non incidono sull'allocazione del rischio fino a mitigarlo del tutto[80]. È evidente, quindi, come, a partire dalla Decisione Eurostat del 2004, la disciplina sulla contabilizzazione delle operazioni di Partenariato Pubblico-Privato si sia focalizzata dalla corresponsione dei canoni da parte dell'Amministrazione alla corretta allocazione del rischio operativo[81].

Si tratta di regole più severe da rispettare, del tutto "trasmigrate" nel Codice dei contratti[82], le quali richiedono un'attività di ponderazione preventiva da parte dell'Amministrazione stessa. Ciò spiega perché il legislatore, al fine di evitare possibili profili di illegittimità della concessione, ha voluto specificare che «*in ogni caso, l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio*» (art. 177, co. 7, secondo alinea).

Nella vigenza del precedente Codice, infatti, il richiamo alle decisioni Eurostat era funzionale ai "soli profili di tutela della finanza pubblica" e ciò comportava, ugualmente, per la P.a. la necessità di operare una valutazione dei contenuti reali del contratto di PPP. Il vigente richiamo alle medesime decisioni Eurostat, anche se limitato "ai fini della contabilità pubblica", non pare aver modificato la *ratio* sottesa alla disciplina complessiva.

Se ciò è vero, allora, possono essere considerate valide le affermazioni della Corte dei Conti, secondo cui il richiamo alle regole contabili sovranazionali «*per un verso delimita l'ambito di applicabilità delle decisioni Eurostat, restando fermo che la disciplina contrattuale di riferimento è sempre quella del codice*» ma, per altro verso, occorre richiamare la salvaguardia degli equilibri di bilancio secondo i dettami degli artt. 81 e 97 Cost., con riguardo alla «*sostenibilità della spesa per l'indebitamento e del rispetto del principio della copertura delle spese. Ciò implica un margine di apprezzamento sulla portata sostanziale e sugli effetti dei contratti in discorso, indipendentemente dalla formale qualificazione come PPP*» (Corte dei Conti, del. N. 15 del 2017 citata).

Ciò significa, in definitiva, che la disciplina sulla contabilizzazione gioca un ruolo fondamentale nella globalità dell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato[83] e, da essa, discende per l'Amministrazione la capacità di poter dosare un certo margine di flessibilità in sede di valutazione e ponderazione degli interessi in gioco. Tale margine di flessibilità, peraltro, sembra essere ancora più ampio se si considera che il Consiglio di Stato ha voluto ribadire che, anche in caso di superamento dei limiti posti da Eurostat, il contratto è comunque qualificabile come concessione.

---

concludere abbia le caratteristiche proprie del Ppp con utilizzo di risorse private ai sensi del comma 15-ter dell'art. 3 del Codice e non rappresenti, invece, un meccanismo elusivo del divieto di indebitamento dell'Ente sia per precedenti violazioni del patto di stabilità che per mancato rispetto dei parametri ex art. 204 TUEL (v. ex multis Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr Veneto, 2 settembre 2011, n. 352/2011/par, in tema di leasing immobiliare)».

[80] Cfr. V. GIANNOTTI, *La corretta contabilizzazione delle operazioni di partenariato pubblico privato e la rilevanza sul "pareggio di bilancio"*, in *Azienditalia*, 2017, fasc. 5, p. 485, il quale osserva che «*qualora la sommatoria degli interventi della PA sia inferiore al 50% del valore dell'opera pubblica, allora, troveranno corretta contabilizzazione solo la parte dei contributi pubblici corrisposti (nel citato limite non superiore al 50%), mentre se la contribuzione dell'amministrazione risulti superiore al 50%, tutto l'importo dell'opera pubblica dovrà essere contabilizzato da parte della PA nel proprio bilancio*».

[81] Cfr. V. MANZETTI, *op. ult.* cit., p. 87.

[82] Sul punto, V. MANZETTI, *op. ult.* cit., p. 94.

[83] Tale assunto sembra essere ulteriormente confermato dall'introduzione, dovuta al Correttivo, del co. 9-*bis* all'articolo 175 del Codice, dove si prevede che "*il DIPE, di concerto con l'ANAC e con il Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, approva contratti-tipo in materia di partenariato pubblico-privato, con riferimento ai contratti di cui alle parti II, III, IV e V del presente libro*". Come precisato dal Consiglio di Stato nel parere n. 1463 del 2024, il coinvolgimento del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato nella redazione di tali documenti è stato previsto al fine di verificare la coerenza di tali "*format*" con le regole Eurostat ed evitare effetti negativi sulla finanza pubblica.

PARTE III
LA *PREPARATION DU MARCHE DE PARTENARIAT* IN FRANCIA

1. Le *conditions de recours au marché de partenariat*.

Nell'ordinamento francese, il Partenariato Pubblico-Privato rappresenta un contratto globale la cui peculiarità risiede non tanto – o, comunque, non solo – nel suo carattere "ciclico" – come, invece, accade nell'ordinamento italiano – ma nel suo aspetto profondamente "derogatorio" alle caratteristiche più generali e comuni dei contratti pubblici[1]. La peculiarità che contraddistingue il *marché de partenariat* si riflette *prima facie* sugli aspetti regolatori della disciplina e tale circostanza la si può evincere, innanzitutto, già dai meccanismi con i quali il legislatore ha delineato la sistematica della normativa dedicata al PPP.

L'Articolo L. 2200-1 del *Code de la commande publique*[2], infatti, che fa da capofila alle disposizioni specificamente dedicate al *Partenariat*, puntualizza che ai contratti di partenariato non si applicano le disposizioni relative alle «*caractéristiques des marchés globaux*», quelle relative a «*l'allotissement*», quelle di natura finanziaria sugli «*avances*» e gli «*acomptes et au régime des paiements*», così come non trovano applicazione le norme che disciplinano il subappalto («*sous-traitance*»)[3]. A ben vedere, tali esclusioni sono coerenti con l'evidenziato tratto derogatorio del PPP e, in particolare, riflettono le caratteristiche intrinseche del *partenariat* per quanto riguarda, nel dettaglio, il suo oggetto, le modalità di remunerazione dell'operatore privato e, infine, il ruolo di "*maîtrase d'ouvrage*" che questi esercita su tutta l'operazione economica.

Tuttavia, proprio perché il *marché de partenariat* ha, possiamo dire, un carattere "eccezionale", la facoltà per le Amministrazioni di ricorrervi è subordinata al rispetto di ben precise "*conditions*", le quali sono elencate e disciplinate puntualmente nel *Code de la commande publique*. Si tratta di disposizioni che attengono, in primo luogo, alla perimetrazione dell'ambito soggettivo, ossia della pletora di persone giuridiche pubbliche che sono legittimate a concludere un contratto di PPP e, in seconda battuta, all'ambito oggettivo, definito da ben precisi parametri quantitativi e, soprattutto, qualitativi, la cui integrazione rende una eventuale realizzazione di opere o servizi pubblici, a mezzo di partenariato, concretamente vantaggiosa.

Sotto il primo aspetto (ambito soggettivo), l'Art. L. 2211-1 circoscrive in negativo l'identificazione degli "*acheteurs autorisés*", indicando, cioè, puntualmente tutti coloro che non sono autorizzati a concludere in autonomia un contratto di partenariato. Stando al tenore letterale della norma, si isolano due categorie di "*organismes*", ossia, da un lato, le «*administrations publiques centrales*» che non possono emettere prestiti né titoli di debito di durata

---

[1] Per un approfondimento di tali temi, cfr. *supra*, Cap I, §§ 5 – 6.

[2] *Code de la commande publique*, Article L. 2200-1: «*Sous réserve des dispositions du livre V de la présente partie relative aux autres marchés publics, les marchés de partenariat définis à l'article L. 1112-1 sont régis par les dispositions du livre Ier, à l'exception des dispositions de la sous-section 4 de la section unique du chapitre Ier du titre VII relatives aux caractéristiques des marchés globaux, des dispositions de la section 2 du chapitre III du titre Ier relatives à l'allotissement, des dispositions des sections 1 à 3 du chapitre Ier du titre IX relatives aux avances, aux acomptes et au régime des paiements ainsi qu'aux dispositions du chapitre III du titre IX relatives à la sous-traitance*».

[3] Cfr. (a cura di) G. ECKERT, *Code de la commande publique*, LexisNexis, Paris, 2024, pp. 525 – 526, dove si evidenzia che le caratteristiche del *partenariat* «*sont incompatibles avec plusieurs règles relatives aux marché publics, dont l'article L. 2200-1 écarte donc l'application les concernant*».

superiore a 12 mesi e che sono individuate tassativamente a mezzo di una apposita "lista"[4]; dall'altro, le istituzioni sanitarie, intese come gli «*établissements publics de santé*» e come le «*structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique*»[5].

La *ratio* sottesa al divieto imposto solo a tali soggetti va ricercata negli aspetti finanziari dell'operazione di PPP che, nel sistema francese, si basa su un ampio intervento pubblico[6]. Ecco, quindi, che, in ragione del potenziale maggior aggravio derivante dal ricorso al partenariato, le Amministrazioni citate non possono sottoscrivere *marchés de partenariat* se non attraverso l'intercessione di un soggetto finanziariamente forte.

Infatti, il successivo Art. 2211-3 autorizza lo Stato a concludere un contratto di PPP in nome e per conto di un «*acheteur non autorisé*», sotto la duplice condizione che «*le ministère de tutelle*» abbia istruito il progetto e che l'operazione sia sostenibile, in termini finanziari, per le Amministrazioni centrali e per quelle locali coinvolte. L'*État* è, così, incaricato, attraverso un vero e proprio "*mandat*", di occuparsi di tutto il ciclo contrattuale, dalla programmazione, all'aggiudicazione fino all'esecuzione del contratto stesso, benché diritti ed obblighi gravino, in definitiva, sugli enti "*non autorisé*" (*Code de la commande publique*, Art. R. 2223-5).

La disposizione, come è evidente, mira a tutelare la finanza pubblica e, infatti, non a caso, la norma del *Code* indica quale condizione di ammissibilità di tale meccanismo la "*soutenabilité budgétaire*". L'espressione, come si vedrà tra un attimo, ha una portata ben diversa da quella di "*bilan plus favorable*", in quanto ammette e, allo stesso tempo, presuppone che il Giudice amministrativo possa esercitare un controllo penetrante sull'intera operazione finanziaria e non soltanto sulla sussistenza del requisito del mero espletamento della valutazione di convenienza[7].

L'Art. 2211-2, poi, prevede una sorta di "avvalimento", ossia la possibilità che il contratto di PPP possa essere concluso anche per un «*autre personne morale de droit public ou privé en vue de l'exercise de ses missions*». In questi casi, la particolarità procedimentale consiste nel fatto che si deve procedere con la stipula di un accordo tra "*l'acheteur*" autorizzato e il soggetto per il quale il *marché de partenariat* è concluso.

Passando alla trattazione del secondo aspetto (ambito oggettivo) sopra ricordato, vi è da dire che il ricorso al Partenariato Pubblico-Privato non è, come accade nell'ordinamento italiano, generalizzato ma, viceversa, è subordinato all'integrazione di "*conditions de recours*" ben precise e sottratte alla discrezionalità dell'Amministrazione. Non si tratta affatto di una novità introdotta dal *Code de la commande publique* ma, al contrario, rappresenta il riflesso di un principio espresso ormai oltre venti anni fa dal *Conseil constitutionnel*.

---

[4] Si tratta dell'elenco in cui rientrano le amministrazioni pubbliche centrali, diverse dallo Stato, che sono individuate «*par arrêté mentionné au I de l'article 12 de la loi du 28 décembre 2010 de programmation des finances publqiues pou les années 2011 à 2014*».

[5] Cfr. E. MULLER, *Marchés de partenariat*, in *Contrats et marchés publics*, 2019, dossier n. 1, il quale evidenzia come la formulazione della norma contenuta nel *Code de la commande publique* sia più chiara del proprio antecedente.

[6] Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 527, il quale afferma che «*l'interdiction se comprend ainsi au regard du coût du financement privé total ou partiel inhérent au marché de partenariat (CCP, art. L. 1112-1), potentiellement plus élevé que le recours à l'emprunt par les personnes publiques. C'est d'ailleurs pourquoi il est fait interdiction aux mêmes organismes de recourir au crédit-bail immobilier pour la réalisation d'investissements répondant à leurs besoins et destines à être mis à leur disposition ou à devenir leur propriété*».

[7] Cfr. G. ECKERT, *op. ult.* cit., p. 528, il quale osserva che la disposizione «*semble induire que le juge pourrait exercer, s'agissant des marchés de partenariat conclus par l'État pour le compte d'acheteurs «non autorisés», un contrôle entier sur la soutenabilité budgétaire de l'opération, alors qu'il devrait se borner, s'agissant des contrats directement conclus par les achetuers autorisés, à un contrôle restreint de l'existence et de la substance de l'étude de soutenabilité sur laquelle le minister du Budget est appelé à se prononcer par un avis*».

Con la decisione del 26 giugno 2003, n° 2003-473 DC ("*Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*")[8], il *Conseil* ha, infatti, espressamente sancito la compatibilità delle caratteristiche intrinseche del *partenariat* alla Costituzione francese, riconoscendo che nessuna norma o principi di rango costituzionale si oppongono a «*confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services*», né impediscono «*non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global*» e neppure, infine, «*que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel*». Tuttavia, i Giudici costituzionali non hanno potuto fare a meno di constatare che le peculiarità che permeano l'anima del PPP hanno un carattere eccezionale e derogatorio rispetto alla disciplina generale dei contratti pubblici.

Di conseguenza, secondo il *Conseil*, la «*généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics*». Per scongiurare tali rischi, pertanto, è stato ritenuto necessario che, quando si ricorre ad accordi rientranti nel concetto di *partenariat*, «*à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé*».

In sintesi, storicamente, nell'ordinamento francese, le formule contrattuali ascrivibili al Partenariato Pubblico-Privato sono legittime ed utilizzabili, purché, tuttavia, siano rispettate le guarentigie di volta in volta approntate dal legislatore per salvaguardare la tenuta del sistema. Ecco, quindi, perché anche il vigente *Code* prevede condizioni oggettive che mirano a ridurre il ricorso generalizzato al PPP quale forma di contratto pubblico alternativa all'appalto classico e alla concessione.

Focalizzandoci sulle norme di diritto positivo, ci si accorge che, ad oggi, per poter concludere un *marché de partenariat*, occorre integrare due condizioni. Si tratta, nello specifico, di un limite di carattere "quantitativo" e uno, invece, di natura "qualitativa".

Per il primo caso, l'Art. 2211-5 del *Code* dispone che gli "*acheteurs*" possono stipulare un contratto di PPP solo se il suo valore supera certe "soglie" (la norma parla di «*seuils*») determinate per via regolamentare e parametrate alla «*nature*» e a «*l'objet*» del contratto stesso, oltreché alle «*capacités techniques et financières*» dell'Amministrazione e della «*intensité du risque encouru*». Le soglie sono, sostanzialmente, tre e toccano i valori di 2, 5 e 10 milioni di euro a seconda di quale sia l'oggetto che concretamente riguarda il contratto di PPP[9].

---

[8] Per un approfondimento, si rinvia a F. LICHERE, *Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé: bis repetita placent*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2003, dossier n. 4, pp. 1163 - 1178; E. FATOME e L. RICHER, *La commande publique et le domaine public devant le Conseil constitutionnel*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, dossier n. 56, pp. 772 - 788; M.-C. DE MONTECLER, *Le oui nuancé du Conseil constitutionnel au partenariat public-privé*, in *Actualité juridique. Droit administratif*, 2003, n. s.n., pp. 1302 ss.; F. LINDITCH, *Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel*, in *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2003, n. s.n., pp. 1289 - 1294.

[9] *Code de la commande publique*, Art. R. 2211-1: «*Les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si sa valeur est supérieure à un seuil fixé à:*

1° 2 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ainsi que lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs;

2° 5 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur:

La stima del valore del contratto di partenariato non è discrezionale ma è compiuta in stretta aderenza a quanto previsto dall'Art. R. 2211-2 del *Code*. La norma, infatti, prevede che il valore del contratto, da calcolarsi al momento della pubblicazione del bando di gara, comprende il compenso dell'operatore privato pagato dall'Amministrazione, i proventi derivanti dall'esercizio di attività accessorie o dalle migliorie apportate al demanio e, infine, eventuali contributi pubblici.

Per il secondo caso, invece, si fa riferimento ad uno degli elementi valutativi più importanti in materia di *partenariat*, ossia il c.d. "*bilan plus favorable*", disciplinato dall'Art. L. 2211-5 del *Code*. Si tratta di un parametro - come già detto – qualitativo, che trova i propri precursori nelle condizioni imposte dal *Conseil constitutionnel* per ritenere legittimo il PPP, ossia la «*urgence*» e la «*complexité*».

Occorre evidenziare che si tratta di parametri le cui origini risalgono agli albori dell'apparizione del PPP nella legislazione francese e che hanno scandito le alterne fortune dello strumento partenariale nel tempo. Pertanto, per comprendere appieno la portata della disposizione oggi vigente, pare opportuno svolgere una sintetica analisi circa l'evoluzione degli antecedenti dell'attuale "*bilan*" che si sono succeduti nel corso del tempo.

Originariamente, nell'*ordonnance* del 17 giugno 2004, con la quale è stato disciplinato espressamente, per la prima volta, il "*contrat de partenariat*", il legislatore si è attenuto fedelmente ai dettami imposti dal *Conseil constitutionnel* con la pronuncia del 26 giugno 2003 e, di conseguenza, ha stabilito che un accordo di PPP potesse essere concluso solo in presenza di due condizioni, ossia, come detto, "*urgence*" e "*complexité du projet*". Ciò significa, in pratica, che, prima di procedere all'avvio dell'operazione, l'Amministrazione doveva svolgere una "*évaluation préalable*" per accertare la sussistenza e l'integrazione piena di tali elementi.

La portata dei parametri era particolarmente stringente e tale assunto sembra trovare conferma nel fatto che, per fondare la legittimità del ricorso al PPP, oltre a quello dell'Amministrazione, entrava in gioco anche il controllo penetrante del Giudice amministrativo. Sul punto, le risultanze pretorie del tempo sono molto chiare e stabiliscono che «*la légalité de la décision de lancer la procédure de passation d'un contrat de partenariat est soumise non seulement à la réalisation, dans les formes prescrites, de l'évaluation préalable, mais aussi, sous le contrôle du juge, qui pourra notamment être saisi au stade précontractuel sur le fondement de l'art. L. 551-1 CJA, à ce que le projet envisagé corresponde effectivement à l'une des situations visées au a) de l'art. 2 de l'Ord.*» (CE 29 ottobre 2004, *Sueur et a.*, n. 269814 A) [10].

---

a) Des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement;

b) Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend aucun des éléments mentionnés aux 2° et 3° de L. 1112-1;

3° 10 millions d'euros hors taxes lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés aux 1° et 2° du présent article».

[10] La pronuncia prosegue affermando anche che «*sous réserve qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographiques déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé peut justifier la passation d'un contrat de partenariat*». In un'altra pronuncia, emerge in modo chiaro la conseguenza della nullità del contratto : TA Paris, 12 marzo 2008 ha stabilito che «*la décision du ministre de la jeunesse et des sports de signer le contrat de partenariat de rénovation de l'INSEP est annulée pour défaut de consultation du comité technique paritaire (CTP) ministériel et du CTP de cet établissement. Le juge de l'exécution refuse d'enjoindre à l'État de saisir le juge du contrat afin de constater la nullité de ce contrat et enjoint seulement au ministre de rechercher la signature d'un avenant au contrat et de soumettre la signature de cet avenant à l'avis des CTP compétents, dès lors qu'il ressort tant du calendrier d'exécution des travaux que de l'importance d'une part des études préparatoires déjà réalisées et d'autre part des sommes à investir dans la réalisation du programme et des conséquences financières auxquelles s'exposerait l'État en cas de résolution du contrat qu'une telle résolution porterait gravement atteinte à l'intérêt général*».

Come è evidente, il controllo svolto in via amministrativa o in via pretoria non poteva prescindere dalla definizione in concreto delle nozioni di "urgenza" e di "complessità". È alla giurisprudenza, allora, che va riconosciuto il merito di aver dato concretezza alle due nozioni.

In particolare, con riferimento alla "*condition d'urgence*", è invalso l'orientamento per cui tale concetto consiste «*sous réserve qu'elle résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographiques déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général, affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles qu'en soient les causes, l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat*». Per poter apprezzare qualitativamente il significato intrinseco di "urgenza", il Giudice non si è basato «*sur de simples difficultés ou inconvénients mais sur la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant le bon fonctionnement du service public de l'éducation*» (CE 23 luglio 2010, *M. Jean-Pierre Lenoir, Synd. nat. des entreprises de second oeuvre du bâtiment*, no 326544 A)[11].

La condizione dell'urgenza, a seguito dell'entrata in vigore della *loi* del 28 luglio 2008, è stata assimilata alla figura del "*retard*" (da parafrasare come "imprevisto") che inficia lo svolgimento di una missione di servizio pubblico e alla necessità di far fronte ad una situazione che non era altrimenti preventivabile. Si tratta, quindi, della "*urgence procédurale*" che il *Conseil constitutionnel* e il *Conseil d'État* avevano originariamente escluso dalla riserva di costituzionalità[12].

In relazione alla "*condition de complexité*", invece, si è fatto riferimento al concetto di alternativa tecnica, nel senso che tale parametro veniva in considerazione per giustificare il fatto che il contratto di PPP fosse il più idoneo, rispetto a quelli legittimamente utilizzabili dall'Amministrazione, per soddisfare le complesse esigenze tecniche del caso di specie. Ovviamente, come chiarito dalla giurisprudenza, non era sufficiente dichiarare in modo generico e astratto la sussistenza di una condizione di complessità, ma era necessario verificare in concreto la sua sussistenza rispetto a «*circonstances particulières de nature à établir qu'il était impossible à la collectivité territoriale de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins*».

---

[11] La pronuncia prosegue affermando che «*elle pouvait tenir compte, pour apprécier l'urgence du projet à la date à laquelle le département a décidé de recourir à un contrat de partenariat, de circonstances de fait qui, bien que postérieures à cette décision, éclairaient les conséquences du retard invoqué ; il n'incombait pas à la cour administrative d'appel de vérifier la circonstance, qui serait sans incidence sur la légalité du recours au contrat de partenariat, que le retard constaté aurait été imputable au département, ni, dès lors, de répondre au moyen tiré de cette circonstance. S'il n'appartenait pas à la cour administrative d'appel, pour apprécier la justification du recours à un contrat de partenariat, de rechercher si celui-ci permettait la construction et la mise en service de l'équipement dans un délai plus bref qu'à l'issue d'autres procédures, c'est par un motif surabondant, sans incidence sur la solution, qu'elle a estimé, inutilement, que le département du Loiret établissait que le recours au contrat de partenariat permettait en l'espèce au projet d'aboutir dans un délai inférieur d'au moins une année. La circonstance que son appréciation serait sur ce point entachée d'une dénaturation des pièces du dossier serait par suite elle-même sans incidence sur le bien-fondé de son arrêt. Il ressort des pièces du dossier soumis à la cour administrative d'appel que celle-ci a pu retenir, comme d'ailleurs le tribunal administratif et sans dénaturer ces pièces, compte tenu du caractère indirect des sources produites comme des variations affectant les effectifs invoqués, que le collège d'Amilly était conçu pour 600 élèves et avait été contraint, dans l'attente de l'ouverture du collège de Villemandeur, de recevoir un nombre total de 900 élèves, fût-ce grâce à des travaux d'extension engagés à titre transitoire ; qu'elle a pu également retenir, sans dénaturer les pièces du dossier, que cette situation de sureffectif avait entraîné pendant deux ans, jusqu'à l'ouverture du collège de Villemandeur, et compte tenu de la distance séparant les deux localités, de nombreuses difficultés relatives à la gestion des locaux, à la discipline et à la sécurité des élèves, ainsi qu'aux possibilités d'accès à la cantine. En se fondant sur les circonstances ainsi relevées, la cour administrative d'appel n'a pas inexactement qualifié les faits en estimant que le recours au contrat de partenariat se trouvait justifié par l'urgence qui s'attachait à la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général et affectant le bon fonctionnement du service public de l'enseignement dans le département*».

[12] Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 529.

In termini pratici, quindi, «*pour apprécier la capacité objective de la personne publique à définir seule et à l'avance les moyens techniques permettant de répondre à ses besoins et, par suite, pour déterminer si la complexité technique du projet justifiait légalement le recours au contrat de partenariat, il n'y a pas lieu de tenir compte des études postérieures au lancement de la procédure de passation du contrat que cette personne publique serait en mesure de confier à un tiers, soit dans le cadre du contrat de partenariat qu'elle envisage de conclure, soit au titre d'un contrat distinct*». Per contro, occorre tenere a mente «*l'ensemble des études, même réalisées par des tiers, dont la personne publique dispose déjà à la date à laquelle elle décide de recourir au contrat de partenariat*» (CE 30 juill. 2014, Cne de Biarritz, no 363007 B).

Il criterio della "complessità" ha dato vita ad un ampio contenzioso sulla possibilità di ricorrere o meno al PPP. Per comprendere la questione, almeno per sommi capi, è sufficiente osservare come, nella prassi, il requisito sia stato ritenuto integrato oppure no.

In particolare, i Giudici non hanno considerato sufficiente, per integrare il requisito, né la difficoltà a programmare i tempi di realizzazione di un'opera legata alla molteplicità dei lavori e delle prestazioni necessarie per "*l'éclairage*" (servizio di illuminazione) pubblica di un comune (CAA Douai, 20 giugno 2019, n. 16DA01621), né la molteplicità e la difficoltà tecnica dei lavori per la gestione e il rinnovo del medesimo servizio (CAA Nantes, 16 marzo 2018, n. 16NT04075, *Cne de Ouistreham*[13]), né la contemporanea ideazione e realizzazione di opere su siti diversi (CAA Versailles, 22 febbraio 2018, n. 15VE00035, *min. de l'Ecologie*), nè, infine, la presenza di criteri normativi in tema di ecologia che hanno pesantemente impattato sulla realizzazione di un complesso sportivo[14]. Viceversa, sono stati ritenuti "complessi" i casi in cui si è trattato di realizzare opere rientranti nel patrimonio UNESCO[15], la costruzione

---

[13] Per un approfondimento su tale sentenza, cfr. H. HOEPFFNER, *Conditions de recours au marché de partenariat*, in *Contrats et marchés publics*, 2018, dossier, n. 5.

[14] Si tratta della pronuncia della Corte amministrativa d'appello di Lione, sentenza del gennaio 2014 "*Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne et Bouesnard*", n. 12LY02827, in un caso relativo alla realizzazione di un complesso sportivo. Nella fattispecie, la questione ruota attrono alla decisione de «*la commune de Commentry, qui compte 7 100 habitants, a décidé la création simultanée d'une piscine municipale et la mise en place d'un nouveau réseau de distribution de chaleur, devant notamment alimenter l'ouvrage à créer; elle a entendu par ailleurs faire respecter pour la piscine des critères d'éco-conditionnalité nécessaires à l'obtention de subventions ; il ressort des pièces du dossier que ces contraintes, même en tenant compte en outre de la nécessité de respecter les normes en vigueur pour ce type d'ouvrage, sont insuffisantes pour caractériser, dans les circonstances de l'espèce, une complexité telle que la commune n'ait pas été objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins, compte tenu notamment de la faculté dont elle disposait d'établir pour la piscine municipale et, en l'absence de particularité suffisante du projet, des spécifications techniques en termes de fonctionnalité ou de performance; il ne ressort pas davantage des pièces du dossier que la collectivité n'ait pas été en mesure d'établir le montage financier ou juridique du projet; dans ces conditions, le critère de complexité permettant de recourir au contrat de partenariat n'était pas satisfait en l'espèce*».

[15] CAA di Bordeaux, 15 settembre 2015, C*ne de Bordeaux*, n. 15BX01208 e 15BX01209 : «*le projet envisagé par la commune de Bordeaux consistait à réaliser un bâtiment d'une surface hors œuvre nette de 18 500 m2 destiné à accueillir plus de 800 agents municipaux ainsi que du public, tout en faisant en sorte que ce bâtiment présente un bilan énergétique positif, c'est-à-dire produise, sur le long terme, plus d'énergie qu'il n'en consomme. Les pièces du dossier font ressortir que si, en juillet 2010, le concept de « bâtiment à énergie positive » (BEPOS) existait déjà depuis plusieurs années et si, à cette date, des bâtiments ayant un tel objectif énergétique avaient été réalisés, les performances effectives de ces bâtiments étaient, soit nettement inférieures aux objectifs assignés, comme pour la tour Elithis construite à Dijon, soit indisponibles. A cet égard, il peut notamment être observé, d'une part, que l'étude effectuée par l'ADEME sur les « BEPOS » déjà réalisés, à laquelle fait allusion un article de presse produit par le SNSO, outre qu'elle date de 2011, n'a jamais été publiée, d'autre part, qu'aucune donnée n'était disponible en juillet 2010 sur les performances énergétiques du lycée Vaclav-Havel construit à Bègles et entré en service en septembre 2012. Les articles de la presse spécialisée datant notamment de 2012, produits au dossier, font apparaître que les performances énergétiques effectivement réalisées par les bâtiments déjà construits, affichés comme « BEPOS », ne sont guère meilleures que celles des bâtiments dits de basse consommation. Le dossier fait également ressortir la nécessité, pour obtenir un « BEPOS », d'une approche globale prenant en compte la conception, la construction, l'exploitation, la maintenance du bâtiment, son caractère fonctionnel et sa destination, le comportement des occupants et usagers, la fourniture d'énergie. Il ressort en définitive des pièces versées au dossier que la recherche de bâtiments présentant un bilan énergétique positif relevait encore en juillet 2010 de l'expérimentation. L'objectif énergétique recherché par la ville de Bordeaux et les moyens techniques propres à y faire face devaient, de plus, être compatibles avec les contraintes notamment architecturales liées à l'implantation du projet, le terrain d'assiette étant situé en centre-ville, à la jonction d'un quartier*

di un nuovo Palazzo di giustizia a Parigi (a causa dei numerosi inconvenienti tecnici che gli operatori si sono ritrovati a dover gestire[16]) e, infine, la realizzazione di un teatro «*eu égard à la complexité de sa réalisation et à l'importance de l'esthétique du projet, imposant des contraintes spécifiques de maintenance*» (TA Montpellier, 26 febbraio 2010, n. 0803471, *Dillenschneider*).

I due criteri della "*urgence"* e della "*complexité*" sono stati arricchiti da un ulteriore terzo elemento ad opera della già citata *loi* del 28 luglio 2008. Si tratta del "*bilan plus favorable*", ossia della necessità di considerare che il contratto di PPP sia effettivamente più conveniente rispetto alle altre ipotesi percorribili e rientranti nella *Commande publique*.

Tale elemento è stato "salvato" dal *Conseil consitutionnel* che, con pronuncia del 28 luglio 2008, n° 2008-567 DC, *Loi relative aux contrats de partenariat*, ha valutato il parametro di cui stiamo trattando conforme alla riserva costituzionale posta nella propria precedente decisione del 2003. Il *favor* dimostrato dal *Conseil* ha prodotto effetti anche nella legislazione successiva.

---

ancien et d'un quartier moderne, à l'intérieur de la zone classée au titre du patrimoine mondial de l'humanité par l'UNESCO. Il ressort en outre des pièces du dossier que si la commune de Bordeaux disposait d'une « direction du développement durable », les huit agents composant cette direction étaient à profil exclusivement administratif ; quant à la « direction des constructions publiques », en plus d'être confrontée en 2010 à un plan de charge lourd comportant notamment le projet du « nouveau stade » et du « centre culturel et touristique du vin », elle ne disposait pas, compte tenu de la complexité technique du projet de cité municipale pour les motifs indiqués ci-dessus et au regard des qualifications des agents la composant, des moyens lui permettant de faire face aux contraintes de la maîtrise d'ouvrage d'un tel projet. En définitive, la ville de Bordeaux était, lorsqu'elle a décidé de recourir au contrat de partenariat, dans l'impossibilité, eu égard à ses moyens propres, de définir avec précision le contenu des prestations permettant d'atteindre et de maintenir dans le long terme un bilan énergétique positif pour un bâtiment ayant les dimensions et la vocation de la cité municipale projetée. Ainsi, le recours au contrat de partenariat était légalement justifié sur le fondement des dispositions précitées du 1o du II de l'art. L. 1442-2 CGCT».

[16] CAA Parigi, 3 aprile 2014, *Assoc. La justice dans la cité, M. Bourayne*, nn. 13PA02766, 13PA02769, 13PA02770 : «*il ressort des pièces du dossier, en particulier de l'évaluation préalable réalisée par l'Établissement public du Palais de Justice de Paris (EPPJP) en application des dispositions du I de l'art. 2 de l'Ord. du 17 juin 2004, que la dispersion géographique des services du Tribunal de grande instance de Paris sur neuf sites différents, ainsi que la configuration et la vétusté du Palais de Justice de l'Île de la Cité, ne permettent pas un fonctionnement normal de cette juridiction, s'agissant tant des conditions matérielles dans lesquelles les magistrats, les agents du greffe et les avocats sont amenés à y exercer leurs fonctions que des exigences d'accessibilité, de sûreté et de sécurité des personnes et des biens requises dans les locaux qui lui sont affectés ; dès lors, le recours au contrat de partenariat pour la conception et la construction du nouveau palais de justice se trouve justifié par l'urgence qui s'attache à la nécessité de mettre fin à une situation particulièrement grave et préjudiciable à l'intérêt général affectant le bon fonctionnement du service public de la justice à Paris, sans que soient de nature à infirmer cette appréciation, d'une part, l'existence de travaux effectués ces dernières années en vue d'atténuer les difficultés ainsi constatées, ni, d'autre part, la circonstance que d'autres solutions que celle retenue auraient été envisageables pour tenter d'y remédier. En outre, il ressort des pièces du dossier que les dimensions exceptionnelles de l'ouvrage à réaliser, qui aura une surface de plus de 60 000 m2 et abritera 90 salles d'audience, le nombre et la nature des juridictions qui y seront hébergées, impliquant notamment la présence du pôle antiterroriste et la tenue de procès à forte résonance médiatique, et l'importante fréquentation du bâtiment, évaluée à près de 9 000 personnes par jour, incluant à la fois des magistrats, personnels de greffe, auxiliaires de justice et fonctionnaires de police, mais aussi de nombreux détenus, des journalistes et un large public, confèrent au projet envisagé une particulière complexité ; celle-ci est encore accrue par les contraintes techniques et fonctionnelles induites par le choix, retenu par les pouvoirs publics, de la construction à Paris, dans une zone en cours d'aménagement sur d'anciennes emprises ferroviaires non viabilisées, d'un immeuble de très grande hauteur, dont il a notamment été décidé, de surcroît, qu'il devrait être exemplaire en matière de performance énergétique et de développement durable ; du fait de ces différentes caractéristiques, la réalisation de ce projet pose, en matière de sécurité et de sûreté, de performance acoustique et thermique, d'insertion de l'édifice dans son environnement, de maintenance et d'entretien des équipements, ainsi que de maîtrise des risques liés à un chantier d'une aussi grande ampleur, des difficultés telles que l'EPPJP a pu, sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur d'appréciation, estimer qu'il était nécessaire de recourir à un contrat global pour assurer la parfaite cohérence des solutions architecturales et techniques proposées par la maîtrise d'oeuvre, les entreprises de construction et les entreprises d'exploitation et de maintenance ; l'EPPJP soutient, sans être contredit, que certaines des réponses à ces difficultés, en ce qui concerne la sécurité incendie, l'évacuation des eaux, ainsi que le choix des matériaux de façade et des matériaux permettant l'isolation acoustique de la salle des pas perdus et de certaines salles d'audience, n'ont pu être apportées qu'après discussions, au cours de la procédure, entre les services de l'État, l'architecte et les entreprises chargées de la construction et de la maintenance de l'immeuble ; il est ainsi établi que l'EPPJP était dans l'impossibilité de définir seul et à l'avance, y compris en recourant aux moyens mis à sa disposition par l'Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ), qui n'a jamais conduit une opération d'une telle ampleur, les moyens techniques permettant la réalisation du projet envisagé*».

Infatti, l'*ordonnance* del 23 luglio 2015, n° 2015-899 ha abrogato urgenza e complessità quali parametri da tenere in considerazione per legittimare il ricorso al PPP e ha mantenuto solamente il "*bilan plus favorable*" quale criterio valutativo fondante preliminarmente l'operazione di PPP. Anche il *Code* del 2018 ha virato verso la medesima decisione.

L'Articolo L. 2211-6 prevede espressamente che la procedura di aggiudicazione di un *marché de partenariat* non può essere avviata «*si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet*». La norma, peraltro, specifica anche che il criterio della dilazione di pagamento non può costituire di per sé un vantaggio e che, in ogni caso, le modalità di formazione del "*bilan*" sono stabilite con decreto del *Conseil d'État*.

In linea generale, pare corretto dire che la "valutazione" che l'Amministrazione deve svolgere prima di avviare una operazione di PPP ha carattere comparativo e il termine di confronto consiste nelle altre modalità di realizzazione del progetto. Il tratto caratterizzante la valutazione, pertanto, deve essere quello della "*exhaustivité*", nel senso che, per poter considerare adempiuto il compito imposto dal *Code*, è necessario che l'Amministrazione proceda al vaglio di tutte le soluzioni possibili e non certo solo ad un numero arbitrariamente ristretto delle medesime[17].

L'oggetto e il contenuto del "*bilan*" sono stabiliti dal legislatore stesso all'Art. L. 2211-6, il quale, in modo prescrittivo e non meramente indicativo o descrittivo, per dare concretezza all'obbligo di valutazione, elenca gli elementi che devono essere presi in considerazione ai fini della comparazione, individuandoli nelle caratteristiche dell'operazione, nelle esigenze di servizio pubblico o della missione di interesse generale, nonché nelle insufficienze e nelle difficoltà riscontrate nel ricorrere ad una soluzione alternativa al PPP. In sintesi, la P.a. deve procedere ad una valutazione "in concreto" circa la complessità dell'operazione nella sua globalità.

Gli aspetti più rilevanti, ovviamente, sono quelli finanziari e, non a caso, la norma si preoccupa di specificare che «*le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage*», rendendo ben evidente quanto il legislatore francese abbia voluto rendere la dimostrazione di "meritevolezza" più ardua possibile. Tale affermazione si comprende solo considerando che, nel meccanismo di Partenariato Pubblico-Privato concepito dal *Code de la commande publique*, l'ammontare di contributo pubblico erogato nei confronti del privato è rilevante e, di conseguenza, esso impatta in modo evidente sulla valutazione complessiva dell'intero progetto.

Tutto ciò porta a pensare, quindi, che l'Amministrazione sia forzata – quando è realmente intenzionata a ricorrere al PPP - ad effettuare una "*appréciation globale*" dell'intero ciclo contrattuale, prendendo in considerazione non solo il costo complessivo del progetto ma anche altri elementi di carattere operativo. Per essere precisi, l'*acheteur* dovrà dare un peso assai rilevante anche ad aspetti non prettamente economici, ascrivibili alla categoria degli "*advantages*", quali, sopra tutti, il trasferimento in capo al privato del compito di gestire l'operazione, nonché, al pari di quanto accade nell'ordinamento italiano, il trasferimento del rischio operativo.

[17] Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 531.

Letta in questi termini, la valutazione sul "*bilan plus favorable*" appare nettamente distinta rispetto alla "*évaluation préalable*" riguardante il "*mode de réalisation du projet*" richiesto dall'Art. L 2212-1 del *Code*. Come è stato efficacemente messo in luce, infatti, la prima è una "*condition de fondé*", ossia un elemento assolutamente indispensabile e preliminare all'intera operazione di Partenariato Pubblico-Privato, mentre la seconda è una "*exigence d'ordre procédural*"[18].

Tale distinzione ha inevitabili riflessi sulla legittimità del contratto. Infatti, in via pretoria è stato chiarito che la carenza di una valutazione circa il *bilan* inficia «*le bien-fondé du contrat*» e ciò significa che essa costituisce causa di «*irrégularité d'une particulière gravité,* [*non*] *régularisable* [*et*] *de nature à entraîner la résolution du contrat*» (CAA Lione, 2 gennaio 2014, n° 12LY02827, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne et Bousernard*)[19].

La soluzione cui è giunta la giurisprudenza, d'altronde, appare in linea con la natura e la funzione della valutazione del "*bilan plus favorable*". Tale parametro, infatti, deve essere correttamente inteso come «*une condition d'instruction préalable du projet qui permet de savoir si ce critère est rempli: une évaluation préalable soumise à un examen approfondi du juge de l'excès de pouvoir*»[20].

Dato il carattere preliminare e programmatorio della valutazione rispetto all'intero ciclo partenariale, l'atto attraverso il quale la stessa viene espressa non ha un valore propedeutico ("*préparatoire*") al contratto in sé, né quello di un atto ad esso «*détachable*», ma possiede la natura di un vero e proprio «*acte autonome susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dès lors qu'il appartient à la personne publique de démontrer à ce stade que les conditions de recours au marché de partenariat sont réunies et que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable que celui des autres montages contractuels possibles*»[21] (TA Marsiglia, 12 febbraio 2019, n. 1709963 e 17110044). Detto in altri termini, il documento contenente il "*bilan*" rientra tra «*les actes portant approbation du contat, passible d'un reocurs en excès de pouvoir*»[22] (CE, 23 dicembre 2016, n° 392815, *Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon*).

In linea con questo assunto, al Giudice spetta «*un contrôle normal sur les conditions de recours aux marchés de partenariat*» (CE, 29 ottobre 2004, n. 269814, *Sueur*). Ciò significa, in definitiva, che l'Art. L. 2211-6 del *Code* impone lo svolgimento di una «*évaluation décrivant, notamment, les principaux risques inhérents au projet, une valorisation financière de ces risques et un bilan des coûts et avantages des différents modes de réalisation possibles de l'opération en fonction, entre autres critères, des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire*» (CAA Marsiglia, 27 dicembre 2019, n.

---

18 Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 531.

19 Per la ammissibilità della "*régularisation*", si veda Conseil d'État, 15 luglio 2017, n° 401940, *Cne de Teste-de-Buch*.

20 Così M.-C. VINCENT-LEGOUX, *La délibération approuvant le principe du recours à un marché de partenariat soumise à un contrôle rigoureux du juge de l'excès de pouvoir*, in *JCP*, 2019, dossier n. 42.

21 Cfr. M. UBAUD-BERGERON, *Conditions étroites de recours au marché de partenariat*, in *Contrats et marchés publics*, 2019, dossier n. 4, dove l'A. evidenzia che «*cette solution semble justifiée compte tenu du fait que l'article 77 de l'ordonnance n° 2015-899 relative aux marchés publics du 23 juillet 2015 (aujourd'hui, CCP, art. L. 2221-2) dispose de la nécessité d'une telle délibération pour les collectivités territoriales, lui donnant ainsi un fondement légal et une existence autonome de la délibération ultérieure autorisant la conclusion du contrat*».

22 Per una sintetica analisi sul punto, cfr. L. ERSTEIN, *Le principe – attaquable – du recours au marché de partenariat*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 13 gennaio 2020, dossier n. 2, la quale, commentando CAA Marsiglia, 27 dicembre 2019, n. 19MA01714, *Ville de Marseille*, evidenzia che «*il avait, en outre, déjà été admis que la légalité du recours à un marché de partenariat pouvait être discutée à l'occasion d'un recours contre l'acte autorisant la signature du contrat (CE, 30 juill. 2014, n° 363007, Cne Biarritz* […]. *La Cour identifie les particularités du marché de partenariat, qui justifient le recours direct en excès de pouvoir. Il s'agit de l'expression d'un choix de modalités particulières d'acquisition et d'exploitation de biens nécessaires au service public ou à une activité d'intérêt général, le cas échéant, du choix corrélatif de modalités de gestion de ce service et, enfin, des options de financement et d'intégration des équipements dans le patrimoine public. L'accès au juge du contribuable local repose sur le caractère dérogatoire des contrats de partenariat, qui implique notamment que l'acheteur public renonce à son rôle de maître de l'ouvrage. S'y ajoute l'engagement à long terme des finances publiques avec paiement différé, pour des opérations nécessairement importantes*».

19MA01714, *Ville Marseille*) e in sede giudiziaria deve essere operato un controllo «*très concret et très précis sur la réalité du bilan plus favorable dont fait état l'évaluation présentée par la collectivité territoriale. Le juge n'est, en effet, lié ni par les conclusions de cette évaluation, ni par l'avis de l'organisme expert*»[23].

Alla luce di quanto sino a qui considerato, è ragionevole concludere nel senso che, nell'ordinamento francese, il ricorso al *partenariat public privé* risulta fortemente osteggiato. Il carattere "eccezionale" e "derogatorio" che ancora ne connota la figura contrattuale rispetto agli altri strumenti approntati dalla *Commande publique* inducono a maneggiare tale mezzo con sospetto e, di conseguenza, a ripiegare su altre forme contrattuali.

Le norme poc'anzi analizzate, infatti, a ben vedere, sono ontologicamente limitanti la libertà di azione dell'Amministrazione in quanto, alla base di esse, vi è la malcelata ritrosia del legislatore a rendere l'istituto del PPP di uso generalizzato. In sintesi, già dalla fase istruttoria del *marché de partenariat*, emerge in modo evidente un atteggiamento ostativo al ricorso a tale tipologia di contratto.

La differenza rispetto a quanto accade nell'ordinamento italiano, quindi, è evidente.

2. (*segue*) La *instruction du projet*.

La tendenza, da parte del legislatore francese, a considerare il Partenariato Pubblico-Privato uno strumento cui fare ricorso a seguito di una profonda ponderazione e, soprattutto, in modo del tutto funzionalizzato alla tutela delle finanze pubbliche emerge con evidenza dalle disposizioni dedicate alla fase di "*instruction du projet*". Si tratta di norme che, al pari di quelle dedicate alle "*conditions de recours*" attengono alla fase di "*préparation*" del *marché de partenariat*, ossia alla fase istruttoria, e la cui funzione è dare evidenza della concreta ed effettiva convenienza, giuridica ed economica, della decisione presa dall'Amministrazione.

La peculiarità di cui si è appena dato conto la si riscontra, innanzitutto, dall'analisi della sistematica con la quale il *Code de la commande publique* ha disciplinato l'istruttoria che deve essere compiuta dall'Amministrazione. Osservando la disposizione e il contenuto delle norme, infatti, ci si accorge che per poter usufruire di una cooperazione di tipo partenariale, occorre che l'Amministrazione effettui, preliminarmente, una duplice valutazione, la prima avente ad oggetto la "convenienza" del contratto di PPP e la seconda, invece, l'aspetto economico-finanziario dell'operazione.

In relazione al primo aspetto, l'Art. 2212-1 del *Code* impone la regola generale per cui «*avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur procède à une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet*». In altri termini, la P.a. deve svolgere una ricognizione di carattere comparativo, ossia tra PPP e ogni altra forma di "rimedio" esperibile, mirando ad ottenere come risultato finale «*une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet*».

L'analisi di cui stiamo parlando si configura come una vera e propria "*condition préalable*", ossia una condizione preliminare di legittimità e non di opportunità[24] rispetto alla possibilità

[23] Cfr. G. ECKERT, *Partenariat public-public - Contrôle (très concret) des conditions de recours au marché de partenariat*, in *Contrats et marchés publics*, 2020, dossier n. 3, il quale constata che «*nul doute que ce contrôle, très concret, de la démonstration du bilan plus favorable ne favorise guère le recours aux marchés de partenariat que la pratique semble dorénavant vouer aux gémonies, après avoir porté aux nues les contrats de partenariat*».

[24] Cfr. Il documento redatto dalla *Inspection Générales des Finances* del dicembre 2012, recante "*Évaluation des Partenariats Public-Privé (PPP)*", p. 246, dove si specifica che «*l'évaluation préalable n'a pas vocation à justifier ou à questionner l'opportunité de la décision d'investissement de la personne publique. Elle doit cependant éclairer la mise en oeuvre de*

di ricorrere allo strumento partenariale. Il rigore imposto dal legislatore risponde ad una esigenza ben precisa, ossia porre rimedio alle criticità emerse in passato.

Infatti, la *Cour des comptes* aveva messo in luce la problematica per cui «*le contrat de partenariat est souvent préféré aux formules classiques de la commande publique à partir d'une évaluation préalable orientée qui repose souvent sur une analyse comparative biaisée, tant en ce qui concerne l'analyse des risques et de la performance que des conditions financières. Cet a priori favorable influe sur les modalités d'attribution des contrats*»[25]. Ciò significa, in altri termini, che i Giudici contabili hanno, all'epoca, posto al centro del dibattito sul PPP, tra i vari argomenti, anche quello della "*insuffisance d'analyse et de mise en concurrence qui favorise le choix et l'attribution du contrat de partenariat*".

Il problema ruotava attorno al fatto che, nella sua fisiologia, la valutazione preliminare avrebbe dovuto rendere evidenti le ragioni di carattere economico, finanziario, giuridico e amministrativo che avrebbero potuto consentire all'Amministrazione di giustificare "*l'avantage comparative*" del ricorso al Partenariato Pubblico-Privato a condizioni migliori rispetto ad un'altra soluzione contrattuale. Tutto questo, peraltro, tenendo conto che "*la valorisation de la répartition des risques joue un rôle essentiel*".

La soluzione perseguita dal legislatore per porre rimedio alla situazione è stata quella di rendere particolarmente precisa e penetrante la valutazione che l'Amministrazione deve svolgere prima di avviare un'operazione di PPP[26].

Infatti, la norma citata – non a caso – prevede che oggetto dell'analisi debba essere, innanzitutto, il "*mode de réalisation du projet*" e non, come accadeva nella vigenza della *ordonnance* del 17 giugno 2004, una valutazione di più ampio respiro avente ad oggetto, semplicemente, le "*différentes options*". La portata particolarmente stringente della disposizione, dettagliata per via regolamentare (cfr. Artt. R. 2212-1 – R. 2212-6 del *Code*), può essere colta anche attraverso una semplice comparazione con il vigente art. 175 del Codice dei contratti pubblici italiano, il quale, pur richiedendo anch'esso che la P.a. svolga una "valutazione preliminare", limita il raggio d'azione del soggetto Pubblico alla comprensione di quale contratto – tra PPP e appalto – sia più conveniente, senza imporre di prendere in considerazioni tutte le possibili soluzioni offerte nell'ambito della contrattualistica pubblica.

L'elemento centrale dell'analisi, in ogni caso, è quello che ricade sui "rischi" principali del progetto, ossia «*les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire*» e questa è la ragione per cui il documento di valutazione deve focalizzarsi sulla «*valorisation financière de ces risques*» (cfr. Art. R. 2212-4 *Code*). Al pari di quanto accade nell'ordinamento italiano, quindi, anche in Francia la ripartizione dei rischi nell'ambito di una operazione di Partenariato Pubblico-Privato gioca un ruolo essenziale in termini di stabilità e di legittimità della operazione medesima.

Tale circostanza rappresenta la ragione fondante il fatto che la disciplina del *Code de la commande publique* dedicata alla fase istruttoria del contratto di PPP lasci uno spazio particolarmente angusto – se non addirittura inesistente - alla discrezionalità dell'Amministrazione. Le norme di cui stiamo trattando, infatti, nascono in un periodo storico in cui si riteneva che la P.a. fosse dotata di una "*faible culture*" circa la gestione del

la décision d'investissement de la personne publique et justifier le recours au CP, dispositif dérogatoire au droit commun de la commande publique».

[25] Cfr. Rapporto della *Cour des comptes* del 2015, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales: des risques à maîtriser*, p. 158.

[26] Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 532, il quale rileva come "*l'evaluation préalable*" sia tipica del contratto di PPP e non sia stata estesa, invece, a tutti i contratti pubblici.

rischio[27], che si traduceva in una gestione «*inexistante ou simpliste*»[28] del rischio medesimo, e che, pertanto, fosse necessario irrigidire il sistema di valutazione a riguardo[29].

In linea con tale impostazione, deve essere letta anche la disposizione successiva, ossia l'Art. L. 2212-2, la quale è volta, per l'appunto, a rendere la valutazione preliminare svolta dall'Amministrazione quanto più consapevole e, soprattutto, precisa possibile. La norma, infatti, pone un vincolo di carattere tecnicistico, prevedendo che «*l'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire*».

Per comprendere la volontà del legislatore sottesa a tale precetto è sufficiente considerare che, ai tempi della citata *ordonnance* n. 2004-559 del 17 giugno 2004, solo lo Stato era tenuto a ricorrere ad ottenere un "*avis*" (un "parere") da parte di un organismo tecnico competente, mentre tale adempimento era facoltativo per le *collectivités territoriales*. In buona sostanza, fino al 2015, il meccanismo di affiancamento da parte di un organismo tecnico era del tutto analogo a quello che, ad oggi, vige in Italia a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 36 del 2023, a mente del quale lo Stato (o, comunque, per le opere statali) è richiesto di ottenere un parere preventivo dal CIPESS o dal DIPE (*supra*, Parte I, §1).

Nel sistema francese, dopo l'entrata in vigore de l'*ordonnance* n. 2015-899, l'obbligo di ottenere un parere preventivo è stato esteso a tutti gli "*acheteurs*", i quali, pertanto, sono tenuti a farsi rilasciare un "*avis positif*" prima di procedere con l'avvio di un'operazione di Partenariato Pubblico-Privato. Ai sensi dell'art. R.2212-7, l'ottenimento di un parere "positivo" si fonda, sostanzialmente, su un meccanismo di "silenzio-assenso", dal momento che la norma prevede espressamente che «*l'organisme expert, placé auprès du ministre chargé de l'économie, rend un avis sur l'évaluation du mode de réalisation du projet dans un délai de six semaines suivant sa saisine*» e che, decorse sei settimane, il parere «*est réputé favorable*».

---

[27] Cfr. F. Lichère, *Contrats de partenariat: pour qui sonne le glas?*, AJDA, 2015, pp. 417 ss., il quale sottolinea tale aspetto affermando che «*qu'une telle incapacité soit constatée non seulement dans le chef de petites collectivités locales, mais également au sein de l'Etat, il y a de quoi s'en inquiéter. Il est alors plus facile de s'en prendre à une technique contractuelle plutôt que d'essayer d'en anticiper les effets potentiellement pervers*».

[28] Cfr. *Mission d'appui à les réalisation des contrats de partenariat*, *Les contrats de partenariat: guide méthodologique*, 06-08d, versione del 25 marzo 2011, dove si analizza la "*faible culture*" dell'Amministrazione in materia di gestione del rischio e si evidenzia che la stessa «*se fondant sur l'idée que le secteur public étant réputé être son propre assureur il ne se couvre pas contre les risques et qu'il les supporte entièrement lorsqu'ils se réalisent. Dans la sphère publique, la tendance consiste donc encore à raisonner en avenir certain ou déterministe et non pas en avenir incertain ou probabiliste, alors que les dérives maintes fois constatées sont autant de plaidoyers pour intégrer le risque dans les choix publics. Mais il est vrai que l'approche juridique du risque reste encore prééminente et que l'approche économique de la commande publique peine à entrer dans les esprits, de sorte que les deux principaux outils de la commande publique que sont les marchés publics et la concession se caractérisent respectivement par: - dans le premier cas, une conservation quasi intégrale du risque par la personne publique, y compris le risque de construction compte tenu de la difficulté d'imputer les responsabilités entre les titulaires des différents lots techniques reliés par de multiples interfaces; - dans le second cas, le transfert de risques par le concessionnaire sur le concédant à travers des clauses de paysage et d'équilibre, ou la prise en charge de risques par le concessionnaire au prix d'une facturation élevée alors que la concession est supposée être aux risques et périls du concessionnaire*».

[29] Cfr. Banque de Territoires, *Guide méthodologique pour accompagner la mise en oeuvre d'un marché de partenariat*, che evidenzia che «*il est indispensable d'appliquer avec la même rigueur l'analyse de risque à l'ensemble des modes de réalisation du projet afin de « comparer des choses comparables » in fine. En effet, il est souvent pris pour hypothèse, sur la base des pratiques récentes de marché, un coût de financement plus élevé pour le marché de partenariat, et a fortiori pour la concession ou la concession que le coût de financement par emprunt de la collectivité qui trouve à s'appliquer pour la MOP ou la réalisation en régie. Ce surcoût de financement est le corollaire naturel du transfert sur longue durée au titulaire du marché de partenariat ou au concessionnaire/délégataire de risques contractuels (notamment d'interface entre fournisseurs), financiers, techniques, opérationnels, etc. qui sont à la charge de la collectivité en cas de réalisations MOP ou en régie. L'EPMR ne peut donc aboutir à une conclusion en faveur du marché de partenariat que si ces risques, assumés par le titulaire du marché, sont correctement appréhendés dans l'évaluation de la réalisation en MOP ou en régie, notamment en termes d'impact potentiel sur les coûts, les délais ou la performance de l'infrastructure/l'équipement dans la durée*».

L'*avis* dell'organismo tecnico è considerato "*simple*", ossia non vincolante, e ciò significa che un eventuale analisi negativa da parte degli esperti non inficia la validità dell'operazione di PPP. Tuttavia, come è evidente, un eventuale "*avis négatif*" renderebbe particolarmente difficile dimostrare che, nel caso specifico, il ricorso alla cooperazione partenariale presenti un rapporto costi-benefici più favorevole rispetto all'utilizzo di un contratto di appalto o di un altro mezzo concesso dalla *commande publique*[30].

Attualmente, l'«*organisme expert*» operante in Francia è la *Mission d'appui au financement des infrastructures* (c.d. "*FIN INFRA*") che ricopre il doppio ruolo di promotore dello strumento del *marché de partenariat* e, allo stesso tempo, di soggetto preposto al rilascio del "*avis*" richiesto dalla legge (con inevitabili problemi di conflitto di interesse). Si tratta di un ente che svolge servizi di rilievo nazionale, sotto la direzione del "*directeur général du Trésor*" e che, pertanto, come tale, non può essere qualificato come una "*autorité administrative indépendante*"[31].

Passando alla trattazione del secondo aspetto della *instruction du projet* – ossia quello economico-finanziario –, si può osservare come il *Code* richieda una analisi ulteriore, ossia un *étude de soutenabilité budgétaire*. L'Articolo L. 2212-3, a tal proposito, impone che «*avant de décider de recourir à un marché de partenariat, l'acheteur réalise une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits*».

L'imposizione è coerente con il carattere "ciclico" e, soprattutto, di lunga durata del contratto di PPP il quale, infatti, alla luce di tali caratteristiche, potrebbe comportare delle spese rilevanti a carico della contabilità pubblica[32]. Il rischio, in particolare, è che la componente di "prezzo" versata all'operatore economico privato possa, in realtà, mascherare un "*endettement*" (indebitamento) a carico de *l'acheteur*[33].

Nell'ordinamento francese, infatti, come già evidenziato, il *marché de partenariat* rappresenta un contratto globale, la cui caratteristica principale è quella di "traslare" in capo al *partner* privato la titolarità della gestione dell'opera (*maîtrise d'ouvrage*), inclusi gli aspetti finanziari. Questa è la ragione per cui «*le recours à un tel contrat n'est par ailleurs autorisé que pour les opérations excédant un certain montant et à l'issue d'une évaluation préalable et d'une étude de soutenabilité budgétaire permettant, notamment, d'évaluer l'incidence de sa conclusion sur la situation financière de la personne publique concernée ainsi que les avantages présentés par rapport à d'autres modes de réalisation de l'opération*» (CAA Marseille, 27 dicembre 2019, n° 19MA01714).

In sintesi, il *Code de la commande publique* si preoccupa di mettere al centro della fase istruttoria, oltre alla questione della "convenienza" in termini di rapporto costi-benefici, anche la chiarezza e la trasparenza circa le spese sostenute dall'Amministrazione e derivanti dalla stipula di un contratto di Partenariato Pubblico-Privato, imponendo lo svolgimento di una analisi di carattere quantitativo il più accurata e dettagliata possibile nel descrivere l'impatto dell'intera operazione sui bilanci pubblici[34]. Anche la *Cour des comptes* ha confermato, in passato, che «*des évaluations préalables orientées* [dissimulent] *un risqué financier lié à une absence*

[30] Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 532.
[31] Cfr. G. ECKERT, *op. ult.* cit., p. 532.
[32] Cfr. A. MÉNÉMÉNIS, *Code de la commande publique. Annoté & commenté*, Dalloz, 2024.
[33] Cfr. G. ECKERT, *op. ult.* cit., p. 533.
[34] Cfr. B. KOEBEL, *Passation - Marchés de partenariat: assouplissement et encadrement*, in *Contrats et marchés publics*, 2019, dossier n. 2, che, con un certo scetticismo, si chiede se «*ces mesures seront-elles suffisantes pour convaincre les acheteurs d'y recourir davantage lorsqu'ils sont en droit de le faire, c'est-à-dire au-delà des seuils prévus par l'article 151 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et, à compter du 1er avril 2019, par l'article R. 2211-1 du Code de la commande publique*?».

de soutenabilité budgétaire des contrats, une faiblesse globale de l'accompagnement par la puissance publique et la difficulté d'établir la réalité sur les coûts».

Ne consegue, allora, che «*il convient donc de ne pas faire de cet outil dérogatoire un instrument financier détourné de ses objectifs initiaux, qui permettrait notamment aux collectivités de s'affranchir à court terme des contraintes budgétaires et comptables et de différer dans le temps le coût et la charge de certains investissements*» (*Cour des comptes*, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales: des risques à maîtriser*, 2015)[35]. Il *Code*, peraltro, sembra aver recepito pienamente tale monito.

Secondo quanto previsto dall'Art. R. 2212-9, infatti, l'*étude de soutenabilité budgétaire* deve avere un carattere "onnicomprensivo" e, di conseguenza, prendere in considerazione «*tous les aspects financiers du projet de marché de partenariat*». Si tratta, nello specifico, di dovere calcolare «*le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle*», la «*indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière*», «*l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan*» e, infine, di svolgere «*une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat*».

Peraltro, per arginare il più possibile il rischio di derive, l'Art. L. 2212-4 del Code prevede che anche l'*étude budgetaire* debba essere accompagnato da un "*avis*" rilasciato, secondo quanto previsto dalla norma, da un «*service de l'État compétent*». Si tratta del "*ministre chargé du Budget*" che, come disciplinato anche per il "*mode de realisation*", è tenuto a rendere il parere entro sei settimane dalla richiesta, pena l'assenso tacito al progetto di partenariato (Art. R. 2212-10 del *Code*).

Alla luce delle indicazioni fornite dalle disposizioni del *Code*, appare evidente che lo scopo del legislatore sia quello di tutelare quanto più possibile le finanze pubbliche, anche a scapito del ricorso generalizzato dello strumento di Partenariato Pubblico-Privato. D'altronde, tale impostazione risulta coerente con la nozione di "*protection des intérêts financiers des personnes publiques*", la quale, a sua volta, è strettamente legata ad altri concetti fondanti l'azione amministrativa, quali il «*bon emploi des deniers publics*» e la «*bonne administration*»[36].

Tutto ciò evidenzia, ancora una volta, una profonda differenza rispetto al sistema concepito dal legislatore italiano nel nuovo Codice dei contratti pubblici, dove, pur essendo centrale la salvaguardia delle finanze pubbliche, è altrettanto centrale l'incentivo al ricorso al contratto di PPP. Non a caso, infatti, il d.lgs. n. 36 del 2023 perimetra e limita il ricorso ai pareri di organismi considerati tecnicamente affidabili alle sole opere di rilievo statale e, in ogni caso, il cui valore ammonta a cifre davvero considerevoli (oltre i 50 milioni e i 250 milioni, a seconda dell'opera).

---

[35] Per un approfondimento, si rinvia a E. BENAZETH, *Cour des comptes - Poltiques publiques - Rapport public annuel*, cru 2015, *JA*, n. 515, pp.10 ss.; M.-C. DE MONTECLER, *La Cour des comptes sceptique sur les contrats de partenariat*, *AJDA*, 2015, pp. 244 ss., la quale evidenzia come dal Rapporto della *Cour des comptes* emerge che «*la décision du recours au CP prise, le rapport constate une méconnaissance fréquente des règles de la concurrence dans la procédure d'attribution, notamment dus à l'assistance à la maîtrise d'ouvrage. La négociation des contrats est souvent insuffisamment maîtrisée par les collectivités, qui omettent certaines clauses obligatoires ou acceptent des stipulations déséquilibrées en leur défaveur, et notamment leur faisant supporter l'essentiel des risques*». Anche per quanto riguarda il «*risque sur les finances locales*» emerge il dato per cui «*si, en théorie, les CP doivent être comptabilisés dans les engagements des collectivités, les règles en la matière sont mal respectées*».

[36] Cfr. L. LEVOYER, *La protection des intérêts financiers des personnes publiques*, *RFDA*, 2024, pp. 571 ss., secondo cui «*cette protection peut être interprétée comme un élément constitutif de la bonne administration, laquelle constitue un objectif d'action pour les pouvoirs publics davantage qu'un droit subjectif des administrés*».

In conclusione, quindi, è ragionevole ritenere che la flessibilità lasciata all'Amministrazione dal legislatore francese sia davvero ridotta e che lo Stato sia molto più responsabilizzato di quanto, invece, non lo sia l'operatore economico privato.

3. (*segue*) *Le contenu du marchè de partenariat*.

Per quanto riguarda il contratto di *partenariat public privé*, inteso come il documento vero e proprio nel quale Pubblico e privato fissano le condizioni di svolgimento della propria cooperazione, al fine di analizzarne e comprenderne appieno il "*contenu*" che il *Code de la commande publique* disciplina per via legislativa, è opportuno tenere a mente il carattere intrinseco che contraddistingue tale tipologia di accordo. Come emergerà dalle osservazioni che seguono, infatti, il *fil rouge* attraverso cui trova sistematizzazione e caratterizzazione tutta la regolamentazione dedicata al PPP in Francia si riflette negli elementi che devono essere presenti nella relativa regolamentazione pattizia[37].

L'assunto di partenza è che il *marché de partenariat* è concepito come contratto di lunga durata, il cui fine precipuo è quello di conferire all'operatore economico privato diversi compiti attinenti all'intera opera da realizzare, ossia progettazione, finanziamento, esecuzione, manutenzione e gestione dei servizi ad essa collegati. Il PPP, quindi, è una operazione di carattere "globale", circostanza che rende condivisibile l'osservazione secondo cui l'oggetto[38] delle pattuizioni tra le parti «*n'est donc pas intrinsèquement différent de celui des marchés, mais il l'est par son caractère global et par le mode de rémunération du titulaire*»[39].

Di conseguenza, vi sono delle costanti attorno alle quali è possibile delineare, in concreto, la disciplina dell'operazione partenariale. Detto in altri termini, «*le contenu du contrat dépendent premier lieu de sa nature*»[40] ed è solo tenendo a mente tale presupposto che si è in grado di cogliere appieno la portata delle norme che disciplinano tale aspetto (ossia, appunto, il contenuto del contratto).

In primo luogo, l'Art. L. 2213-1 del *Code* prevede espressamente che il *marché de partenariat* deve comprendere «*les missions principales obligatoires mentionnées au premier alinéa de L. 1112-1 et, le cas échéant, tout ou partie des missions complémentaires mentionnées du 1° au 3° du même article*». La distinzione tra "*missions obligatoires*" e "*missions complémentaires*" (sulle quali si rinvia *supra*, Cap.

---

[37] Per una analisi più approfondita, cfr. E. MULLER, *La fin des alternatives au marché de partenariat*, in *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, pp. 243 ss., in "*Actes du colloque organisé per l'Institut du Droit de l'Espace, des Territoires, de la Culture et de la Communication*" del 25 et 26 settembre 2014, Università di Tolosa.

[38] Cfr. Y. GAUDEMET, *Le partenariat public privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général*, *Recueil Dalloz*, 2007, pp. 3084 ss., secondo cui «*le contrat de partenariat est défini par son objet, comme il en est généralement de tous les contrats spéciaux; mais on peut s'étonner que cet objet ne soit en rien nouveau: concevoir un ouvrage, le réaliser, le financer, le gérer ainsi que certaines activités qu'il accueille, cela n'est pas une nouveauté. Les personnes publiques, comme tout un chacun, peuvent déjà - et ont toujours pu -, moyennant le versement d'un prix, passer des marchés de travaux, de services ou de fournitures. On comprend alors que la nouveauté est dans le caractère global de ces nouveaux contrats: ils ont vocation à accueillir à la fois des prestations de travaux et de services, mises à la charge d'un unique cocontractant, lui-même uni à l'administration par un même et unique contrat et à qui celle-ci verse le prix convenu*».

[39] Cfr. Y. GAUDEMET, *Les contrats globaux et les marches de partenariat*, in *Droit Administratif*, *LGDJ*, Paris, 2024, p. 375, dove l'A. aggiunge, anche, che «*or cet objet global suppose que soient aménagées spécialement au moins deux dispositions de la réglementation Générale des marches: l'interdiction du paiement différé, puisque, dans un contrat global, le cocontractant préfinance le contrat et est rémunéré par annuités constantes tout au long de celui-ci; les règles d'allotissement qui obligent le cocontractant à diviser son offre en plusieurs lots même si tous sont attribués au même cocontractant*».

[40] Cfr. A. BRÉVILLE, *Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes*, in *AJDA*, 2004, pp. 1754 ss., la quale evidenzia che, a differenza delle altre formule contrattuali che hanno preceduto il PPP, il *contrat de partenariat* implica un «*régime juridique précis*».

I, §6), per quanto richiamata in modo laconico[41], rileva in quanto, fin da subito, pone al centro della disciplina un concetto ben preciso, comune anche al Partenariato Pubblico-Privato vigente nel sistema nostrano, ossia che il "rischio operativo" deve essere allocato sulla parte che più è in grado di gestirlo.

Non a caso, il secondo comma del medesimo Art. L. 2213-1 precisa che l'accordo di PPP deve stabilire «*également les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire*». Il richiamo compiuto dalla disposizione al trasferimento del rischio fa trasparire con evidenza il fatto che, come detto, nelle intenzioni del legislatore, il *marché de partenariat* è una operazione globale che poggia, da un lato, sul trasferimento della "*maîtrise d'ouvrage*" in capo al privato titolare del contratto e, dall'altro, sulle modalità di remunerazione di quest'ultimo[42].

Sul punto, anche in giurisprudenza si è riconosciuto che il *marché de partenariat* «*a pour effet de confier la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser au titulaire de ce contrat et, d'autre part, détermine le partage des risques liés à cette opération entre ce titulaire et la personne publique*»[43]. Tale assunto – unitamente all'effettività ad esso correlata - riveste un ruolo determinante anche in sede giudiziaria per comprende su chi gravi, eventualmente, la responsabilità per i danni subiti da terzi in relazione alla gestione dell'opera[44].

---

41 Cfr. A. MÉNÉMÉNIS, *Code de la commande publique* cit., p. 326, il quale rileva che, al contrario di quanto fa il *Code de la commande publique*, l'*ordonnance* del 17 giugno 2004 prevedeva numerose clausole obbligatorie e precisava la definizione del contratto. L'A. svolge, sul punto, un'analisi retrospettiva interessante, che merita di essere qui richiamata, laddove ricorda che «*en ce qui concerne l'équilibre financier du contrat et la rémunération de son titulaire, les parties devaient identifier et répartir les multiples risques qui étaient susceptibles d'affecter le contrat (risque de construction, risque de disponibilité, risque de demande, risque juridique…) en ayant le souci de faire peser chaque risque sur celui qui était le mieux à même de le supporter, afin que les coûts de prise en charge de ces risques soient optimaux. La rémunération du titulaire du contrat devait donner lieu à la prise en compte, dans les clauses du contrat, de plusieurs principes : elle devait être liée à des objectifs de performance (et ces objectifs pouvaient concerner le « niveau de fréquentation des ouvrages », ce qui revenait à intéresser le partenaire privé aux résultats de l'exploitation) ; elle devait être composée d'éléments différents qui devaient être clairement identifiés (parmi lesquels, les « recettes annexes » tirées de l'utilisation des ouvrages à d'autres fins que celles du service public) ; elle devait faire l'objet d'une clause de variation ; elle donnait lieu à des paiements qui pouvaient être différés et qui résultaient de la compensation, chaque année, entre les créances et dettes réciproques. Étaient aussi rendues obligatoires des clauses destinées à garantir la continuité du service public (y compris en cas de défaillance du cocontractant), la capacité de la personne publique – qui en demeurait responsable – à l'assurer, le respect, par le titulaire du contrat, de ses engagements. Le contrat de partenariat devait encore prévoir, dans toute la mesure du possible, sa propre évolution: il s'agissait notamment de veiller à ce que la personne publique ne soit pas contrainte d'accepter des prestations qui ne correspondraient plus à ses besoins, qui seraient obsolètes au regard notamment des progrès technologiques ou encore qui seraient devenues manifestement « surpayées». Enfin, si le contrat de partenariat devait évidemment pouvoir être cédé (totalement ou partiellement), la personne publique devait pouvoir s'assurer, quelle que fût la cause du transfert (cession proprement dite, réalisation d'hypothèque…) de la fiabilité des cessionnaires*».

42 Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 534, il quale osserva che «*cette double caractéristique rend l'exécution, notamment financière, du marché de partenariat radicalement différente de celle d'un marché public classique, raison pour laquelle les règles d'exécution financière prévues par le livre 1er de la deuxième partie du présent code ne sont pas applicables*».

43 Conseil d'État, 8 febbraio 2022, *SNCF Réseau*, n. 452985, dove i giudici hanno stabilito, per il caso specifico, che «*en jugeant que SNCF Réseau devait être regardée comme seule maître de l'ouvrage constitué par la ligne à grande vitesse Bretagne-Pays de la Loire dès la date d'achèvement des travaux de construction des ouvrages et équipements que le titulaire du contrat était chargé de réaliser pour en déduire, pour ce seul motif et sans tenir compte du partage de risque prévu entre les cocontractants par le contrat, qu'il incombait exclusivement à celle-ci d'assumer la responsabilité des dommages résultant pour les tiers de la présence de l'ouvrage, la CAA de Nantes a commis une erreur de droit. Il s'ensuit que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'autre moyen du pourvoi, SNCF Réseau est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque*».

44 Conseil d'État, 14 febbraio 2023, *M. et Mme Chuberre et a.*, n. 459046, dove è stato stabilito che «*en jugeant, sur le fondement du contrat de partenariat conclu le 14 avr. 2011 entre Réseau Ferré de France, devenu la sté SNCF Réseau, et la Sté Eiffage Rail Express pour la réalisation de cet ouvrage, que la sté SNCF Réseau devait être regardée comme seul maître de l'ouvrage dès la date d'achèvement des travaux de construction des ouvrages et équipements que le titulaire du contrat était chargé de réaliser pour en déduire, pour ce seul motif et sans tenir compte du partage de risque prévu entre les cocontractants par le contrat, que les époux Chuberre n'étaient pas fondés à rechercher la responsabilité de la sté Eiffage Rail Express pour les dommages résultant de la présence de l'ouvrage, la CAA de Nantes a commis une erreur de droit*». Per un commento, si rinvia a E. MULLER, *Marché de partenariat - Identification du maître de l'ouvrage réalisé dans le cadre d'un contrat de partenariat*, in *Contrats et Marchés publics*, 2021, dossier n. 6, comm. 181; J. DIETENHOEFFER, *Contrats de partenariat - Responsabilité des parties à un contrat de partenariat à l'égard des tiers à l'ouvrage*, *Contrats et Marchés publics*, 2023, dossier n. 5, comm.

A livello operativo, assunzione della responsabilità del ciclo partenariale e conseguente modalità di erogazione delle somme ad essa parametrata si riflettono, inevitabilmente, su aspetti essenziali delle pattuizioni reciproche, come, ad esempio, il fatto che le entrate dell'operatore economico dipendono dai livelli raggiunti dalla sua *performance*, ossia dalla quantità e dalla qualità delle prestazioni erogate a favore dell'Amministrazione durante ciascuna fase del contratto. Pubblico e privato, infatti, sono legittimati a prevedere penali a carico dell'operatore economico e/o decurtazioni delle somme originariamente pattuite qualora non siano integrati i parametri quanti/qualitativi attesi, e ciò avviene sulla base dei dati risultanti dalla documentazione redatta in fase di istruzione dell'operazione (*supra*, Parte II, §§1- 2), che, ora, assume – come è evidente - un ruolo centrale.

Un secondo elemento, strettamente correlato a quanto sino a qui detto, che deve essere inderogabilmente previsto nel "*contenu*" del contratto è la definizione della sua durata. Sul punto, l'Art. L. 2213-2 del *Code* dispone che «*la durée du marché de partenariat est déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues*».

Già da una sommaria lettura della norma, si può rilevare come il legislatore, ancora una volta, abbia tenuto conto del carattere "globale" del *marché de partenariat*, il quale, da un punto di vista giuridico e operativo, si traduce in uno scambio di prestazioni "*à exécution successive*" che mirano a finanziare totalmente – o, almeno, parzialmente - l'investimento dell'opera concordata tra le parti. Sotto questo aspetto, emerge un parallelismo con la disciplina dettata dall'art. 177 del Codice dei contratti pubblici italiano, il quale dispone che l'ammortamento del valore del progetto è parametrato alla durata del contratto e, soprattutto, che il modello di accordo tipico su cui le parti devono modellare le proprie pattuizioni è quello della concessione[45].

Sul punto, è opportuno evidenziare che, in Francia, vi è una differenza sostanziale tra contratto di PPP e contratto di concessione, poiché solo nel primo caso il *Code* ammette che la modalità di remunerazione del privato possa avvenire attraverso un pagamento distribuito nel corso della durata del rapporto. Tutto ciò, come ovvio, incide anche sul (diverso) piano del finanziamento dell'opera, che – sovente – implica dei sistemi di rifinanziamento.

Anche a livello sistematico vi è una differenza da segnalare, in quanto – diversamente dal D.lgs. n. 36 del 2023 - il *Code de la commande publique* si preoccupa, prima ancora di stabilire le modalità concrete di remunerazione e di finanziamento dell'opera, di specificare che questa deve essere posta sotto la guida di una "*équipe de maîtrise d'œuvre*", incaricata di ideare e realizzare l'opera stessa (cfr. Art. L. 2213-3). La disposizione è rilevante in quanto rappresenta il più chiaro esempio del carattere derogatorio della disciplina del *partenariat* rispetto agli altri strumenti della *commande publique* e, nel caso specifico, alla regola posta dall'art. 7 della *loi* MOP del 12 luglio 1985 – ripreso anche dall'art. L. 2431-1 del *Code* – riguardante l'obbligo

145, secondo cui «*la définition légale du marché de partenariat indique qu'il s'agit d'un contrat qui a pour objet de confier à un opérateur économique une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et tout ou partie de leur financement (CCP, art. L. 1112-1; antérieurement Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, art. 1er). Cette même disposition ajoute que le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser. Surtout, il appartient aux parties de définir la répartition des risques liés à l'opération (CCP, art. L. 2213-1, al. 2). De ce point de vue, il ne suffisait donc pas à la cour d'analyser les stipulations du contrat relatives à la maîtrise d'ouvrage des travaux. Il lui incombait de tenir compte des modalités de répartition du risque résultant de l'existence de l'ouvrage définies par le contrat de partenariat*».

[45] Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 534, dove l'A. rileva che «*à cet égard, le marché de partenariat tend quelque peu à se rapprocher des contrats de concession… dans la mesure où est prise en compte la durée d'amortissement des investissements*».

di tenere l'*obligation di maîtrise d'œuvre* distinta dagli altri incarichi affidati all'operatore economico privato (sugli elementi derogatori del PPP, *supra*, Cap. I, §5).

La seconda parte della disposizione, che prevede che la Stazione appaltante possa conferire l'incarico a una *équipe de maîtrise* quando ha affidato solo parte dell'ideazione al privato, costituisce anch'essa una deroga alla regola generale. Lo scopo dell'articolo in commento è quello di confermare che anche gli accordi di Partenariato Pubblico-Privato sono soggetti alle norme in tema di contratti conclusi con un operatore economico di diritto privato (cfr. Art. L. 2430-1 del *Code*).

Tornando alla questione del finanziamento dell'opera, vi è da dire che l'Art. L. 2214-4 del *Code de la commande publique* disciplina espressamente un terzo elemento imprescindibile del *contenu du marché,* ossia la remunerazione del privato, prevedendo che «*une personne publique peut concourir au financement des investissements*». In termini pratici, quindi, il sostegno all'operatore economico può consistere, oltreché nella partecipazione da parte dell'*acheteur* nelle forme degli anticipi (*avances*) o degli acconti (*acomptes*) secondo quanto previsto dall'Art. L. 2232-1, anche in apporti erogati da una *personne publique* terza rispetto all'accordo intervenuto tra Amministrazione contraente e *partner* privato[46].

In questo secondo caso, quindi, come specifica il successivo Art. L. 2213-5, il *marché de partenariat* può dare luogo a «*subventions et autres participations financières*», le cui modalità e tempistiche di versamento «*peuvent être adaptés à la durée du contrat*». Sul punto, è opportuno segnalare che il versamento di "sovvenzioni" può andare incontro a delle complicazioni di carattere procedurale.

Infatti, tali erogazioni sono qualificate, anche nell'ambito di un *marché de partenariat*, come aiuti di Stato (*aide d'État*) ai sensi dell'art. 107 del TFUE. Ciò significa, pertanto, che prima di procedere alla loro "*mise en œuvre*" sarebbe opportuno (*recte*, necessario) notificarle alla Commissione europea per ottenere la necessaria dichiarazione di compatibilità, a meno che non si rientri in uno dei casi di esenzione espressamente ammessi dal sistema sovranazionale[47].

---

[46] Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 535, il quale ritiene tale soluzione coerente con la previsione per cui «*un marché de partenariat peut être conclu par un acheteur pour les besoins d'une autre personne morale de droit public ou de droit privé*».

[47] Si tratta, in estrema sintesi, di tre situazioni. La prima è di carattere quantitativo e prevede, ai sensi del Regolamento UE n. 1407 del 2013, che le sovvenzioni non debbano essere previamente notificate alla Commissione quando non superano il valore di 200.000 euro distribuiti su tre esercizi fiscali (oppure 500.000 quando viene in gioco un servizio di interesse economico generale, secondo quanto previsto dal Regolamento UE n. 360 del 2012). La seconda ipotesi è di carattere qualitativo e si concretizza quando sono integrate le ben note condizioni poste dalla c.d. sentenza *Altamrk* (cfr. CGUE, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH*, secondo cui «*pour que, dans un cas concret, une telle compensation puisse échapper à la qualification d'aide d'État, un certain nombre de conditions doivent être réunies. Premièrement, l'entreprise bénéficiaire doit effectivement être chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations doivent être clairement définies* […] *Deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes. Aussi, la compensation par un État membre des pertes subies par une entreprise sans que les paramètres d'une telle compensation aient été préalablement établis, lorsqu'il s'avère a posteriori que l'exploitation de certains services dans le cadre de l'exécution d'obligations de service public n'a pas été économiquement viable, constitue une intervention financière qui relève de la notion d'aide d'État au sens de l'article 92, paragraphe 1, du traité. Troisièmement, la compensation ne saurait dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* […] *Quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise à charger de l'exécution d'obligations de service public, dans un cas concret, n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée en moyens de transport afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations,*

Sempre in tema di remunerazione del privato, è interessante notare che nell'ambito del *Partenariat Public Privé Institutionnalisé* (*PPPI*)[48], che pur non è oggetto del presente scritto, il Pubblico è in grado di conferire apporti economici nella forma di una "*participation minoritaire au capital du titulaire*". Del pari, sembra rilevante evidenziare che, a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, le società costituite a titolo di PPPI devono indicare nel proprio statuto sia le modalità di suddivisione dei rischi tra Amministrazione e privato, sia le misure adottato al fine di prevenire possibili casi di conflitto di interessi (cfr. Art. L. 2213-5 e Art. L. 2213-7 del *Code*)[49].

Tutto ciò rileva per una ragione ben precisa. Ancora una volta, infatti, la disciplina francese appare più restrittiva e disincentivante rispetto a quella italiana.

Tuttavia, ricalibrando la presente analisi sulla remunerazione del privato nell'ambito del *partenariat* di tipo contrattuale, vi è da dire che l'Art. L. 2213-8 prevede che «*la rémunération du titulaire fait l'objet d'un paiement par l'acheteur à compter de l'achèvement des missions principales obligatoires mentionnées au premier alinéa de l'article L. 1112-1 et pendant toute la durée du contrat*». Come noto (*supra*, Cap. I, §5), una delle regole tradizionali della *commande publique* francese verte sul divieto, a carico dell'Amministrazione, di procedere con i c.d. "*paiements différés*", ossia di erogare le somme dovute all'operatore economico privato ad una data successiva – appunto, differita – rispetto al momento in cui il bene o il servizio è invece messo a disposizione de l'*acheteur*.

Nel caso del PPP, la possibilità di derogare alla regola tradizionale è dovuta al fatto che i versamenti dei pagamenti non sono "differiti" in senso vero e proprio, ma sono semplicemente "rateizzati", nel senso che l'Amministrazione procede con il versamento delle somme dovute lungo tutta la durata del contratto[50]. Ciò spiega perché nella norma citata si è voluto specificare che il pagamento avviene «*pendant toute la durée du contrat*» e, soprattutto, perché sia importante, ai fini della ripartizione del rischio e dell'equilibrio economico dell'intera operazione, stabilire la durata della cooperazione[51] (*supra*, Parte II, §2).

In ogni caso, è opportuno evidenziare che i pagamenti sono strettamente collegati alle prestazioni dell'operatore economico privato, non solo in termini di *performance*, ma anche in termini di effettiva messa a disposizione delle opere realizzate a favore della Stazione

---

en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations»). La terza, infine, si applica quando ricorrono le condizioni poste dalla decisione della Commissione del 20 dicembre 2011, n. 2012/21.

[48] Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 536, definisce il PPPI come «*une configuration particulière dans laquelle le contrat n'est pas attribué directement à l'opérateur sélectionné mais à une entité à capital mixte, ai sein de laquelle celui-ci est associé au pouvoir adjudicateur*». Ad oggi, la figura di Partenariato Pubblico-Privato istituzionalizzato più diffusa in Francia, anche a seguito delle diverse vicende normative che hanno coinvolto il fenomeno, è quella delle "*sociétés d'économie mixte à opération unique*", ossia i c.d. "*SEMOP*".

[49] Secondo A. MÉNÉMÉNIS, *Code de la commande publique* cit., p. 328, in riferimento a tale disposizione, vi è da dire che «*sans doute l'objectif est-il notamment de remédier à l'insuffisance de fonds propres de ces sociétés, qui ne représentent qu'une part très minoritaire du montant des investissements, selon les modalités du financement de projet. La maîtrise du risque pour la personne publique et la prévention des conflits d'intérêts exigent un soin particulier*».

[50] Cfr. G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 537, il quale evidenzia che i pagamenti possono essere considerato differiti nella misura in cui «*les versements successifs* […] *rémunèrent non seulement les prestations à exécution successive de gestion, d'exploitation, d'entretien ou de maintenance éventuellement confiées au titulaire, mais aussi les prestations constituant des composantes obligatoires de la mission globale*».

[51] Come ricordato da F. BERGÈRE – X. BEZANÇON – L. DERUY – G. GOULARD – M. FORNACCIARI, *Que faut-il entendre par partenariat public-privé?*, in *Le guide opérationnel des PPP*, Paris, 2010, p. 31, dove si ricorda che il PPP nasce per consentire allo Stato e alle collettività territoriali di «*étaler le paiement du coût de la construction tout au long de la durée de vie de l'ouvrage. Or, les marchés publics ne permettent pas d'atteindre cet objectif, le Code des marches publics interdisant le paiement différé*».

appaltante. Sotto il primo aspetto, infatti, è il comma 2 dell'Art. L. 2213-8 a specificare che «*cette rémunération est liée à des objectifs de performance assignés au titulaire pour chaque phase du contrat*», mentre, in relazione al secondo aspetto, è sufficiente dire che i pagamenti non possono essere effettuati se non dopo il completamento dei lavori.

Quest'ultimo tratto, peraltro, è quello che più caratterizza il *marché de partenariat* rispetto alle altre tipologie di mezzi previsti dal *Code de la commande publique*. Infatti, subordinare – per legge - il pagamento del "prezzo" al solo ed esclusivo completamento delle prestazioni pattuite e senza alcuna garanzia di ricavo minimo significa, in sostanza, dare forma al concetto di trasferimento "effettivo" del rischio in capo al *partner* privato[52] e, al tempo stesso, concepire la cooperazione di PPP come una sola e unica operazione "globale"[53].

Il primo aspetto poc'anzi citato, ossia quello che lega la remunerazione "*à des objectifs de performance*", va inteso, invece, oltreché come correlazione tra prestazioni nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, anche come doverosità di prevedere tra le clausole contrattuali eventuali penalità e/o decurtazioni[54]. Sotto questo aspetto, di cui peraltro si è già fatto cenno, la disciplina prevista dal *Code de la commande publique*, per quanto più sintetica, è del tutto paragonabile a quella che il Codice dei contratti pubblici italiano detta all'art. 177.

In linea con tale impostazione di carattere sinallagmatico, si pone anche il successivo Art. L. 2213-9 del Code, il quale impone alle parti contrattuali di inserire nell'accordo «*les conditions dans lesquelles les revenus issus de l'exercice d'activités annexes ou de la valorisation du domaine par le titulaire viennent diminuer le montant de la rémunération versée par l'acheteur*». La *ratio* della norma è chiara e consiste nell'ottimizzare i costi del progetto, attribuendo al *partner* privato la possibilità di sfruttare economicamente i beni che l'Amministrazione gli mette a disposizione nell'ambito dell'operazione partenariale e, allo stesso tempo, ridurre i costi, anche di tipo procedimentale, a carico delle finanze pubbliche[55].

Le disposizioni appena analizzate fanno emergere con chiarezza uno dei tratti che maggiormente differenziano l'architettura del PPP francese da quello italiano. Infatti, laddove il *Code de la commande pubblique* prevede una riduzione della contribuzione pubblica proporzionata agli introiti che il privato può ricavare da altre fonti, si riscontra il carattere di operazione "tiepida" – per usare una nozione tipica della dottrina nostrana – che permea il *partenariat* in Francia (mentre in Italia le "temperature" dell'operazione partenariale sono variabili, *supra*, Parte I, §1).

---

[52] Cfr. J.-S. ORIOU e M. PERRITAZ, *Pour une gestion du service public par le titulaire d'un contrat de partenariat*, *AJ Collectivités Territoriales*, 2012, pp. 90 ss., i quali mettono in evidenza che «*la circonstance que le titulaire du contrat de partenariat soit rémunéré exclusivement par un prix payé par la personne publique est sans incidence sur l'existence d'un risque d'exploitation pesant sur l'opérateur dès lors que ce prix est fonction du taux ou du niveau de fréquentation. L'identification du risque d'exploitation repose, alors, sur l'analyse des résultats de l'exploitation. Dans le cadre d'un contrat de partenariat, la question spécifique qui se pose est de savoir si les recettes annexes que le titulaire du contrat de partenariat peut se procurer en exploitant le domaine, les ouvrages, équipements ou biens immatériels, sont à prendre en compte dans la détermination des résultats de l'exploitation. Il résulte de l'analyse de la jurisprudence, notamment communautaire, que ces recettes annexes ne devraient pas, à notre sens, être prises en considération pour déterminer si le risque d'exploitation est assumé ou non par le titulaire du contrat*».

[53] Si aderisce qui alla visione di G. ECKERT, *Code de la commande publique* cit., p. 538, secondo cui la missione globale che forma oggetto del contratto «*peut être regardée, par-delà les différentes prestations qui la composent, comme un seul et unique service consistant dans la mise à disposition d'un ouvrage ou d'un équipement éventuellement accompagnée de prestations de gestion, d'exploitation, d'entretien ou de maintenance*».

[54] L'Art. R. 2213-3 prevede che «*le marché de partenariat peut prévoir les conditions dans lesquelles, chaque année, les sommes dues par l'acheteur au titulaire et celles dont celui-ci est redevable au titre de pénalités ou de sanctions font l'objet d'une compensation*».

[55] Cfr. A. MENEMENIS, *Code de la commande publique* cit., p. 329, rileva, da un lato, che «*lorsque le titulaire du contrat doit occuper le domaine public pour réaliser sa mission – ce qui est fréquent – le contrat vaut occupation du domaine, sans qu'il soit besoin d'engager, parallèlement à la procédure de passation, une procédure pour l'obtention d'une telle autorisation*» e, dall'altro che «*les droits réels détenus par le titulaire du contrat permettront d'asseoir un financement par crédit-bail et des hypothèques*».

Un ulteriore aspetto che rende lampante la differenza di vedute tra legislatore italiano e quello francese in materia di Partenariato Pubblico-Privato è rinvenibile nelle norme che regolano l'acquisizione e la gestione da parte del privato di beni e/o demanio appartenente allo Stato. La regola di base è quella della "*inaliénabilité du domaine*", la quale si oppone a che le opere realizzate da un privato su suolo pubblico gli consentano di acquisirne la proprietà nella misura in cui queste siano destinate alla soddisfazione di bisogni di servizio pubblico (*Conseil d'État*, 21 aprile 1997, n° 147602, *min. Budget c/ sté SAGIFA*), e il *marché de partenariat* ne costituisce una deroga[56].

Ciò significa, quindi, che i beni messi a disposizione del privato devono essere usati in modo funzionalizzato alla soddisfazione di un interesse pubblico e in modo tale da garantire la continuità del servizio (*Conseil d'État*, 21 dicembre 2012, n° 342788, *Cne Douai*)[57]. Ciò spiega, pertanto, perché le parti devono disciplinare le varie fasi di utilizzo di tali beni e, soprattutto, quale sia la loro sorte al momento della cessazione (anche anticipata) della cooperazione partenariale (cfr. Artt. L. 2213-10 – L. 2213-13).

I rapporti tra Amministrazione e privato infatti, devono essere chiari. Come precisato dalla giurisprudenza «*le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat; il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles; cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public; lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat; un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs; il est toutefois loisible au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat*» (Conseil d'État, 8 ottobre 2014, *Sté Grenke Location*, n° 370644).

Infine, pare opportuno accennare al dettato dell'Art. L. 2213-14, il quale impone alle parti contrattuali di prevedere «*la part minimale de l'exécution du contrat que le titulaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans. Cette part minimale est établie dans des conditions fixées par voie réglementaire*». Il richiamo a tale disposizione è funzionale a mettere in risalto il fatto che, ancora una volta, il *Code de la commande pubblique* prevede disposizioni che limitano la

[56] Sul carattere derogatorio del *marché de partenariat*, cfr. O. DIDRICHE, *La création d'une nouvelle formule contractuelle: le marché de partenariat*, in *AJ Collectivités Territoriales*, 2015, pp. 633 ss; A. BRÉVILLE, *Avantages comparatifs du contrat de partenariat* cit., secondo cui «*le contrat de partenariat reprend les trois types de dérogations rencontrées dans les autres formes de partenariats public-privé, c'est-à-dire les dérogations aux principes de la commande publique, de la maîtrise d'ouvrage publique et de la domanialité publique qui s'appliquent simultanément et sans considération d'activité. En effet, le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser, la rémunération du cocontractant, qui peut être liée à des objectifs de performance, fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée et le titulaire du contrat a, sauf prescription contraire de ce contrat, des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise*».

[57] Per un commento, cfr. D. CAPITANT, *Délégation de service public : régime des biens de retour, commentaire de l'arrêt CE, Ass. 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 342788, Recueil Dalloz*, 2013, p. 252.

discrezionalità dei soggetti partecipanti all'operazione di PPP[58], disincentiva il ricorso a tale strumento e deresponsabilizza il privato sulla complessità delle prestazioni da rendere[59].

[58] L'Art. R. 2213-5 impone soglie di esternalizzazione minime, laddove prevede che «*la part minimale que le titulaire s'engage à confier, directement ou indirectement, à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans mentionnés à l'article R. 2151-13 est fixée à 10 % du montant prévisionnel du marché de partenariat hors coût de financement, sauf lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas*».

[59] Cfr. E. MULLER, *Marchés de partenariat* cit., secondo cui attraverso tali previsioni «*il est ainsi confirmé qu'il ne s'agit pas là d'un engagement purement moral – ce qui tombait sous le sens – mais bien d'une condition d'exécution du marché dont le non-respect expose à des sanctions*».

PARTE IV

LA FASE DI EVIDENZA PUBBLICA

1. Il ruolo della "flessibilità" nella fase di aggiudicazione dei contratti sottostanti all'operazione di Partenariato Pubblico-Privato.

Il Partenariato Pubblico-Privato rappresenta una operazione economica (*supra*, Cap. I), il cui tratto distintivo ruota attorno alla sua portata "globale" (*supra*, Cap. II, Parte I, §1). Si è già avuto modo di rilevare come tale caratteristica incida profondamente sugli aspetti più peculiari inerenti alla fase genetica dell'intero ciclo operativo e, nello specifico, di quelli rientranti nella c.d. fase istruttoria.

Tuttavia, il tratto della "globalità" che contraddistingue il PPP permea anche le fasi successive della cooperazione tra Pubblico e privato, e, in particolare, la fase dell'evidenza pubblica. Aderendo all'impostazione dottrinale tradizionale, si può dire, infatti, che il contratto di partenariato è un contratto ad oggetto pubblico, nell'ambito del quale il rapporto tra Amministrazione ed operatore economico, da un punto di vista strettamente giuridico, viene a configurarsi come la risultante dell'interazione tra fattispecie pattizie e provvedimenti veri e propri[1].

La dialettica tra accordo ed esercizio del potere, tra momento privatistico e momento pubblicistico tratteggiano tutte le possibili forme di «*fattispecie globali*» attraverso le quali P.a. e privati interagiscono tra loro[2]. Se così è, allora, il Partenariato Pubblico-Privato può essere rappresentato figurativamente come un concetto ciclico, dove tutto torna al punto di partenza.

E il punto di partenza è, come detto, che il contratto di PPP appartiene alla categoria dei contratti ad oggetto pubblico. In aggiunta a tale verità, tuttavia, è opportuno svolgere ancora qualche considerazione.

In particolare, volendo ricondurre le osservazioni sino a qui svolte ad una sistematica di tipo categorizzante, basandoci – ancora una volta - sull'elaborazione teorica tradizionale, è bene precisare che le "fattispecie globali" cui si è fatto riferimento sono, sostanzialmente, tre. Si tratta, nello specifico, dei "contratti accessivi necessari", dei "contratti ausiliari di provvedimenti" e, infine, dei "contratti sostitutivi di procedimenti"[3].

Seguendo tale tripartizione, è ragionevole dire che il contratto di Partenariato Pubblico-Privato è ascrivibile a quest'ultima categoria. Infatti, i contratti sostitutivi di procedimenti si

---

[1] Cfr. M.S. GIANNINI, *I contratti ad oggetto pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970, p. 740, dove l'A. sottolinea espressamente che «*il modo con cui si collegano contratto e provvedimento distingue i diversi tipi di contratti*».

[2] Cfr. M.S. GIANNINI, *op. ult.* cit., p. 740, dove si riconosce che tali tipologie di accordo sono «*contratti come ogni altro: se l'amministrazione pubblica, in ordine ai beni che ne costituiscono oggetto, ritiene conveniente, nel proprio interesse, vincolarsi a dare o ricevere prestazioni patrimoniali, ovvero a trasferire beni o a costituire diritti su beni, non v'è ragione per ritenere che le prestazioni non siano oggetto di obbligazioni, e quindi ritenere che l'atto volontario bilaterale e sinallagmatico che le genera sia qualcosa di differente da un contratto, puramente e semplicemente, al quale si applicano le norme concernenti ogni contratto: l'equilibrio contrattuale, l'adempimento, la risoluzione, la rescissione*».

[3] Tale sistematica è dovuta, ancora una volta, a M.S. GIANNINI, *I contratti ad oggetto pubblico* cit., il quale tratteggia le caratteristiche di ciascuna categoria. In particolare, i contratti accessivi necessari si contraddistinguono per il fatto che, nell'ambito di tali fattispecie, vi è un collegamento tra provvedimento e contratto tale per cui il primo condiziona l'esistenza del secondo, ma non viceversa; i contratti ausiliari ai provvedimenti, invece, sono accordi che vengono conclusi e si inseriscono nell'ambito di un procedimento amministrativo e regolano aspetti di carattere patrimoniale; infine, i contratti sostitutivi di procedimenti sono quelle figure pattizie che si sostituiscono ad interi procedimenti e si caratterizzano per il fatto che Amministrazione e privato si spartiscono nettamente ruoli e compiti da svolgere.

distinguono dalle altre figure pattizie per il fatto che, in esse, è particolarmente accentuato il carattere "corrispettivo".

Strettamente legato a questo aspetto si pone la dinamica per cui, sempre nell'ambito di tale tipologia di interazione, privato e Amministrazione suddividono in modo ben preciso tra loro ruoli e compiti: al primo spetta l'esecuzione di obbligazioni di carattere "operativo", mentre alla seconda spettano obbligazioni di carattere "direttivo". In sintesi, quindi, rispetto ai contratti sostitutivi di procedimenti, l'attività della P.a. si riduce a «*dirigere l'imprenditore privato, controllarlo, verificare le opere eseguite*»[4].

Considerando che tale categoria di accordi ha subito, nel tempo, una profonda evoluzione, soprattutto rispetto alla sistematica elaborata da Massimo Severo Giannini negli anni '70, e che, pertanto, i suoi confini sono oggi sicuramente più sfumati e onnicomprensivi, è ragionevole affermare che il contratto di Partenariato Pubblico-Privato trova collocazione sistematica in tale categoria. L'accordo che disciplina l'interazione partenariale, infatti, si contraddistingue dalle altre figure contrattuali – come più volte detto - proprio in ragione del suo carattere "globale" e del sinallagma fortemente "corrispettivo".

La doppia anima (privatistica e pubblicistica) che permea l'interazione cooperativa di PPP tra Pubblico e privato subisce, in ogni caso, un momento di necessaria scissione nella netta separazione, concettuale e giuridica, tra accordo vero e proprio e procedimento che autorizza e giustifica l'accordo stesso. In altri termini, anche nell'ambito di un rapporto ciclico come quello del Partenariato Pubblico-Privato si assiste alla scissione tra gara e contratto[5] e, pertanto, per svolgere una analisi corretta dell'operazione economica nella sua globalità, per come concepita e strutturata dal legislatore nel Codice dei contratti pubblici del 2023, occorre dare il giusto peso alla fase di "evidenza pubblica" (che, in Francia, è emblematicamente chiamata "*tutelle publique*").

Quest'ultima può essere definita come il procedimento amministrativo che precede la stipulazione del contratto "pubblico" e che va ad innestarsi e ad integrare «*le regole di diritto privato relative allo schema proposta-accettazione di cui all'art. 1326 c.c.*»[6]. In concreto, tale fase si articola attraverso l'adozione di atti di natura pubblica volti a valutare l'interesse ad un determinato contratto (c.d. "decisione di contrarre") e, soprattutto, a scegliere l'operatore economico privato che, al termine di una vera e propria procedura di gara, risulta essere il più idoneo a dare esecuzione all'accordo che sarà poi sottoscritto insieme alla P.a..

Tradizionalmente, tale fase, detta di "scelta del contrente", è scandita da una serie concatenata di passaggi, che vanno dalla pubblicazione del bando di gara fino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore del soggetto che, al termine dell'*iter*, risulta vincitore. Il D.lgs. n. 36 del 2023, con specifico riferimento al Partenariato Pubblico-Privato, non detta una disciplina ad esso specificamente dedicata, ma, attraverso l'art. 174, co. 3,

---

[4] M.S. GIANNINI, *op. ult.* cit., p. 752, il quale individua nelle convenzioni urbanistiche le prime tipologie di esempi da ascrivere alla categoria dei contratti sostitutivi di procedimenti.

[5] Cfr. F. CARINGELLA, *I contratti della P.a.*, in ID., *Manuale di diritto amministrativo*, 2023, Napoli, p. 1331, il quale sottolinea che «*le ragioni di interesse pubblico che sono alla base della decisione di stipulare un contratto vanno evidenziate nel procedimento di evidenza pubblica a monte, attraverso il quale occorre verificare se la pattuizione sia in sé di interesse pubblico, quale sia il contenuto all'uopo migliore e chi sia il contraente più affidabile. Una volta sciolti questi nodi attraverso la procedura amministrativa, espressione in quanto tale di public power e sottoposta, pertanto, alle regole di evidenza pubblica, il contratto in quanto tale è un atto di diritto privato, non qualificabile come atto amministrativo. Esso deve pertanto essere assoggettato alle norme di diritto comune ed esonerato dal doveroso controllo giuspubblicistico, attraverso il grimaldello dell'eccesso di potere, di idoneità al perseguimento dell'interesse pubblico*».

[6] F. CARINGELLA, *op. ult.* cit., p. 1310.

compie un rinvio interno al Libro IV, Parte II, Titoli II, III e IV, ossia alla pletora di disposizioni che regolano espressamente la "aggiudicazione delle concessioni".

Per comprendere, in concreto, quale sia la portata e, soprattutto, l'innovazione che tali norme hanno introdotto per volontà espressa del legislatore, occorre svolgere alcune sintetiche considerazioni di carattere preliminare sulle finalità che, prima dell'adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici, erano perseguite con lo svolgimento delle procedure di gara. Solo attraverso una comparazione interna e diacronica rispetto al nostro ordinamento appare possibile, infatti, far emergere le peculiarità che contraddistinguono la disciplina da ultimo introdotta e, di conseguenza, i tratti della flessibilità e della responsabilizzazione insiti nell'architettura del PPP, che la presente analisi mira a far risaltare.

Innanzitutto, occorre premettere che le considerazioni che seguono non possono prescindere dalle disposizioni adottate in tema di contratti pubblici dal legislatore europeo. Infatti, la materia della contrattualistica è, ormai, intrinsecamente condizionata da quanto stabilito a livello sovranazionale e, pertanto, è da qui che pare opportuno prendere le mosse.

In linea con tale assunto, vi è da dire che, già nella sistematica delle direttive comunitarie n. 2004/17/CE e n. 2004/18/CE, le procedure di affidamento erano contrassegnate da tre compiti concatenati, ossia, in primo luogo, presidiare l'imparzialità e la correttezza amministrativa; in secondo luogo, salvaguardare la concorrenza; in terzo – e ultimo – luogo, promuovere la convenienza e l'efficienza dei contratti pubblici. Al tempo, la giurisprudenza nostrana sembrava, peraltro, essere nettamente sbilanciata in favore di quest'ultima soluzione[7].

L'impostazione teleologica tripartita prescelta dal legislatore comunitario non è scomparsa col tempo ma si è solo evoluta, secondo un moto oscillatorio che ha caratterizzato le diverse stagioni dell'evoluzione della disciplina di cui stiamo trattando[8]. Si tratta, nello specifico, della necessità ciclica di garantire, da un lato, controllo e rigore delle procedure; dall'altro, adeguata flessibilità all'Amministrazione per consentirle di raggiungere nel modo più pratico e – soprattutto – efficiente possibile la soddisfazione delle esigenze pubbliche.

---

[7] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7898, dove si afferma espressamente che «*la normativa che regola le procedure di evidenza pubblica non è posta in via esclusiva a tutela della politica di concorrenza intesa quale strumento volto a garantire parità di mezzi e parità di accesso nella struttura del mercato. Le procedure di evidenza pubblica tutelano anche la concorrenza in quanto strumento idoneo ad assicurare un risparmio di spesa a tutela del bene finanza pubblica protetto dall'art. 53 Cost.. In questo quadro, nell'ottica di assicurare un risparmio di spesa, ben può l'Amministrazione assicurarsi i vantaggi derivanti da particolari assetti strutturali di alcuni mercati. L'Amministrazione aggiudicatrice non ha il compito di incidere sul mercato in quanto attraverso le procedure di gara, agisce nel mercato quale soggetto economico tra gli altri. Sarebbe, anzi, contrario a concorrenza il comportamento di una amministrazione aggiudicatrice che, anziché operare nel mercato quale soggetto economico, dia ad esso una conformazione non derivante dal libero agire delle forze economiche o dei provvedimenti organizzatori delle Autorità istituzionalmente preposte alla tutela della concorrenza. Non può quindi l'Amministrazione rinunciare ad un risparmio di spesa derivante dalle economie di scala nell'ottica di assicurare tutela alle imprese di minore dimensione. Ciò tanto più considerando che lo strumento del raggruppamento temporaneo di imprese consente comunque un accesso al mercato che salvaguarda le esigenze di risparmio e di efficienza della pubblica amministrazione*».

[8] Cfr. M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024, fasc. 1., p. 97, il quale evidenzia che la tripartizione indicata nel testo rappresenta una «*sintesi efficace di tre modi possibili di pensare alla disciplina della fase genetica dei contratti pubblici, secondo prospettive tutt'oggi attuali e pertinenti, che nelle diverse stagioni che hanno scandito l'evoluzione della normativa contrattuale hanno avuto peso specifico e fortuna mutevoli*».

In tal senso, vi è da dire che le finalità perseguite dall'evidenza pubblica nel tempo sono, sostanzialmente, tre. A ciascuna di esse, peraltro, corrisponde un "punto di vista" differente e, per certi aspetti, unico[9].

Il primo è quello più "rigoroso" e si fonda sull'idea che le procedure "concorrenziali" conducono all'adozione di «*decisioni allocative di beni o titoli giuridici*» da parte dell'Amministrazione; pertanto, i relativi procedimenti devono essere soggetti a vincoli di correttezza ed imparzialità[10]. La logica sottesa a questa prospettiva, che caratterizzava anche le disposizioni contenute nel Regolamento di contabilità pubblica di cui al Regio Decreto del 23 maggio 1924, n. 827, è, in buona sostanza, quella di limitare quanto più possibile la discrezionalità del soggetto Pubblico e dei suoi funzionari.

Il secondo punto di vista, invece, ha un carattere maggiormente "europeista" e ruota attorno all'idea che le gare svolte all'interno del singolo Stato membro per la scelta del contraente debbano essere funzionali ad arginare comportamenti opportunistici - da parte dei committenti – volti a tutelare i "propri" operatori economici a scapito di quelli operanti all'interno del perimetro dell'Unione europea ma in altri Paesi[11]. Anche in questo caso, per limitare i margini di apprezzamento e di conseguente – possibile – errore da parte della P.a., la discrezionalità del decisore pubblico è relegata entro spazi particolarmente angusti.

Il terzo punto di vista, infine, è quello prevalso anche nell'elaborazione normativa più recente e ha una dimensione di più ampio respiro, potremmo dire "sistematica". Si tratta, infatti, dell'ottica "pro-concorrenziale", intesa come la necessità che le procedure pubbliche siano in grado di ricreare le dinamiche e, soprattutto, gli esiti della concorrenza "per" il mercato, al fine di addivenire all'allocazione più efficiente possibile delle risorse pubbliche.

L'idea comune alle tre finalità perseguite dalla disciplina della contrattualistica pubblica, ossia rigida tutela della *par condicio* e della concorrenza, ha, tuttavia, evidenziato, nel corso del tempo, tutti i suoi limiti. In particolare, l'ampio ricorso all'espediente della limitazione della discrezionalità in capo all'Amministrazione e ai suoi funzionari ha ben presto dimostrato di essere fondato su una errata impostazione concettuale[12].

Nei dieci anni che hanno separato l'adozione dei due "pacchetti" di direttive dedicate ai contratti pubblici (ossia, dal 2004 al 2014), il legislatore europeo sembra essersi reso conto della necessità di un cambiamento di rotta sul punto. Ecco, allora, che nella direttiva n. 23/2014, al considerando n. 68, si legge espressamente che, essendo una concessione caratterizzata dalla traslazione sul privato di responsabilità e rischi tradizionalmente assunti dalla P.a., deve «*essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario*».

---

[9] Per la tripartizione indicata nel testo, si segue l'impostazione avanzata da M. CAFAGNO, *L'evidenza pubblica tra diritto nazionale e diritto eurounitario. I principi di buona amministrazione e di concorrenza*, in *Economia Pubblica*, FrancoAngeli, 2023, fasc. 2, pp. 197 ss..

[10] Cfr. M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare* cit., p. 97.

[11] Il concetto è ben sintetizzato nelle conclusioni del 27 novembre 2007, rese dall'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer, nella causa C-147/06, *SECAP S.p.a.*, e C-148/06, *Santorso Soc. coop. r.l. contro Comune di Torino*, dove si legge che «*le direttive* [...] *perseguono un obiettivo immediato limitato: si mira ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione e a proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro* [...] *L'altra faccia di quest'immagine lascia intuire che l'impegno è duplice: eliminare il rischio che siano preferiti gli offerenti nazionali* [...] *e che l'organo competente all'aggiudicazione si lasci guidare da valutazioni diverse da quelle finanziarie*».

[12] Cfr. M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare* cit., p. 99, il quale, sul punto, ricorda che «*la teoria insegna piuttosto che la scelta e la conformazione delle procedure di selezione dei contraenti devono flessibilmente adattarsi alla natura delle sottostanti transazioni economiche, alle caratteristiche dei candidati, alle peculiarità del mercato e dell'ambiente competitivo*».

Ovviamente, la libertà del soggetto Pubblico non può essere assoluta, ma deve, in ogni caso, essere esercitata anche nell'ottica di garantire «*parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione*». A tal fine, la direttiva n. 2014/23 evidenzia l'opportunità di prevedere «*garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate*», al pari della necessità di rispettare «*le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati*».

In termini normativi, il concetto espresso nelle premesse viene tradotto dall'art. 30 della medesima direttiva nella regola generale secondo cui «*l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario*» e dal successivo art. 37, paragrafo 6, nella libertà di «*condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti*»[13]. Ciò significa, per quanto qui di interesse, che il principale riferimento normativo in materia di Partenariato Pubblico-Privato (ossia la direttiva n. 2014/23; cfr. *supra*, Cap. I, §2) legittima «*metodi più duttili di selezione, che addirittura dilatano la discrezionalità*»[14].

È su quest'ultimo punto che occorre fondare, quindi, l'aggancio tra normativa europea e disciplina nazionale. Ciò significa che il principio guida per l'analisi del reticolato normativo attualmente vigente deve essere quello per cui la legge interna non può contraddire la scelta del legislatore sovranazionale e, di conseguenza, imporre regole che, in qualche modo, sono state espressamente escluse.

La prima conseguenza di tale impostazione è che il legislatore italiano, prima di procedere alla nuova codificazione, ha dovuto tenere a mente l'imposizione di un limite ben preciso, ossia il divieto di adottare prescrizioni e condizioni più onerose e complicate rispetto a quanto stabilito dalla normativa europea. Del pari, il decisore ha dovuto rispettare la preclusione a poter prevedere misure e condizioni per l'accesso al mercato ulteriori e diverse da quelle previste dalla direttiva n. 2014/23.

Alla luce di tali considerazioni, la legge delega n. 78 del 2022 appare perfettamente allineata a quanto richiesto dal legislatore sovranazionale. All'art. 1, co. 1, lett. *z*), infatti, il "delegante" ha imposto un criterio direttivo decisamente puntuale, imponendo il «*forte incentivo al ricorso a procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, le procedure per l'affidamento di accordi quadro e le procedure competitive con negoziazione*».

La prescrizione mira alla «*stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, garantendo il rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità*» nell'ambito dei quali rientrano, senza alcun dubbio, anche gli accordi di Partenariato Pubblico-Privato. Ne discende, quindi, che la flessibilità richiesta dalla legge delega è, ad oggi, a tutti gli effetti – almeno a livello di principi ispiratori -, uno dei tratti caratterizzanti la fase di evidenza pubblica che si innesta nella più complessiva – e globale – operazione economica di PPP[15].

Prima di analizzare come tutto quanto sino a qui osservato sia stato positivizzato nel Codice, è quantomai necessaria un'ulteriore e ultima considerazione. Si tratta del fatto che la

---

[13] Per una analisi approfondita delle norme citate e, più in generale, della disciplina sull'evidenza pubblica introdotta dalla direttiva n. 2014/23/UE, si rinvia a R. GIANI, *Norme sulle aggiudicazioni e sulle garanzie procedurali e impatto sul Codice*, in in (a cura di) G.F. CARTEI e M. RICCHI, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, pp. 107 ss..

[14] Cfr. M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare* cit., p. 100.

[15] Cfr. A. MASSARI, *La legge delega n. 78/2022 e l'avvio della riforma dei contratti pubblici*, in *Appalti&Contratti*, 27 giugno 2022, dove l'A. ricorda che «*la razionalizzazione del partenariato pubblico-privato era un obiettivo già fissato dalla legge delega del 2016, che ora viene implementato dalla "semplificazione"*».

disciplina che il d.lgs. n. 36 del 2023 dedica all'evidenza pubblica non è debitrice solo ed esclusivamente del principio di libera amministrazione ma, prima ancora – e forse anche di più –, del rinnovato indirizzo (fortemente) voluto dal legislatore.

Come si ricorderà, infatti, si è già avuto modo di evidenziare che il nuovo Codice è funzionalmente orientato al perseguimento del "risultato" e che tutta la disciplina dei contratti pubblici ruota attorno ad esso (*supra*, Parte I, §1). Del pari, si è già detto che solo così si può declinare l'esigenza dell'Amministrazione di rispondere all'interesse pubblico in modo efficiente ed efficace.

Sul punto, il Consiglio di Stato, con sentenza del 20 aprile 2023, n. 4014, he precisato che, se si volesse aderire ad una diversa impostazione, quella per cui l'Amministrazione deve preservare la regolarità della gara anche a scapito della tutela dell'interesse pubblico, allora tale Amministrazione «*sarebbe irragionevole, sol che si rifletta sulla elementare considerazione per cui nessuna organizzazione può avere successo badando soprattutto a rispettare i vincoli senza preoccuparsi del raggiungimento degli obiettivi*». L'impostazione del nuovo Codice, attenta al raggiungimento del risultato, si pone, invece, «*in linea con il diritto U.E. e con i principi costituzionali*»[16], dal momento che mira a preservare gli interessi pubblici come "risultato" – appunto - primario e sostanziale della propria azione e non certo a soffermarsi sugli aspetti di regolarità formale attraverso i quali tale risultato è raggiunto.

È poi interessante osservare che, sempre secondo i Giudici amministrativi, il *trait d'union* tra discrezionalità e vincoli dell'Amministrazione è rappresentato dal "principio di proporzionalità", poiché esso «*comprende in sé il divieto di aggravio del procedimento, impedendo che nella fissazione o nell'interpretazione delle prescrizioni della legge di gara possano essere previsti adempimenti superflui o ridondanti*». Tale osservazione assume una particolare rilevanza nell'ambito del presente ragionamento poiché, da tale principio, deriva il corollario della c.d. «*strumentalità delle forme*» ad un interesse sostanziale dell'Amministrazione.

L'importanza, nello specifico, consiste nel fatto che il Consiglio di Stato ha espressamente riconosciuto che il "principio della strumentalità" «*è stato codificato, mediante l'icastica formula del principio del risultato, dall'art. 1 del nuovo codice degli appalti di cui al decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023*»[17]. Come già detto, in un'ottica ciclica, si può dire, in definitiva, che "tutto torna" al punto di partenza.

Tuttavia, è opportuno evidenziare, ancora, che la sentenza non si limita solo a ribadire la centralità e la portata innovativa dell'art. 1 del Codice, ma fa molto di più. Con la pronuncia qui richiamata, infatti, i Giudici prevengono possibili tensioni tra le tradizionali funzioni delle procedure ad evidenza pubblica e la necessaria flessibilità di cui deve godere

[16] Il Consiglio di Stato, sentenza n. 4014 del 2023 citata, ha rimarcato che «*la CGUE, sempre attenta agli aspetti sostanziali del singolo caso, non ha mai dato seguito ad approcci meramente formalistici, ispirati al solo rispetto della legalità o a una tutela fideistica della concorrenza. Nel recente caso Tim (cfr. Corte di Giustizia UE 30 gennaio 2020 in causa C-395/18), la Corte di Giustizia ha messo in evidenza che dal principio di proporzionalità consegue che le norme stabilite dagli Stati membri o dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dell'attuazione delle disposizioni delle direttive eurounitarie non devono andare oltre quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi previsti da queste ultime. Trattasi di un orientamento oramai consolidato a partire dal noto leading case Commissione contro Repubblica di Malta, C-76/08 del 10 settembre 2009, in tema sindacato di proporzionalità sulle misure adottate dagli stati membri in deroga agli obblighi previsti dalle direttive eurounitarie*».

[17] Sempre secondo Cons. Stato, n. 4014 del 2023 cit., «*era, invero, affermazione largamente condivisa, già sotto il regime del d.lgs. n. 163/2006, quella secondo la quale i principi applicabili ai contratti esclusi dalla diretta applicazione delle direttive comunitarie implicavano un obbligo di gara meno formale di quella imposta per i contratti inclusi*».

l'Amministrazione nell'ottica del risultato, sancendo il punto di equilibrio nell'attività di "bilanciamento"[18].

Per usare le parole della sentenza, i principi «*vanno ragionevolmente bilanciati e attuati secondo diverse graduazioni, dato che l'attuazione massima di tutti i principi coinvolti è solitamente impedita dal fatto che essi sono spesso incompatibili fra loro. Tuttavia, a tutti i principi deve essere garantita almeno un'attuazione minima (dal momento che ciascuno dei principi coinvolti è garantito dall'ordinamento, al pari degli altri). Per questa ragione, i principi vanno bilanciati, non massimizzati: la massimizzazione di un principio comporta l'«annichilimento» del principio o dei principi incompatibili e, dunque, la violazione dell'ordinamento che impone un'attuazione - ancorché minima - a tutti i principi dello stesso «rango». Rappresenta un'acquisizione largamente condivisa quella secondo cui, all'esito della predetta operazione di bilanciamento, il principio soccombente recede, come è stato acutamente rilevato in dottrina, nei limiti del criterio di proporzionalità. Il bilanciamento impedisce che vi sia un sacrificio integrale di un principio a favore dell'altro e risponde a una logica chiaroscurale di applicazione fino a un certo limite. Tali affermazioni trovano riscontro anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha avuto modo di affermare che l'applicazione di diversi principi generali può portare a differenti risultati secondo il diverso bilanciamento effettuato in concreto (Corte di Giustizia UE 10 luglio 2014 (in causa C-358/12), Consorzio Stabile Libor Lavori). Da quanto precede deriva, dunque, il dovere di applicare i principi di trasparenza e parità di trattamento secondo la regola della proporzionalità. Si pone così un rapporto costi-benefici che occorre rispettare nelle scelte relative all'affidamento dei contratti esclusi in relazione al valore, alle caratteristiche e all'oggetto del contratto*» (Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014).

A prescindere da ogni ulteriore constatazione, quindi, sembra ormai un dato di fatto acquisito quello per cui i principi e le norme previsti dalla direttiva n. 2014/23 e la loro trasposizione nel nuovo Codice dei contratti pubblici hanno comportato il verificarsi di una duplice conseguenza. Da un lato, la "elasticizzazione" dei modelli di selezione degli operatori economici privati e, dall'altro, la dilatazione degli spazi entro i quali l'Amministrazione può esercitare la propria discrezionalità nel decidere quale soluzione sia la più confacente al caso di specie per raggiungere un determinato risultato.

È alla luce di tali considerazioni, in definitiva, che è possibile svolgere un'analisi consapevole delle norme che il Codice dedica alla aggiudicazione dei contratti di concessione. Si tratta degli artt. 182 – 187, i quali, come detto, sono applicabili anche alla disciplina del Partenariato Pubblico-Privato in forza del rinvio di cui all'art. 174, co. 3, del medesimo Codice.

2. L'aggiudicazione delle concessioni: principi, regole e garanzie procedurali.

Il reticolato normativo concepito dal legislatore sovranazionale in tema di aggiudicazione dei contratti di concessione, unitamente al criterio direttivo imposto dalla legge delega, trova attuazione nel nuovo Codice dei contratti pubblici già nella primissima norma con cui si apre la corrispondente disciplina nazionale. L'art 182, infatti, per stessa ammissione del Consiglio di Stato, è governato da una "doppia anima", nel senso che, da un lato, riprende e attua la

[18] Secondo M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare* cit., p. 103, vi è da dire che «*la griglia concettuale deputata a guidare la ricerca dei variabili punti di equilibrio è nel nuovo codice tracciata dai primi tre articoli, che operano una rimodulazione dei rapporti tra vincoli e obiettivi. Gli artt. 1 e 3, D.Lgs. n. 36/2023 chiariscono che la concorrenza ha valore strumentale rispetto all'obiettivo di una contrattazione efficiente, nel rispetto dei vincoli europei che presidiano le opportunità di accesso al mercato e nel rispetto dei vincoli nazionali che presidiano legalità e buona amministrazione. L'art. 2, D.Lgs. n. 36/2023, dal canto suo, impedisce di ridurre il ruolo delle procedure di evidenza pubblica al diffidente contenimento della libertà di movimento dei funzionari e delle committenze pubblici, al fine di prevenire arbitrii*».

direttiva n. 2014/23 «*al fine di garantire la piena conformità al diritto europeo*» e, dall'altro, si «*muove in diretta e coerente attuazione del criterio aa) della legge di delega*».

Il primo aspetto è rintracciabile laddove la disposizione del Codice ricalca quasi integralmente l'art. 31 della direttiva n. 2014/23, e ciò anche «*a fronte del carattere dettagliato della stessa direttiva 23*». La norma, peraltro, contribuisce anche a riprendere alcune importanti indicazioni che, nella disciplina previgente, non erano state sufficientemente chiarite.

Il secondo aspetto, invece, emerge nell'intenzione della norma di "semplificare" e "razionalizzare" il quadro normativo in materia di aggiudicazione dei contratti di Partenariato Pubblico-Privato, nel solco di quanto tracciato dal criterio direttivo di cui alla citata lett. *aa*) della legge delega. Nello specifico, tale *ratio* si manifesta a livello sistematico, ossia nella concentrazione «*in un unico testo due disposizioni prima disorganicamente collocate in due diversi articoli (170 e 171)*»[19].

Tutto ciò è stato tradotto dal legislatore, in punto di diritto positivo, nell'art. 182 citato, il quale, non a caso, si caratterizza per una "architettura" ben precisa. La norma, infatti, è suddivisa, sostanzialmente, in tre ordini di disposizioni, ciascuna delle quali mira a regolare un aspetto specifico della più ampia disciplina dedicata al bando.

La prima categoria di prescrizioni apre l'art. 182, co. 1, il quale prevede che «*gli enti concedenti che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un bando di concessione*». La prescrizione mira a generalizzare la necessaria previa pubblicazione di un bando, al fine di garantire la massima trasparenza, apertura al mercato e la più ampia partecipazione nell'interesse concorrente di Amministrazione ed imprese potenzialmente interessate (cfr. Cons. Stato, Relazione), concedendo, quindi, al soggetto Pubblico una certa elasticità.

Tuttavia, la flessibilità attribuita ai soggetti Pubblici nello svolgimento delle procedure di gara trova un – seppur eventuale e parziale – limite nella possibilità loro concessa di prevedere nel medesimo bando delle c.d. "garanzie minime". La facoltà risponde alla necessità di bilanciare in modo corretto due opposte esigenze, ossia, da un lato, garantire parità di trattamento tra i candidati e trasparenza durante la procedura di aggiudicazione e, dall'altro, preservare la correttezza della gara e la bontà dell'esito finale, in linea con quanto previsto dalla direttiva n. 2014/23[20].

Nell'ambito della categoria di cui stiamo trattando, vi sono anche le prescrizioni circa il contenuto concreto del bando e, su questo punto, il co. 2 dell'art. 182 prevede che in esso debbano essere presenti «*le informazioni indicate nell'allegato IV.1 e, ove opportuno, ogni altra informazione ritenuta utile dall'ente concedente*». Dalla disposizione, emerge come il legislatore abbia

[19] Sulla "razionalizzazione" e sulla "semplificazione" apportate dall'art. 182 del Codice, cfr. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Art. 182. – Bando*, in (a cura di) L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, 2023, p. 1475, il quale mette in evidenza che «*diversa è anche la rubrica, ora maggiormente aderente alla direttiva: laddove l'art. 170 era rubricato "Requisiti tecnici e funzionali" e l'art. 171 "garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione", la norma in commento pone al suo centro il "Bando" sin dalla rubrica, dimostrando di voler ottemperare a quel criterio di maggiore razionalizzazione e semplificazione proprio in materia di bandi di concessione previsto dalla legge delega. Gli artt. 170 e 171, invero, si occupavano anche di altri aspetti delle procedure di aggiudicazione delle concessioni, mentre il Codice del 2023 isola le prescrizioni sul bando e le mette al centro dell'articolo in commento, in linea con la legge delega e soprattutto con la direttiva eurounitaria*».

[20] Il considerando n. 68 della direttiva n. 2014/23, infatti, prevede espressamente che «… *al fine di garantire parità di trattamento e trasparenza durante l'intera procedura di aggiudicazione, è opportuno prevedere garanzie minime per quanto riguarda la procedura di aggiudicazione, ivi comprese informazioni sulla natura e l'ambito di applicazione della concessione, la limitazione del numero di candidati, la diffusione delle informazioni ai candidati e agli offerenti e la disponibilità di registrazioni appropriate. È altresì necessario disporre che vengano rispettate le condizioni iniziali previste dal bando di concessione, per evitare disparità di trattamento tra i potenziali candidati*».

deciso di operare un evidente rinvio alla fonte "regolamentare" connessa al Codice stesso e ciò al fine di «*non appesantire inutilmente il testo della norma*» (cfr. *Relazione* cit.).

Per i fini che qui rilevano, è opportuno evidenziare che il prosieguo della disposizione legittima l'Amministrazione a fare ricorso "anche" al «*formato dei modelli uniformi predisposti dall'Autorità di regolazione del settore*». Questa specifica parte della norma, infatti, testimonia, per un verso, che il legislatore si è attenuto fedelmente al criterio di cui alla lett. *aa*) citato della legge delega[21] – laddove si incentivano «*razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo*» - e, per altro verso, non ha imposto rigide prescrizioni all'Amministrazione, lasciandole la libertà di decidere se ricorrere o meno a modelli pre-impostati, consentendole, come è evidente, di esercitare un certo grado di discrezionalità in base alle esigenze specifiche che vengono in considerazione nello specifico caso di specie.

A specificazione della disposizione appena analizzata, l'art. 182, co. 3, prevede che il bando sia integrato con ulteriori informazioni, ossia la precisazione che «*i beni pubblici o a destinazione pubblica eventualmente assegnati al concessionario per la gestione del servizio non possono essere utilizzati per lo svolgimento di attività economiche che non siano espressamente oggetto della procedura di affidamento*» e che «*per l'esecuzione di una quota dei servizi accessori affidati con la medesima procedura di gara, il concessionario si avvale di operatori economici terzi*». La particolarità da segnalare su questa disposizione consiste nel fatto che il primo ordine di informazioni è funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico ed è obbligatorio, nel senso che l'Amministrazione è tenuta per legge ad indicarle nel bando, mentre il secondo è di carattere facoltativo e, pertanto, spetta alla Stazione appaltante decidere se procedere ad inserirle o meno nel bando.

Il successivo co. 4, poi, prevede espressamente che «*il bando indica i requisiti tecnici e funzionali che definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione*», gravando, così, l'Amministrazione dell'obbligo di indicare i requisiti tecnici e funzionali dell'oggetto della concessione. Tale specificazione gioca un ruolo di riferimento fondamentale per le successive fasi della gara e, pertanto, a fini di inquadramento ermeneutico, assumono rilievo le indicazioni di origine europea secondo cui la scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi e la loro applicazione agli operatori economici è essenziale per garantire a questi l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato, è quindi opportuno «*stabilire che i criteri di selezione debbano riguardare soltanto la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori ed essere collegati all'oggetto del contratto, debbano essere indicati nel bando di concessione e non possano impedire a un operatore economico, salvo in circostanze eccezionali, di far ricorso alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con essi, qualora l'operatore dimostri all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che disporrà delle risorse necessarie*». Inoltre, al fine di una migliore integrazione di considerazioni sociali ed ambientali nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori «*dovrebbero avere la facoltà di applicare criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione della concessione riguardanti lavori o servizi oggetto del contratto di concessione sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, prestazione o commercializzazione di questi lavori o*

[21] Cfr. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Art. 182 cit.*, p. 1476.

servizi o in un processo specifico nel corso di una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale»[22].

La norma si pone, in ogni caso, in linea di continuità con la direttiva n. 2014/23 – di cui ne riprende il considerando n. 67 e l'art. n. 36 – e lo scopo ultimo è tutelare un adeguato grado di concorrenza[23]. Ma vi è di più.

Pur non essendo esplicito nel Codice, occorre tenere presente anche il c.d. "principio di equivalenza", secondo cui è ammesso a partecipare alla gara chi, pur non avendo presentato alla Stazione i prodotti specificamente indicati nel bando, ha dichiarato di avere la disponibilità di beni – appunto – equivalenti[24]. Il principio è espressione, oltreché del *favor partecipationis*, della discrezionalità tecnica di cui gode l'Amministrazione e ciò spiega perché la giurisprudenza ha sottolineato come di esso non debba essere fornita una lettura limitativa e formalistica[25].

Il principio rileva in questa sede perché esso testimonia la flessibilità di cui gode l'Amministrazione. Secondo il principio dell'equivalenza, infatti, la Stazione appaltante non può escludere un concorrente dalla gara per difformità dei requisiti contenuti nell'offerta rispetto ai documenti di gara se questi è in grado di dimostrarne l'equivalenza.

Si tratta, all'evidenza, di consentire al Pubblico di esercitare discrezionalità tecnica che, come tale, non può essere censurata se non per vizi legati a manifesta erroneità o evidente illogicità del giudizio stesso[26]. Del pari, anche il privato deve essere, in un certo senso, responsabilizzato della ricerca di soluzioni che siano in grado di soddisfare quanto chiesto dall'Amministrazione al fine di raggiungere al meglio l'obiettivo posto dalla più complessiva operazione economica.

La seconda categoria di disposizioni tratta le eccezioni all'obbligo di previa pubblicazione del bando di cui all'art. 182, co. 1, disciplinando i casi in cui viene delimitata l'operatività di tale principio. Il co. 7, infatti, del medesimo art. 182 elenca i rigorosi presupposti[27] (da

---

[22] Il Consiglio di Stato, nella Relazione citata, specifica anche che «*criteri e condizioni riguardanti tale processo di produzione o prestazione possono ad esempio consistere nel fatto che i servizi oggetto della concessione siano prestati usando macchine efficienti dal punto di vista energetico. In base alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, vi rientrano anche criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione della concessione riguardanti l'utilizzazione di prodotti del commercio equo e solidale nel corso dell'esecuzione della concessione da aggiudicare. I criteri e le condizioni riguardanti il commercio e le relative condizioni possono fare riferimento, per esempio, all'obbligo di pagare ai subappaltatori un prezzo minimo e un sovrapprezzo. Le condizioni di esecuzione della concessione basate su considerazioni ambientali potrebbero comprendere, ad esempio, la riduzione al minimo dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse*».

[23] Cfr. F. RUMMA, *Procedura di gara, contratti misti e affidamenti dei concessionari*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 3, p. 305; in termini anche C. CONTESSA, *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in Urbanistica e appalti, 2016, fasc. 8-9, p. 933; M.F. MATTEI, *Commento all'art. 170*, in C. CONTESSA e D. CROCCO, *Appalti e concessioni - Le nuove direttive europee*, Roma, 2015, pp. 157 ss..

[24] Secondo la giurisprudenza il principio di equivalenza «*permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste risponde al principio del favor partecipationis (ampliamento della platea dei concorrenti) e costituisce altresì espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione*» (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 17 agosto 2020, n. 5063; Cons. Stato, Sez. III, 18 settembre 2019, n. 6212; Cons. Stato, Sez. III, n. 4364/2013; Cons. Stato, Sez. III, n. 4541/2013; Cons. Stato, Sez. III, n. 5259/2017; Cons. Stato, Sez. III, n. 6561/2018).

[25] Cfr. Cons. giust amm. Sicilia 20 luglio 2020, n. 634, secondo cui «*ovviamente l'equivalenza va ragguagliata alla funzionalità di quanto richiesto dalla pubblica Amministrazione con quanto offerto in sede gara, non certo alla mera formale descrizione del prodotto*». Cfr., anche, Cons. Stato, Sez. III, 28 settembre 2018, n. 5568; Cons. Stato, Sez. III, 2 marzo 2018, n. 1316; Cons. Stato, Sez. III, 29 marzo 2018, n. 2013.

[26] Cfr. F. RUMMA, *Procedura di gara* cit. p. 305, secondo cui «*diversamente, non potrà essere sostituito con diversi giudizi tecnici resi in giudizio a mezzo Consulenza tecnica o dal Giudice*».

[27] L'art. 281, co. 7, del Codice, prevede espressamente che «*in deroga al comma 1, agli enti concedenti non è richiesto di pubblicare un bando di concessione quando i lavori o i servizi possono essere forniti soltanto da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:*

intendersi di stretta interpretazione e non estendibili analogicamente in quanto norme di eccezione ad un principio generale, secondo il Consiglio di Stato), mentre il successivo co. 8 detta una regola di chiusura - che conferma la predetta stretta interpretazione – a mente della quale le eccezioni si applicano unicamente qualora non esistano alternative o sostituti ragionevoli e l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiosa dei parametri per l'aggiudicazione della concessione[28].

Infine, sempre in termini di eccezione al principio generale dell'obbligo di previo bando, vi è anche il successivo comma 9, laddove si statuisce che all'Amministrazione «*non è richiesto di pubblicare un nuovo bando di concessione qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura o alcuna candidatura appropriata in risposta a una precedente procedura di concessione, purché le condizioni iniziali del contratto di concessione non siano sostanzialmente modificate*». Laddove si ponga una tale evenienza la previsione impone l'invio di una relazione all'Autorità di regolazione del settore.

La terza e ultima categoria raccoglie disposizioni tra loro eterogenee, che attengono sia ad aspetti sistematici sia ad aspetti procedurali e/o procedimentali che riguardano il bando.

In tal senso, viene in considerazione, innanzitutto, l'art. 182, co. 5, secondo cui «*i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico-finanziario, sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. I bandi possono anche richiedere che le offerte siano corredate da manifestazioni di interesse dell'istituto finanziatore. Tali avvisi contengono le informazioni di cui all'allegato VI alla direttiva 2014/23/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014*». La norma appare in linea con il criterio della legge delega di cui alla lett. *ff*), e, soprattutto, più chiara rispetto a quanto previsto dal previgente art. 171 del D.lgs. n. 50 del 2016, il quale si limitava a vincolare la concessione al rispetto del piano economico-finanziario[29].

Il successivo co. 6, invece, prevede che «*gli enti concedenti che intendono aggiudicare una concessione per servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IV alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, rendono nota l'intenzione di aggiudicare la prevista concessione mediante la pubblicazione di un avviso di pre-informazione*…». La norma, quindi, specifica la previsione della previa pubblicazione di un avviso di gara in relazione ad alcune tipologie di servizi particolari, in coerenza con la previsione della direttiva, sotto la forma di un c.d. "avviso di pre-informazione".

Il comma 10 reca la previsione di carattere procedurale, tesa a chiarire che un'offerta è in radice non ammissibile laddove non presenti alcuna pertinenza con la concessione e sia, quindi, manifestamente inadeguata, a meno di modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze e ai requisiti dell'Amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore specificati

a) l'oggetto della concessione è la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte o di una rappresentazione artistica unica;
b) l'assenza di concorrenza per motivi tecnici;
c) l'esistenza di un diritto esclusivo;
d) la tutela dei diritti di proprietà intellettuale e di diritti esclusivi diversi da quelli definiti all'articolo 5, punto 10, della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014».

[28] L'art. 182, co. 8, del Codice, dispone che «*le eccezioni di cui al comma 7, lettere b), c) e d) si applicano unicamente qualora non esistano alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiosa dei parametri per l'aggiudicazione della concessione*».

[29] Cfr. I. GOBBATO, *Commento all'art. 171*, in (a cura di) L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017, p. 1401.

nei documenti di gara[30]. I commi 11 e 12, infine, contengono le regole sulla pubblicazione degli atti di gara a livello sovranazionale (per le concessioni di importo superiore alle soglie di rilevanza europea) o nazionale[31].

La scelta del legislatore nazionale di attuare quasi letteralmente le disposizioni in materia di aggiudicazione previste dalla direttiva n. 2014/23 e di allinearsi in maniera aderente alle prescrizioni imposte dalla legge delega si rintracciano anche nel dettato dell'art. 183 del Codice, dedicata alla regolazione del "procedimento" vero e proprio di aggiudicazione. E ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo, la disposizione si muove nell'ottica di garantire la conformità al diritto europeo e ciò emerge sia sul piano sistematico – nell'accorpamento in un unico testo di alcune previsioni sparse nel vigente articolato codicistico (artt. 171 e 172) – sia a livello letterale – nel riprendere la formulazione dettagliata della direttiva -[32]. In secondo luogo, al pari dell'art. 182 citato, anche l'art. 183 si pone in diretta e coerente attuazione del criterio *aa*) della legge di delega, mirando a razionalizzare e semplificare il quadro normativo in materia di aggiudicazione delle concessioni – e, quindi, anche del Partenariato Pubblico-Privato - rispetto alla analoga disciplina previgente[33].

La norma si apre, al co. 1, con l'intento di ribadire un principio generale, ossia che «*le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri di aggiudicazione stabiliti dall'ente concedente*» purché siano soddisfatte determinate condizioni. Si tratta, nello specifico, di circostanze che riguardano l'offerta e l'offerente, ossia l'obbligo che a) l'offerta risponda ai requisiti minimi eventualmente prescritti dall'ente concedente; b) l'offerente ottemperi alle condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica richieste nel bando; infine, c) l'offerente non sia escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione per l'operatività di cause di esclusione automatiche[34] o cause di esclusione non automatiche[35], oppure, ancora, per gravi infrazioni in materia di sicurezza sul lavoro, ambiente, salute e contratti collettivi[36].

---

[30] Art. 182, co. 10, del Codice prevede che «*un'offerta è ritenuta non appropriata se non presenta alcuna pertinenza con la concessione ed è quindi manifestamente inadeguata, a meno di modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze e ai requisiti dell'ente concedente specificati nei documenti di gara*».

[31] L'art. 182, co. 11, del Codice dispone che «*i bandi, gli avvisi di pre-informazione e gli avvisi di aggiudicazione relativi alle concessioni di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea sono redatti dagli enti concedenti e trasmessi all'ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea con le modalità previste dall'articolo 84. Gli avvisi di aggiudicazione delle concessioni contengono le informazioni di cui all'allegato VII alla direttiva 2014/23/CE 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 o, in relazione alle concessioni di cui al comma 6 del presente articolo, le informazioni di cui all'allegato VIII alla stessa direttiva*». Il successivo co. 12, invece, prevede che «*in ordine alla pubblicazione a livello nazionale di bandi, avvisi di pre-informazione e avvisi di aggiudicazione, si applica l'articolo 85*».

[32] Sul punto, il Consiglio di Stato, *Relazione* cit., ha osservato che «*in materia, la giurisprudenza ha chiarito che la relativa procedura di scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato UE e di quelli generali relativi al codice dei contratti pubblici, tra cui quelli di trasparenza, di adeguata pubblicità, di non discriminazione, di parità di trattamento, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e con predeterminazione dei criteri selettivi e secondo le regole applicabili dalla normativa qui ripresa. La nuova formulazione, nel muoversi in tale ottica, mira a garantire e favorire il ricorso allo strumento in questione, sino ad ora non adeguatamente utilizzato*».

[33] Secondo A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Art. 183. – Procedimento*, in (a cura di) L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, 2023, p. 1481, le differenze «*sono visibili già dalle rubriche degli articoli. Se il previgente art. 171 era rubricato "garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione", e l'art. 172 "selezione e valutazione qualitativa dei candidati", la norma in commento va dritta al punto e disciplina in ogni suo aspetto la "procedura"*».

[34] Cfr. art. 94 del Codice.

[35] Cfr. art. 95 del Codice.

[36] Il riferimento è agli accordi internazionali elencati nell'allegato X alla direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 96, 97 e 98.

È opportuno evidenziare che il legislatore ha voluto applicare anche per il Partenariato Pubblico-Privato la disciplina del c.d. "non automatismo escludente", ossia che, con riferimento a specifiche ipotesi, un candidato non è escluso se non previa valutazione in tal senso da parte della Stazione appaltante[37]. Il che dimostra quanto il legislatore abbia voluto, ancora una volta, privilegiare il raggiungimento del risultato e, nel farlo, lasciare un non trascurabile margine di discrezionalità in capo all'Amministrazione.

In quest'ottica, peraltro, assume concretezza anche il co. 2, ai sensi del quale i requisiti minimi di cui si è detto devono contenere «*le condizioni e le caratteristiche, in particolare tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche, che ogni offerta deve soddisfare o possedere*». Ciò significa che l'offerente deve ottemperare alle condizioni di partecipazione determinate nei documenti di gara con riferimento alle capacità tecniche e professionali ed alle capacità economiche e finanziarie, con evidente assunzione di responsabilità in ordine alle dichiarazioni rese, anche in prospettiva del principio della fiducia.

Per mettere il concorrente nelle condizioni di assolvere ai propri oneri, l'art. 183, co. 3, impone agli enti concedenti di fornire «*nel bando di concessione, una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione e, nell'invito a presentare offerte o negli altri documenti di gara, una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, dei requisiti minimi da soddisfare*». Così facendo, l'Amministrazione fornisce agli operatori economici privati gli strumenti necessari per poter presentare un'offerta consapevole e, quindi, evitare di essere discriminati nel corso del procedimento vero e proprio di aggiudicazione.

In linea con quest'esigenza, si pone anche la facoltà riconosciuta alla Stazione appaltante dal successivo co. 4 di poter «*limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi*». Se l'Amministrazione intende procedere in tal senso, è allora tenuta ad invitare a partecipare alla procedura un numero di candidati o di offerenti «*sufficiente*» a garantire un'effettiva concorrenza.

La norma deve essere interpretata come una disposizione ampliativa della flessibilità di cui dispone una Stazione appaltante in sede di procedimento di gara, con il limite espresso, tuttavia, del rispetto delle esigenze pro-concorrenziali. Del pari, la libertà del soggetto Pubblico trova un limite anche nell'obbligo di fornire una motivazione adeguata sul perché

[37] Il c.d. "non automatismo escludente", per come disciplinato dall'art. 95 del Codice, rappresenta una novità rispetto al precedente d.lgs. n. 50 del 2016, dove si parlava di cause di esclusione "facoltative" e con conseguente, notevole difficoltà nell'interpretazione del concetto di "facoltà" esercitabile in relazione all'esclusione da parte dell'Amministrazione. Sul punto, il Consiglio di Stao, *Relazione* cit., ha chiarito che «*la ragione della modifica rispetto alla denominazione di 'cause di esclusione facoltativa', sino a questo momento invalsa, riposa nella constatazione che essa si prestava ad ingenerare l'equivoco per cui, pur in presenza di un motivo di esclusione (rientrante tra quelli 'facoltativi'), la stazione appaltante potesse stabilire di non disporre l'esclusione dell'operatore economico*». La differenza tra causa di esclusione "automatica" e "non automatica" risiede nel margine di discrezionalità che può essere esercitato dalla Stazione appaltante: nel primo caso, lo spazio interpretativo è nullo, nel senso che al ricorrere di una delle condizioni previste dalla norma, la sanzione dell'esclusione scatta automaticamente; nel secondo, invece, tale sanzione, per poter essere applicata, richiede di esperire un preventivo vaglio istruttorio, che si concretizza nell'esercizio di discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione procedente. Sul concetto di "non automatismo", cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 27 maggio 2021, n. 9; in dottrina, cfr. E. D'ALTERIO, *I poteri sanzionatori in materia di contratti pubblici*, in Giornale di diritto amministrativo, 2022, fasc. 1, pp. 99 ss.. Sui limiti di applicabilità delle cause di esclusione automatica, cfr. A. NICODEMO, *Il cronoprogramma nell'offerta: tra tassatività delle cause di esclusione, soccorso istruttorio e i criteri interpretativi da adottare, nota a sentenza T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 29 marzo 2019, n. 501*, in Urbanistica e appalti, 2019, fasc. 5, pp. 709 ss.; A. AMORE, *Le cause di esclusione di cui all'art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 tra Linee guida dell'ANAC e principi di tassatività e legalità*, in Urbanistica e appalti, 2017, fasc. 6, pp. 763 ss..

e sulle modalità con cui lo stesso ha deciso di procedere in difformità alla disciplina fisiologica del procedimento di aggiudicazione[38].

In termini procedurali, peraltro, il co. 5 chiede che l'ente concedente comunichi a tutti i partecipanti la descrizione della prevista organizzazione della procedura e un termine indicativo per il suo completamento. Le eventuali modifiche, poi, devono essere comunicate a tutti i partecipanti e, nella misura in cui riguardino elementi indicati nel bando di concessione, devono essere rese pubbliche per tutti gli operatori economici.

Tutto ciò, secondo quanto previsto dall'art. 183, co. 6, deve essere svolto attraverso il «*ricorso alla digitalizzazione della procedura secondo le norme di cui al Libro I, Parte II*». L'utilizzo di supporti e modalità digitali, inoltre, deve essere fondato sulla garanzia che la trasparenza della procedura e l'imputabilità degli atti siano rigorosamente osservati.

La prescrizione è pienamente aderente all'art. 19, co. 3, del Codice, secondo cui le attività e i procedimenti amministrativi connessi al ciclo di vita dei contratti pubblici sono svolti digitalmente, mediante le piattaforme e i servizi digitali infrastrutturali delle stazioni appaltanti e degli enti concedenti. Il richiamo ha un peso non secondario, dal momento che, da un lato, ricorda come il Partenariato Pubblico-Privato sia, sempre e comunque, un'operazione economica "ciclica" e, dall'altro, che l'attuazione dei principi di neutralità tecnologica, protezione dei dati personali e di sicurezza informatica testimoniano come «*il nuovo Codice sia un Codice di principi*»[39].

In proposito, vi è da dire che la disposizione dalla quale emerge con maggior evidenza la portata innovativa del Codice e, soprattutto, il (tentativo di conferire) maggior grado di flessibilità all'Amministrazione procedente è l'art. 183, co. 7. Tale norma, infatti, prevede espressamente che «*l'ente concedente può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti*», recuperando quello che, nel vigore della precedente disciplina, era parso uno degli aspetti maggiormente significativi.

L'operatività della norma, tuttavia, incontra una duplice limitazione, poiché, per un verso, è previsto che «*l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non sono modificati nel corso delle negoziazioni*» e, per altro verso, che «*tali negoziazioni sono condotte di regola attraverso un dialogo competitivo*». Ciò significa che la libertà offerta alla Stazione appaltante sconta la necessità di dover rispettare vincoli di non poco conto, ossia non poter trattare insieme all'operatore economico privato la fisionomia di un nucleo preciso di elementi della concessione[40] e, comunque, di dover rispettare "di regola" la procedura del dialogo competitivo[41].

L'ente concedente, ai sensi del successivo co. 8, verifica le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di autocertificazioni o referenze che devono essere presentate come prova in base ai requisiti specificati nel bando di concessione. Tali requisiti sono non discriminatori e proporzionati all'oggetto della concessione e le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del

---

[38] Cfr. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Art. 183* cit., pp. 1481 – 1482; I. GOBBATO, *Commento all'art. 171* cit., p. 1402.

[39] Cfr. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Art. 183* cit., p. 1482; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 1, pp. 1 ss.

[40] Cfr. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *op. ult.* cit..

[41] Come evidenziato dal Consiglio di Stato, Relazione cit., l'ultimo periodo del comma 7 «*aderendo al suggerimento contenuto nel libro verde del 2004 della Commissione europea, contiene l'indicazione secondo la quale le negoziazioni sono condotte di regola attraverso un dialogo competitivo ai sensi dell'art. 74*».

concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva.

L'art. 183, co. 9 e 10, disciplina uno specifico aspetto del procedimento, normando l'applicazione - anche nell'ambito del Partenariato Pubblico-Privato - dello strumento pro-concorrenziale che consente la partecipazione di quanti più operatori economici possibili, ossia l'avvalimento. La disposizione, infatti, prevede (al co. 9) che per soddisfare le suindicate condizioni di partecipazione «*l'operatore economico può affidarsi alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con loro*».

È opportuno evidenziare che la norma intende "responsabilizzare" il privato, imponendogli, qualora voglia fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, di «*dimostrare all'ente concedente che disporrà delle risorse necessarie per l'intera durata della concessione, per esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di detti soggetti*». La prescrizione è, in modo evidente, permeata dai concetti di ciclicità, risultato e, allo stesso tempo, "fiducia" tra Pubblico e privato[42].

Per quanto riguarda la capacità finanziaria, all'ente concedente spetta la facoltà di richiedere che l'operatore economico e i soggetti in questione siano responsabili in solido dell'esecuzione del contratto. La disposizione mira a dare certezza alla gara.

In base al co. 10, le stesse condizioni previste dal precedente co. 9 valgono anche affinché un raggruppamento di operatori economici possa far valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti. È interessante osservare come il legislatore non adoperi mai la parola "avvalimento", pur facendo, senza ombra di dubbio, riferimento a tale istituto[43].

Eppure, la norma in questione tiene a precisare, attraverso una espressione che si pone in linea con quanto previsto dall'art. 38, par. 2, della direttiva n. 2014/23, che l'istituto dell'avvalimento può essere esperito "*ove opportuno e nel caso di una particolare concessione*". È quindi ragionevole dire che tutto ciò «*può significare che, in ragione delle peculiarità delle concessioni rispetto agli appalti pubblici, il legislatore ha ritenuto di assicurare alle amministrazioni concedenti un margine di discrezionalità più ampio - rispetto a quello riconosciuto alle stazioni appaltanti per l'aggiudicazione degli appalti pubblici - nel delimitare, nella lex specialis della procedura, il ricorso all'avvalimento*»[44].

---

[42] Per dare concretezza a quanto si vuole dire nel testo, è più che doveroso il rinvio a quanto evidenziato dal Consiglio di Stato, Relazione cit., p. 15, secondo cui «*molti istituti del codice, anche di derivazione europea (dal soccorso istruttorio al c.d. self-cleaning) presuppongono, d'altronde, la fiducia dell'ordinamento giuridico anche verso i soggetti privati che si relazionano con la pubblica amministrazione. Dall'altro lato, la fiducia è legata a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta del principio di presunzione legittimità dell'azione amministrativa. Non si tratta, allora, di "regalare la fiducia" a funzionari che non la meritano, né tanto meno di incidere sull'intensità del sindacato giurisdizionale. Si tratta, al contrario, di dettare una regola chiara: ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività. Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone. Ciò presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere. Ogni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione: esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale*».

[43] Cfr. F. RUMMA, *Procedura di gara* cit., p. 307, che mette in evidenza come «*il riferimento all'istituto dell'avvalimento è chiaro anche se, a differenza dell'art. 172, D.Lgs. n. 50/2016, che rinviava espressamente all'art. 89 in tema di Avvalimento, il Legislatore ha omesso di rinviare espressamente all'attuale art. 104*». In tema, cfr. L. TARANTINO, *L'avvalimento dalle origini al nuovo Codice*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, fasc. 2, pp. 286 ss..

[44] Così M. CALCAGNILE, *L'avvalimento nelle concessioni e la scelta delle amministrazioni aggiudicatrici*, in *Federalismi.it*, 22 novembre 2017.

A prescindere dalla novità o meno della norma[45], essa appare comunque utile ad incentivare il ricorso allo strumento della cooperazione partenariale e, soprattutto, a mettere in risalto il fatto che uno degli elementi qualificanti dell'operazione economica è la traslazione sul privato della responsabilità circa la gestione della stessa. A tale norma, peraltro, si lega anche l'ultima disposizione in commento.

L'art. 183 del Codice, infatti, si chiude con il co. 11, secondo cui «*si applicano le disposizioni in materia di soccorso istruttorio di cui all'articolo 101*», prescrizione che amplia la possibilità per i privati di rimanere all'interno della procedura ad evidenza pubblica, fornendo loro un rimedio di carattere procedimentale. Pare opportuno sottolineare, allora, che estendere espressamente anche alle concessioni – e, quindi, di riflesso, al PPP – l'istituto del soccorso istruttorio dimostra la volontà del legislatore di raggiungere quanto più possibile il "risultato" cui tutta l'architettura del Codice è preordinata.

In tal senso si pone anche la disciplina dei "termini" dettata dal successivo art. 184, disposizione che, ancora una volta, dà attuazione alla direttiva n. 2014/23 – e, nello specifico, agli artt. 39 e 40, e si pone, di conseguenza, nell'ottica di garantire la piena conformità ai principi europei, fornendo una serie di regole ed indicazioni tese a favorire il rilancio del ricorso allo strumento della concessione. Come evidenziato dal Consiglio di Stato, infatti, le norme di principio in esame «*possono costituire un fondamentale riferimento per tutte le amministrazioni, al fine di incanalare in rassicuranti canali procedurali le innovazioni e le potenzialità derivanti dal coinvolgimento di privati nella realizzazione degli obiettivi pubblici, le norme redatte in termini di principio possono infatti conciliare il minimo necessario di procedimentalizzazione con il rilancio della discrezionalità dell'amministrazione*».

Prima di analizzare le prescrizioni contenute nell'art. 184, è opportuno sottolineare che, in linea generale, la previsione di un termine costituisce un adempimento imposto dal considerando n. 62 della direttiva n. 2014/23, avente anche valenza ermeneutica della legislazione attuativa, laddove afferma che «*per consentire a tutti gli operatori interessati di presentare domanda di partecipazione e offerte, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori dovrebbero essere tenuti a rispettare un termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte*». È in quest'ottica, pertanto, che deve essere letta la regolazione codicistica nazionale sul punto.

L'art. 184, co. 1, detta la regola generale di indirizzo, secondo cui «*nel fissare i termini per la ricezione delle domande o delle offerte, gli enti concedenti tengono conto, in particolare, della complessità della concessione e del tempo necessario per preparare le offerte o le domande*». In ogni caso, la norma fa espressamente salva l'esigenza di rispettare «*i termini minimi stabiliti dal presente articolo*».

Il successivo co. 2 specifica tale regola di fondo con riferimento alle ipotesi in cui, nell'esercizio della propria discrezionalità, l'Amministrazione valuti necessaria la previa visita dei luoghi ovvero la consultazione *in loco* dei documenti allegati ai documenti di gara. In tali circostanze, «*i termini per la ricezione delle domande di partecipazione alla concessione o per la ricezione delle offerte sono stabiliti in modo che tutti gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza delle*

[45] Cfr. F. RUMMA, *op. ult.* cit., secondo cui «*la norma non porta alcuna innovazione rispetto alla precedente disciplina, ribadendo in sostanza quella differenza ontologica che sussiste tra un appalto ed una concessione. Infatti, la circostanza che il concessionario sia investito della gestione della concessione ed al relativo rischio, è alla base della scelta del Legislatore di riconoscere alle amministrazioni concedenti un ampio potere discrezionale in ordine alla scelta di escludere o comunque limitare, nella lex specialis della procedura, il ricorso all'avvalimento quale modalità di organizzazione del servizio e, dunque, riconoscendo alle stazioni appaltanti notevoli margini di apprezzamento discrezionale nelle scelte di organizzazione delle procedure*».

informazioni necessarie per presentare le domande o le offerte», e sono comunque superiori ai termini minimi stabiliti dalla disciplina europea[46].

Sul punto, la regola generale è che il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione alla concessione, comprese eventualmente le offerte, è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando (co. 3), ma se la procedura si svolge in fasi successive, allora il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di ventidue giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerte (co. 4)[47]. Pur non essendo espressamente scritto, dal tenore delle norme emerge un dato rilevante – evidenziato nella propria Relazione dal Consiglio di Stato – ossia che le norme appena citate attribuiscono estrema rilevanza alla digitalizzazione.

In relazione alle comunicazioni, l'art. 184, co. 5, prevede l'onere[48] per l'Amministrazione di comunicare «*quanto prima, e in ogni caso entro quindici giorni, agli offerenti le decisioni prese riguardo all'aggiudicazione, in particolare il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto, i motivi del rigetto della domanda di partecipazione e dell'offerta, nonché i motivi per i quali ha deciso di non aggiudicare un contratto per il quale sia stato pubblicato un bando di concessione o di riavviare la procedura*». Tuttavia, alla medesima Amministrazione non è imposto anche l'onere di comunicare a ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata, in quanto a tale adempimento si è tenuti a procedere solo «*su richiesta della parte interessata*» nel termine massimo di quindici giorni dalla ricezione di una richiesta scritta.

È interessante osservare come la struttura della norma preveda, da un lato, una componente rigida, ossia un vero e proprio vincolo per l'ente concedente ma, dall'altro, lasci al medesimo la flessibilità di non aggravare ulteriormente il procedimento, quantomeno fino a che non gli sia sottoposta una apposita richiesta scritta. D'altronde, tale comma si muove nell'ottica della responsabilizzazione reciproca e della previsione di regole tese a favorire un corretto rapporto procedimentale, trasparente e informato tra le parti coinvolte[49].

Nella medesima ottica, si muove, da ultimo, anche il co. 6. L'art. 184, infatti, si chiude con l'indicazione di fondo per cui l'Amministrazione può decidere di non divulgare talune informazioni relative al contratto, qualora la loro diffusione «*ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi operatori*».

La disamina della fase ad evidenza pubblica in senso stretto si chiude con l'art. 185, dedicato ai "criteri di aggiudicazione". La norma recepisce l'art. 41 della direttiva n.

---

[46] L'art. 184, co. 2, del Codice rinvia ai paragrafi 3 e 4 dell'articolo 39 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.

[47] Sui termini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2017, n. 2735 che, statuendo su una impugnazione avente ad oggetto un avviso di gara (per la concessione di servizi), e nello specifico l'illegittimità del termine fissato dall'Amministrazione per la presentazione delle domande nella fase di prequalificazione, i Giudici hanno stabilito che «*la pretesa impossibilità di presentare un'offerta consapevole e sostenibile, frutto di una ponderata valutazione di convenienza sulla base delle condizioni predeterminate dall'amministrazione, non può essere lamentata in questa fase della procedura, ma casomai in quella conseguente all'invito a formulare tale offerta inviato dall'Autorità d'ambito agli operatori selezionati. 9. Pertanto, in assenza di clausole di fatto escludenti ai fini della partecipazione (cfr. censure sub lettere a, b e c) non sussisteva ragione alcuna per non presentare domanda di partecipazione ad opera della società ricorrente*».

[48] Cfr. F. RUMMA, *Procedura di gara* cit., p. 308, secondo cui «*nella Relazione, cit., 219, si parla di "onere" anziché "obbligo" evidentemente per l'assenza di previsione di un espresso obbligo per l'Amministrazione di rispetto del termine di quindici giorni, e, di converso, delle conseguenze, per esempio ai fini della valutazione della performance individuale, del mancato rispetto di detto termine*». La tesi, tuttavia, non convince, poiché, così argomentando, si finirebbe per svuotare di significato l'intento del legislatore di dare certezza agli operatori economici e, soprattutto, di raggiungere in tempi quanto più celeri possibile il risultato finale.

[49] Consiglio di Stato, *Relazione* cit., p. 220.

2014/23/UE e, rispetto alla disciplina previgente, rende, quindi, la disciplina più omogenea con la direttiva medesima.

Il co. 1 pone come regola generale che per l'aggiudicazione dei contratti «*l'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità*», mentre l'aggiudicatario «*provvede alla predisposizione del successivo livello progettuale*». Le concessioni sono, quindi, aggiudicate sulla base di criteri oggettivi, tali da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'ente concedente.

Per l'individuazione di tali criteri, il co. 2 mira a prevenire una incondizionata libertà di scelta da parte dell'Amministrazione e, pertanto, ancora la loro individuazione «*all'oggetto della concessione*». Peraltro, in linea con quanto previsto dal considerando n. 63 della direttiva, viene data specifica rilevanza ai criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione.

Tali criteri sono accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti. L'Amministrazione verifica la conformità delle offerte ai criteri di aggiudicazione.

In base al co. 3, l'ente concedente deve elencare i criteri in ordine decrescente di importanza. La prescrizione, in coerenza con il carattere oggettivo e con la necessità di chiarire l'ordine di priorità dell'ente concedente, pone in risalto il concetto di "risultato", dal momento che, in sostanza, impone all'Amministrazione di fare luce su quali siano gli interessi pubblici perseguiti dall'operazione economica complessiva.

L'art. 185, co. 4, prevede una deroga espressa alla regola generale impartita dal co. 1, legittimando, in via eccezionale, la Stazione appaltante a modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di un'offerta che propone «*una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un ente concedente diligente*». Ovviamente, per *par condicio*, l'ente concedente è tenuto ad informare tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza e ad emettere un nuovo invito a presentare offerte, mantenendo ben evidenti tanto i nuovi criteri di aggiudicazione quanto i requisiti richiesti[50].

---

[50] Sul punto, pare opportuno richiamare per intero quanto osservato dal Consiglio di Stato, Relazione cit., p. 221, in ragione dell'importanza delle considerazioni ivi svolte. Secondo i Giudici, infatti, quando si parla di requisiti occorre ribadire «*l'importanza dell'integrazione dei requisiti in materia ambientale, sociale e di lavoro nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, nonché della scelta di criteri di selezione proporzionati, non discriminatori ed equi, la cui applicazione agli operatori economici è essenziale per garantire a questi l'effettivo accesso alle opportunità economiche offerte dalle concessioni. In particolare, la possibilità concessa ai candidati di far ricorso alle capacità di altri soggetti può essere un fattore determinante per consentire la partecipazione delle PMI. È quindi opportuno stabilire che i criteri di selezione debbano riguardare soltanto la capacità tecnica, professionale, finanziaria ed economica degli operatori ed essere collegati all'oggetto del contratto, debbano essere indicati nel bando di concessione e non possano impedire a un operatore economico, salvo in circostanze eccezionali, di far ricorso alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con essi, qualora l'operatore dimostri all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che disporrà delle risorse necessarie. Ciò va conseguentemente tenuto prese ai fini dell'individuazione dei criteri di aggiudicazione. A tal fine va garantita alle amministrazioni la facoltà di applicare criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione della concessione riguardanti lavori o servizi oggetto del contratto di concessione sotto ogni aspetto e in qualsiasi fase dei loro cicli di vita, dall'estrazione delle materie prime per il prodotto alla fase di smaltimento dello stesso, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, prestazione o commercializzazione di questi lavori o servizi o in un processo specifico nel corso di una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale. Criteri e condizioni riguardanti tale processo di produzione o prestazione possono, ad esempio, consistere nel fatto che i servizi oggetto della concessione siano prestati usando macchine efficienti dal punto di vista energetico. In base alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, vi rientrano anche criteri di aggiudicazione o condizioni di esecuzione della concessione riguardanti l'utilizzazione di prodotti del commercio equo e solidale nel corso dell'esecuzione della concessione da aggiudicare. I criteri e le condizioni riguardanti il commercio e le relative condizioni possono fare riferimento, per esempio, all'obbligo di pagare ai subappaltatori un prezzo minimo e un sovrapprezzo. Le condizioni di esecuzione della concessione basate su considerazioni ambientali potrebbero comprendere, ad esempio, la riduzione al minimo dei rifiuti o l'uso efficiente delle risorse. I criteri di aggiudicazione o le condizioni di esecuzione della concessione riguardanti aspetti sociali del processo di produzione vanno poi applicati*

La norma si chiude con due previsioni tese a garantire, da un lato, la selezione di una proposta adeguata e, dall'altro, la correttezza della procedura.

Sotto il primo aspetto, il co. 5 prevede - con specifico riferimento alle valutazioni che le commissioni sono chiamate a svolgere - che «*prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario*»[51].

Sotto il secondo aspetto, invece, il co. 6 impone che i componenti di dette commissioni di valutazione siano «*altamente qualificati e competenti*»[52] e che il bando possa prevedere «*l'oscuramento dei nomi degli operatori economici che hanno presentato l'offerta*».

Richiamando, sul punto, giurisprudenza ormai costante[53], si può dire che «*la competenza ed esperienza richieste ai commissari deve essere riferita ad aree tematiche omogenee e non anche alle singole e specifiche attività oggetto dell'appalto*»[54]. Ciò significa che «*non è richiesta, cioè, una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto*»[55].

Inoltre, va considerata la necessità di riferire l'attributo delle specifiche competenze non già a ciascun singolo componente, bensì alla Commissione nel suo complesso. In tale prospettiva «*è pacifico che la presenza di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa sia di natura tecnica, risponde, in un rapporto di complementarietà, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto (cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 10 giugno*

---

conformemente alla direttiva 96/71/CE, quale interpretata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, e non vanno scelti o applicati in modo da discriminare direttamente o indirettamente gli operatori economici di altri Stati membri o di paesi terzi che sono parti dell'accordo dell'Organizzazione mondiale del commercio sugli appalti pubblici («AAP») o degli accordi sul libero scambio ai quali l'Unione aderisce. I requisiti riguardanti le condizioni di lavoro fondamentali disciplinate dalla direttiva 96/71/CE, quali le tariffe minime salariali, devono pertanto rimanere al livello stabilito dalla legislazione nazionale o da contratti collettivi applicati in conformità del diritto dell'Unione nel contesto di tale direttiva. In tale contesto, possono essere oggetto dei criteri di aggiudicazione o delle condizioni di esecuzione della concessione anche misure intese alla tutela della salute del personale coinvolto nel processo di esecuzione della concessione, alla promozione dell'integrazione sociale di persone svantaggiate o di membri di gruppi vulnerabili nel personale incaricato dell'esecuzione della concessione o della formazione nelle competenze richieste per la concessione in questione, purché riguardino i lavori o i servizi oggetto della concessione. Per esempio, tali criteri o condizioni possono riferirsi, tra l'altro, all'assunzione di disoccupati di lunga durata, ad azioni di formazione per disoccupati o giovani da effettuarsi nel corso dell'esecuzione della concessione da aggiudicare. Nelle specifiche tecniche le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere requisiti di natura sociale che caratterizzano direttamente il prodotto o servizio in questione, quali l'accessibilità per persone con disabilità o la progettazione adeguata per tutti gli utenti. Più in generale, i criteri di aggiudicazione devono essere coerenti con i requisiti tecnici e funzionali definiti dalle amministrazioni permettano l'apertura delle concessioni alla concorrenza».

[51] In tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2022, n. 795, secondo cui «*gli orientamenti più recenti (cfr. Cons. Stato, V, 26 maggio 2020 n. 3348; V, 2 settembre 2019, n. 6015; V, 13 aprile 2018, n. 2214) che sottolineano come la funzione del PEF sia quella di dimostrare la concreta capacità dell'operatore economico di eseguire correttamente le prestazioni per l'intero arco temporale prescelto, attraverso la prospettazione di un equilibrio economico e finanziario di investimenti e connessa gestione che consenta all'amministrazione concedente di valutare l'adeguatezza dell'offerta e l'effettiva realizzabilità dell'oggetto della concessione (v. anche Cons. Stato, V, 26 settembre 2013, n. 4760). In altri termini il PEF è un documento che giustifica la sostenibilità dell'offerta, quale dimostrazione che l'impresa è in condizione di trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell'attività (Cons. Stato, V, 10 febbraio 2010, n. 653)*». Per un commento alla sentenza, cfr. G.F. CARTEI, *Contratti pubblici - Piano economico finanziario e sostenibilità dell'offerta nella disciplina del contratto di concessione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2022, fasc. n. 8-9, pp. 1929 ss..

[52] Secondo F. RUMMA, *Procedura di gara* cit., p. 309, occorre notare che «*il termine "adeguate", valorizzato dal Legislatore nella sua relazione illustrativa, va a differenziarsi dall'espressione utilizzata nell'art. 93… relativo agli appalti, laddove si legge che "La Commissione è composta (...) da esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto.". L'espressione "specifico settore", prima utilizzata nell'art. 77 D.Lgs. n. 50/2016, sia per gli appalti che per le concessioni, ora è ristretta solamente all'ambito degli appalti*».

[53] Cfr., *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. III, 28 marzo 2022, n. 2253.

[54] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2019 n. 6135; Cons. Stato, V, 18 luglio 2019, n. 5058; Cons. Stato, V, 11 ottobre 2018 n. 5603; Cons. Sato, sez IV, 20 aprile 2016, n. 1556; Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2018, n. 3721, 15 gennaio 2018, n. 181, 11 dicembre 2017, n. 5830.

[55] Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 ottobre 2021, n. 7235; Cons. Stato, sez. III, 28 giugno 2019, n. 4458 Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2019, n. 2638.

2013, n. 3203) di guisa che è in relazione allo specifico contesto di gara che va apprezzato il requisito della professionalità dei commissari» (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 28 marzo 2022, n. 2253).

Alla luce di tali considerazioni, quindi, si può dire che la "specificità" delle competenze richieste ai membri della commissione in materia di contratti di appalto è più ampia, in termini di flessibilità di valutazione, rispetto alle competenze richieste alla medesima commissione ma nell'ambito delle concessioni. In questo caso, infatti, le competenze devono essere adeguate «*nel senso di pertinenti e adatte all'oggetto del contratto ma non per questo specifiche*»[56]. Ma la libertà concessa alla P.a. non finisce qui.

Infatti, in termini di flessibilità e semplificazione, si pone anche l'art. 187, co. 1, il quale autorizza gli enti concedenti a procedere, per l'affidamento dei contratti di concessione il cui valore sia inferiore alle soglie comunitarie, mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. Si evidenzia che nel corso dei lavori, da più parti, è stato sottolineato che il numero di 10 operatori economici da consultare fosse troppo elevato e che rendesse troppo gravosa la procedura che invece dovrebbe essere la più semplificata possibile[57].

Il comma 2, infine, precisa che, ai contratti di importo inferiore alla soglia europea, si applicano le norme sull'esecuzione sulle concessioni sopra soglia.

3. (*segue*) Il *project financing*.

L'antesignano del Partenariato Pubblico-Privato moderno è identificabile nella figura della "finanza di progetto" (detta anche "*project financing*" o "*PF*"), un istituto di origine anglosassone[58] che il legislatore nazionale ha introdotto nel nostro ordinamento al dichiarato fine di disciplinare la "*Realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione*"[59]. Come si è già avuto modo di evidenziare (*supra*, Cap. I., §3), fin dalla sua primissima regolamentazione, la finanza di progetto è stata qualificata come una vera e propria "tecnica di affidamento"[60], nelle cui trame regolamentari si trovavano racchiusi i tratti essenziali e maggiormente qualificanti il fenomeno cooperativo di tipo partenariale.

---

[56] F. RUMMA, *Procedura di gara* cit., p. 309.

[57] Secondo A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Art. 187. – Contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea*, in (a cura di) L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, 2023, p. 1500, la scelta del legislatore per i contratti di concessione sotto soglia «*si pone certamente in ottica proconcorrenziale, intendendosi coinvolgere il maggior numero possibile di operatori economici, pur nell'applicazione di strumenti semplificati quali la procedura negoziata senza bando. In ragione anche delle asimmetrie evidenziate, è lecito chiedersi, però, se non si tratti effettivamente di previsione troppo rigida, tenuto conto delle esigenze di flessibilità e semplificazione che dovrebbero ispirare la norma e pur considerando che la consultazione di almeno dieci operatori economici è necessaria solo "ove esistenti"*».

[58] Cfr. R. DIPACE, *L'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in ID., *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 48, il quale ricorda che «*la finanza di progetto si è affermata in Gran Bretagna negli anni settanta del secolo ventesimo per rispondere all'esigenza di contenere il debito pubblico, mantenendo inalterata l'efficienza nell'erogazione dei servizi. Il finanziamento delle opere pubbliche con capitali privati, senza oneri a carico della p.a., è divenuto l'espressione di una nuova cultura che si fonda sulla collaborazione tra il soggetto pubblico e quello privato, in contesti contraddistinti da situazioni finanziarie deficitarie*».

[59] La Legge 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. "Merloni *ter*") ha introdotto gli artt. da 37 *bis* a 37 *nonies* nella Legge 11 febbraio 1994, n. 109 ("*Legge quadro in materia di lavori pubblici*", c.d. "Legge Merloni").

[60] In termini, A. CARULLO e V. MACCOLINI, *La disciplina procedimentale della finanza di progetto* cit., p. 235, secondo cui la finanza di progetto si caratterizza per il coinvolgimento dei privati "a monte"; secondo C. DE MASI e A. MASSI, *Finanziamento privato delle opere pubbliche e progettazione* cit., p. 136, la finanza di progetto rappresenta, invece, una "tecnica di finanziamento".

In linea di continuità con tale impostazione e con la più intima ontologia del *project financing*, si colloca anche la disciplina che il d.lgs. n. 36 del 2023 dedica alla "finanza di progetto"[61]. Analizzando le singole disposizioni contenute nel Codice su questo specifico tema (artt. 193 – 195), ci si accorge, infatti, che esse, da un lato, attribuiscono un ruolo ben preciso al soggetto privato – cui spetta presentare la "proposta" sulla realizzazione dei lavori e la loro gestione – e, dall'altro, isolano e mettono in risalto la centralità degli aspetti finanziari dell'operazione – i quali gravano, sempre e comunque, sul promotore -.

Ciò significa, di conseguenza, che nel *project financing* la dinamica attraverso la quale si esprime il rapporto tra operatore privato e Amministrazione[62] assume un ruolo centrale, e tale elemento – che rappresenta il tratto caratterizzante e accomunante le varie figure di PPP -, è valorizzato nella finanza di progetto più che in ogni altro istituto ascrivibile alla nozione di Partenariato Pubblico-Privato. Da un punto di vista sistematico, muovendo dal presupposto per cui il *project financing* non è altro che una serie concatenata di atti volta all'affidamento del contratto regolante la complessiva operazione economica, è allora più preciso dire che esso, nell'ambito della categoria del Partenariato Pubblico-Privato, rappresenta una modalità di aggiudicazione dei contratti[63].

Prima di analizzare lo specifico ordito normativo in cui trovano positivizzazione le considerazioni appena svolte, occorre, ancora, svolgere alcune considerazioni di carattere preliminare, al fine di classificare e, soprattutto, orientarsi – per quanto possibile – nell'architettura di uno degli strumenti partenariali più complessi, in termini definitori, di tutta la sistematica della contrattazione pubblica. Tale problematica è strettamente collegata al fatto che l'intrinseca flessibilità, di cui tutta l'architettura del *project financing* è permeata, non si attaglia in modo immediato alla rigidità che, all'opposto, caratterizza tradizionalmente la disciplina della contrattualistica pubblica nostrana.

In primo luogo, allora, è necessario fare chiarezza sulla nozione dell'istituto. In tal senso, va ricordato che il *project financing* possiede una doppia anima, la prima di carattere spiccatamente economico, la seconda, invece, di natura giuridica.

Sul primo versante, la nozione che viene in considerazione è, pertanto, quella (celebre) di K.P. Nevitt, secondo cui il *project financing* costituisce «*un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili della unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito*»[64]. Per l'Autore, in sintesi, la finanza di progetto non è altro che una modalità di finanziamento di una particolare

[61] In termini, cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni e la finanza di progetto*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 4, p. 415.

[62] Cfr. A. MASSERA, *Il quadro della trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale con particolare riferimento alle concessioni lavori e servizi*, in (a cura di) A. FIORITTO, *Nuove forme e nuove discipline di partenariato pubblico privato*, 2017, Torino, p. 38.

[63] Tale inquadramento spiega, peraltro, perché l'indagine su questo specifico istituto è collocata, nel presente scritto, nella parte dedicata all'evidenza pubblica e, nello specifico, in linea di continuità con le osservazioni svolte in tema di procedura di affidamento "ordinaria" delle concessioni (*supra*, § 2). In senso conforme, cfr. M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP: le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice, il D.lgs. n. 36/2023*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 3, p. 319, dove l'A. osserva che «*il Codice espunge la Finanza di progetto dal novero dei contratti - per questo la colloca tra i procedimenti di affidamento dei contratti di PPP -nell'art. 174, comma 3*»; G. MANFREDI, *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, fasc. 4, p. 464. In senso difforme, invece, cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 416, secondo cui «*l'art. 193, D.Lgs. n. 36/2023, elimina le forme ibride di partenariato-concessione del previgente regime, e dal punto di vista sistematico, reinquadra la finanza di progetto nell'alveo della concessione, di cui costituisce una species, come nella fonte originaria, la L. n. 415 del 1998*».

[64] Cfr. K.P. NEVITT, *Project Financing*, trad. it. ad opera di P. DE SURY, Milano, 1983, p. 13.

unità economica (ossia, il progetto) che è in grado di generare flussi di cassa sufficienti per ripagare gli investimenti sostenuti dal promotore.

Sempre in termini economici, a tale caratteristica tipica del "*PF*" se ne aggiunge, poi, un'altra, ossia che tra progetto e promotore vi è una netta separazione, definita "*ring fence*", da intendersi come la divergenza delle sorti del progetto da quelle degli imprenditori che ne fanno parte. Detto altrimenti, si tratta della dinamica secondo cui il finanziamento del progetto è connesso solo ed esclusivamente alla sua capacità di produrre flusso di cassa e non, come invece accade tradizionalmente, alla capacità patrimoniale del promotore.

Sotto il secondo aspetto, invece, ossia quello giuridico, non è dato riscontrare una nozione univoca di finanza di progetto[65]. Tale circostanza è legata al fatto che dottrina civilistica e dottrina amministrativista si sono occupate di indagare aspetti diversi del medesimo fenomeno, da cui ne sono derivate due visioni tra loro in parte non coincidenti.

Infatti, la dottrina civilistica si è preoccupata di analizzare e classificare il *project financing* sotto l'aspetto della fitta rete negoziale che si viene a creare durante la relativa procedura. Quella pubblicistica, invece, è stata più attenta al tema dell'evidenza pubblica e, nello specifico, al carattere procedimentale con cui si giunge ad aggiudicare un contratto di PPP.

Per le finalità che qui interessano, è opportuno, allora, muovere l'analisi da un elemento che accomuna le ricerche dei due poli, ossia il c.d. "collegamento negoziale"[66], dal momento che attraverso l'indagine di tale tematica è possibile mettere in luce l'ontologia del *project financing* sia dal punto di vista civilistico sia da quello giuspubblicistico. Procedendo in tal senso, infatti, emerge con evidenza il filo conduttore che lega la qualificazione dei contratti sottostanti l'operazione di *PF* – analizzati dalla dottrina civilistica - agli aspetti dell'evidenza pubblica - su cui, invece, si sono soffermati gli amministrativisti -.

In via preliminare, vi è da dire che il tema del collegamento negoziale assume rilevanza nella misura in cui, nell'ambito di tale meccanismo, si esprime in pieno l'esercizio dell'autonomia privata orientata alla realizzazione di un progetto comune [67]. È evidente che tale aspetto riveste estrema rilevanza per una analisi afferente al Partenariato Pubblico-Privato, definito, appunto, "operazione economia" gestita dai privati[68].

Secondo l'insegnamento tradizionale della Corte di Cassazione, il collegamento tra i contratti è negoziale o funzionale «*quando i diversi e distinti negozi, cui le parti diano vita nell'esercizio*

---

[65] Cfr. R. DIPACE, *L'attività contrattuale* cit., p. 49, secondo cui la difficoltà di rintracciare una definizione di project financing univoca «*deriva anche dalla circostanza che si tratta di un istituto giuridico di origine anglosassone che presenta una duttilità sconosciuta al nostro ordinamento e che dà vita a singole relazioni negoziali, strettamente connesse, tendenti ad avere una consistente stabilità*».

[66] Come chiarito di recente da Cass. Civile, sez. II, 10 ottobre 2023, n. 28324, «*le espressioni "collegamento negoziale" o "negozi collegati" - estranee al codice civile del '42 e richiamate solo negli anni Novanta dalla legislazione speciale di impronta Europea - non designano un insieme di disposizioni volte a disciplinare una determinata materia, ma rappresentano un concetto di elaborazione dottrinale e un criterio di impiego giurisprudenziale diretti alla descrizione di fenomeni contrattuali complessi ed alla soluzione dei conflitti ad essi relativi. Infatti, "il "contratto collegato" non è un tipo particolare di contratto, ma uno strumento di regolamento degli interessi economici delle parti" (Cass. n. 8844/2001); ciò che si definisce collegamento negoziale non è che un particolare atteggiarsi dell'uno o dell'altro contratto in vista di un certo risultato: al di fuori dei casi di collegamento "necessario", perché legalmente previsto, il sintagma traduce il risultato di un'attività ermeneutica condotta valorizzando l'aspetto funzionale della complessiva ed unitaria operazione divisata dalle parti*».

[67] La quale soddisfa le esigenze delle parti utilizzando dinamiche negoziali articolate, che, a loro volta, generano operazioni negoziali composte da plurimi contratti, volte a realizzare operazioni economiche complesse.

[68] Cass. Civile, n. 28324 del 2023 cit. ha evidenziato che «*la dottrina più moderna si è anche spinta a considerare se possa attribuirsi valenza di autonoma categoria concettuale alla nozione di operazione economica, intesa come una sequenza unitaria e composita che comprende in sé il regolamento, i comportamenti che con esso si collegano per il conseguimento dei risultati voluti e la situazione oggettiva nella quale il complesso delle regole e gli altri comportamenti si collocano, la quale a sua volta concorre nel definire la rilevanza sostanziale dell'atto di autonomia privata*».

della loro autonomia negoziale, pur conservando l'individualità propria di ciascun tipo, vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di reciproca interdipendenza, per cui le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia» (Cass. n. 7524 del 2007). Più precisamente, la fattispecie del collegamento funzionale fra più negozi «*non dà luogo ad un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi*» (Cass. n. 7255 del 2013; n. 18585 del 2016)[69].

In sintesi, l'interesse unitario e "globale" che caratterizza il c.d. collegamento funzionale è l'elemento che qualifica l'intera operazione nel suo complesso e, aderendo a questa impostazione, si può dire che la finanza di progetto «*è espressione di un collegamento negoziale*»[70]. Nel *project financing*, infatti, ricorrono gli elementi fondanti tale meccanismo, ossia, da un lato, il perseguimento di un "risultato" e, dall'altro, il carattere "globale" dell'operazione che gli atti tra loro connessi sono funzionali a realizzare.

Ciò significa, in definitiva, che la finanza di progetto, più di ogni altro istituto di PPP, è permeata dagli elementi che qualificano la categoria generale del Partenariato Pubblico-Privato. Tuttavia, per comprendere appieno la portata delle disposizioni contenute nel Codice sul tema del *project financing*, occorre considerare che il taglio prescelto dal legislatore nel dettare la relativa normativa non è "sostanziale", ma è "procedurale"[71].

Detto in altri termini, il decisore non si è occupato di disciplinare i singoli rapporti privatistici tra loro collegati che vengono in considerazione nel corso della procedura di *PF*, ma si è concentrato sulla regolazione degli aspetti legati all'evidenza pubblica e, nello specifico, della fase di scelta del promotore[72]. La ragione di questa impostazione, che si pone in linea con gli studi della dottrina amministrativista classica, va ricercata nel fatto che, nella finanza di progetto, la centralità del ruolo del privato è esaltata in misura maggiore più che in ogni altra forma di Partenariato Pubblico-Privato.

Infatti, mentre nelle altre fattispecie di PPP, l'Amministrazione gioca un ruolo di impulso sia per quanto riguarda l'*an* sia per quanto riguarda il *quomodo* circa l'aggiudicazione e la realizzazione di una determinata opera, nel *project financing* è il privato che può esercitare un tale potere di iniziativa. È evidente, di conseguenza, quanto sia importante per l'ordinamento approntare degli strumenti che siano idonei ad individuare il soggetto maggiormente "responsabile", in termini di capacità di valutazione dei progetti idonei a soddisfare le esigenze collettive, per sostituirsi all'Amministrazione[73].

---

[69] Pertanto, in caso di collegamento funzionale tra più contratti, «*la loro interdipendenza produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui essi "simul stabunt, simul cadent"*» (Cass. n. 7255 del 2013), in quanto «*le vicende dell'uno si ripercuotono sugli altri, condizionandone la validità e l'efficacia*» (Cass. n. 321 del 1988; n. 7524 del 2007, cit.; n. 13888 del 2015).

[70] Cfr. R. DIPACE, *L'attività contrattuale* cit., p. 51.

[71] Il Consiglio di Stato, Relazione cit., p. 230, qualifica – seppur erroneamente – la finanza di progetto come «*una particolare modalità di finanziamento delle concessioni*».

[72] Cfr. R. DIPACE, *op. ult.* cit., p. 51, il quale rileva che «*il project financing è una operazione complessa, tendente a regolare una serie di rapporti privatistici tra loro collegati che, tuttavia, non interessano al legislatore dal momento che riguardano essenzialmente la ripartizione del rischio nell'operazione. Al legislatore, piuttosto, interessa la fase pubblicistica di scelta del contraente da parte dell'amministrazione*».

[73] Cfr. R. DIPACE, *op. ult.* cit., p. 52, secondo cui, infatti, la finanza di progetto mira anche a soddisfare l'esigenza che vi sia un rapporto più equilibrato tra enti pubblici e mercato, spettando ai primi il compito di soddisfare le esigenze pubbliche mediante l'elaborazione di progetti mentre, ai secondi, toccherebbe il compito di valutare la fattibilità finanziaria di tali progetti, in vista della loro gestione economica.

Tale assunto, quantomeno fino all'adozione del Correttivo, ha trovato conferma nell'eliminazione della figura della finanza di progetto ad iniziativa pubblica «*poiché ritenuta di fatto una duplicazione rispetto alla scelta della pubblica amministrazione di indire una gara pubblica per l'affidamento di una concessione*»[74]. Detto altrimenti, nella trama regolatoria antecedente l'adozione del Correttivo, non sono stati rintracciabili disposizioni assimilabili ai primi 14 commi del previgente art. 183, d.lgs. n. 50 del 2016[75].

Tuttavia, come accennato, dopo l'adozione del Correttivo, qualcosa è cambiato. Per quanto, invero, la chiave interpretativa con cui deve essere letta l'intera disciplina dedicata alla finanza di progetto resta pur sempre quella del maggior coinvolgimento e "responsabilizzazione" possibile dei provati, non si può non notare che il paradigma originario ha subito delle variazioni.

Occorre, quindi, seppur sinteticamente, dare conto dell'evoluzione che ha investito la disciplina della finanza di progetto a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 209 del 2024. Il punto di partenza, ovviamente, è quanto previsto dal d.lgs. n. 36 del 2023 nella sua formulazione originaria.

In tal senso, allora, vi è da dire che l'art. 193, co. 1, *ante* modifica prevede che «*gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi*». La norma, nell'ottica della complessiva disciplina del Partenariato Pubblico-Privato, assume già di per sé una rilevanza fondamentale.

Attraverso tale disposizione, infatti, il privato viene espressamente investito *ex lege* del potere di proporre un'opera pubblica e assumere, di conseguenza, quel ruolo di "proponente" che, tradizionalmente, spetta al decisore Pubblico. Ciò accade in quanto all'operatore economico viene conferita la facoltà di incidere sulla programmazione pubblica che, come già detto più volte, nell'ambito del ciclo globalmente inteso dell'operazione economica di PPP, costituisce la fase nella quale si manifesta maggiormente il ruolo decisionale e discrezionale – in sintesi, politico - dell'Amministrazione (*supra*, Parte I, §1 – 2).

In coerenza con tale impostazione, rispetto alla disciplina previgente (quella del d.lgs. n. 50 del 2016), è stata eliminata la precisazione secondo la quale gli operatori economici possono presentare proposte anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'Amministrazione aggiudicatrice, poiché «*una volta inserita la previsione sul programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di Partenariato Pubblico-Privato si è ritenuto che la disposizione non avesse più alcuna utilità*». Tuttavia, resta salva la possibilità per gli operatori economici di «*presentare proposte sia con riferimento ad iniziative non presenti negli strumenti di programmazione, sia con riferimento ad iniziative ivi presenti, proponendo modalità diverse di realizzazione*»[76] e tale circostanza, come si vedrà, amplia la portata discrezionale dell'Amministrazione.

In termini di posizioni soggettive, vi è da dire che al potere propulsivo attribuito al privato corrisponde, simmetricamente, l'obbligo per il soggetto Pubblico di esercitare il proprio potere di valutazione tecnica sui progetti sottoposti alla sua attenzione. Tuttavia, anche

[74] Consiglio di Stato, *Relazione* cit., p. 230.

[75] M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 319, critica la scelta compiuta dal legislatore, rilevando come «*i due procedimenti considerati, la Finanza di progetto pubblica e l'affidamento della concessione, infatti, non sono una duplicazione e non sono equiparabili*» e, pertanto, «*di fatto la P.A. è stata privata di un'opzione procedimentale peculiare*».

[76] Consiglio di Stato, *Relazione* cit., p. 230.

qualora l'esito della valutazione fosse positivo, in capo all'operatore economico non sorge alcuna posizione giuridica diversificata e qualificabile in termini di "diritto"[77].

Nella prima fase della finanza di progetto, infatti, ossia quella limitata alla valutazione della proposta di iniziativa privata, l'attività posta in essere dall'Amministrazione è essenzialmente discrezionale e «*richiede un giudizio di rispondenza dell'opera da realizzarsi all'interesse pubblico nonché dei costi di realizzazione e di gestione dei contrapposti benefici rivenienti al soggetto pubblico*». Lo scopo di tale prima fase della procedura è quello di «*addivenire alla puntuale definizione dell'interesse pubblico, attraverso la valutazione della fattibilità delle proposte presentate*» (Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2017, n. 3872).

Ciò significa che, in capo al privato, sorge niente più che una mera aspettativa. Tuttavia, è di estrema rilevanza il fatto che, grazie a questa inversione dei ruoli «*il soggetto privato diventa un centro decisionale delle politiche infrastrutturali*»[78] e, di conseguenza, trova consistenza l'idea – già espressa altrove nel presente scritto (*supra*, Cap. I, §1) - secondo cui il Partenariato Pubblico-Privato rappresenta, ancor prima di un'operazione economica, una modalità di governo a disposizione dell'Amministrazione, una vera e propria scelta di politica sociale e infrastrutturale, che non può, in ogni caso, prescindere da concetti come "relazione stabile", "funzionalizzazione", "sussidiarietà", "buon andamento" ed "efficienza dell'azione amministrativa".

In linea con tale assunto, l'art. 193, co. 1, *ante* Correttivo richiede che ciascuna proposta contenga «*un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione*». Il piano economico-finanziario deve comprendere «*l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno*»[79].

La documentazione che deve essere presentata dal privato è elencata, come evidente, in modo puntuale, in quanto sulla base di essa deve essere possibile per l'Amministrazione ricavare, già a seguito di una prima valutazione, le caratteristiche economiche e strutturali del

---

[77] Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 12 maggio 2020, n. 4975, che ha espressamente stabilito che «*la presentazione di una proposta di progetto non comporta alcun obbligo in capo all'amministrazione né di "portare ad approvazione" detta proposta né, anche a seguito dell'eventuale approvazione, di porre in essere il successivo iter procedimentale per l'individuazione dell'aggiudicatario, ben potendo l'amministrazione non dar corso alla gara per l'affidamento del progetto e intervenire in autotutela anche sulla dichiarazione di pubblico interesse, ogni qualvolta ravvisi la sussistenza di motivi sopravvenuti, anche di natura economica in relazione al risparmio di spesa, addirittura anche a seguito di una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario (Consiglio di Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 111)». In particolare, l'amministrazione «non risulta vincolata a "portare ad approvazione" la proposta di progetto neppure quando si tratti di proposta di progetto tecnicamente adeguata e non abbisognevole di alcuna modifica: ed invero, resta pur sempre in carico all'amministrazione il potere di decidere, attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo e non sindacabili in sede giurisdizionale, se l'approvazione del progetto assicuri il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso, o sia invece più opportuno rinviare la sua realizzazione ovvero non procedere affatto (T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 24/02/2020, n. 63; T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, 28/03/2019, n. 691; Tar Milano, Sez. IV, sent. 28 marzo 2019 n. 279; T.A.R. Friuli-V. Giulia Trieste Sez. I, 18/02/2019, n. 74; T.A.R. Friuli-V. Giulia Trieste Sez. I, 18/02/2019, n. 74; Cons. Stato Sez. V, 23/11/2018, n. 6633)*».

[78] Cfr. R. DIPACE, *op. ult.* cit., p. 52.

[79] Inoltre, si è precisato che gli investitori istituzionali possono formulare le proposte di cui al primo periodo salva la necessità, nella successiva gara per l'affidamento dei lavori o dei servizi, di associarsi o consorziarsi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi investitori istituzionali ne siano privi. Per incentivare la partecipazione degli investitori istituzionali alle operazioni di partenariato pubblico-privato, si è previsto che questi ultimi, in sede di gara, possano soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti e che possano altresì impegnarsi a subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione ad imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, chiarendo che, in questo caso, il nominativo del subappaltatore dovrà essere comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

progetto, nonché la fattibilità tecnica del medesimo. Del pari, per il soggetto Pubblico deve essere possibile svolgere una analisi giuridica, volta a comprendere quali atti amministrativi sarà necessario rilasciare per procedere alla realizzazione dell'operazione[80].

È opportuno evidenziare che la valutazione di fattibilità di cui parla la norma non coincide con la valutazione di interesse pubblico del progetto presentato dal proponente. Infatti, un progetto, pur essendo "fattibile" dal punto di vista tecnico, economico e giuridico, potrebbe non essere "di pubblico interesse", e tale ponderazione è rimessa alla discrezionalità tecnica dell'Amministrazione[81].

Peraltro, pare corretta l'osservazione secondo cui tale discrezionalità possiede una sorta di "geometria variabile", la cui ampiezza varia a seconda che l'opera da realizzare sia già stata inserita o meno nel programma triennale delle opere pubbliche realizzabili in PPP[82]. Nel primo caso, infatti, la valutazione dell'Amministrazione coincide con l'esercizio di discrezionalità tecnica[83], mentre nel secondo caso viene in considerazione discrezionalità amplissima[84].

Per quanto riguarda le tempistiche entro le quali la P.a. è tenuta ad esprimersi, l'art. 193, co. 2, nella formulazione precedente l'adozione del Correttivo, prima prescrive un termine massimo di novanta giorni[85], non perentorio e decorrente dalla presentazione della proposta, entro i quali l'Amministrazione deve procedere alla valutazione della fattibilità della medesima e invitare «*se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione*». Se il promotore non apporta le modifiche richieste «*come eventualmente rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dallo stesso promotore per recepire le indicazioni dell'ente concedente, la proposta è respinta*».

Lo *ius variandi* di cui dispone il soggetto Pubblico ha una portata ampia, nel senso che l'Amministrazione può richiedere modifiche sia in fase di analisi del progetto sia in fase di approvazione dello stesso. La lettura estensiva di tale facoltà, d'altronde, è coerente con la funzionalizzazione alla soddisfazione dell'interesse pubblico cui è volta la disciplina della

---

[80] Cfr. R. DIPACE, *L'attività contrattuale* cit., p. 52 – 53.

[81] Cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 417, secondo cui «*il pubblico interesse si basa pur sempre su una valutazione tecnica, che può anche essere integralmente richiamata dall'organo deputato alla manifestazione del primo*».

[82] Cfr. M. BALDI, *op. ult.* cit., p. 418, il quale evidenzia che «*la discrezionalità si atteggia in modo diverso a seconda che l'opera sia già inserita o meno nel programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato* […]. *Nel primo caso l'inserimento dell'opera nel programma triennale implica già una valutazione positiva sul pubblico interesse alla realizzazione dell'opera* [e, pertanto]*, la discrezionalità dell'amministrazione nella fase di valutazione delle proposte risulta circoscritta alle caratteristiche dell'intervento*». Nel caso di opere non comprese nel programma triennale, invece, l'interesse pubblico «*ha una espansione non limitata dal procedimento di programmazione, cui corrisponde una amplissima discrezionalità dell'amministrazione*».

[83] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 1° settembre 2009, n. 5136, secondo cui «*la cosiddetta scelta politica si esaurisce con l'inserimento dell'opera nell'elenco triennale, mentre tutta l'attività successiva è attività di gestione, vale a dire attività di valutazione tecnica consequenziale*».

[84] Secondo Cons. Stato, sez. V, 21 settembre 2020, n. 5493, dato che la presentazione della proposta di *project financing* non comporta l'insorgere di un dovere di dare corso alla procedura di individuazione del promotore, posto che l'Amministrazione rimane titolare del potere di valutazione della proposta per la tutela dell'interesse pubblico, gli esiti della valutazione «*si articolano in un ventaglio di possibili soluzioni: se sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione, se invece sia più confacente rinviare la sua realizzazione, ovvero non procedere affatto e revocare l'intera procedura*».

[85] Il Consiglio di Stato, *Relazione* cit., p. 231, ha evidenziato che il termine di tre mesi entro il quale è previsto che l'amministrazione debba procedere alla valutazione di fattibilità della proposta era stato sostituito con l'avverbio "tempestivamente". Tale soluzione avrebbe reso certamente l'azione amministrativa più celere ma avrebbe anche, allo stesso tempo, reso meno certa la tempistica di conclusione della fase valutativa e, di conseguenza, meno attraente lo strumento della finanza di progetto per gli operatori economici privati.

finanza di progetto e, allo stesso tempo, con il principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice[86].

Un limite a tale potere, tuttavia, è rappresentato dal rispetto delle condizioni poste dall'equilibrio economico finanziario. Il c.d. "PEF", infatti, assume un ruolo essenziale – ai fini della corretta e concreta ripartizione dei rischi (*supra*, Parte II, §§1 – 2) – anche nell'ambito della finanza di progetto e ogni modifica al progetto iniziale deve scontare il rispetto del limite posto da tale documento[87].

La giurisprudenza ha messo in evidenza che, nelle procedure di finanza di progetto di iniziativa pubblica, non basta che le clausole contrattali in cui si traduce l'operazione di Partenariato Pubblico-Privato comportino il trasferimento del rischio al gestore del servizio, ma «*è necessario che l'amministrazione specifichi ex ante tutti gli oneri economici che concorrono a definire il rischio assunto dall'operatore economico, in modo da definire l'equilibrio economico finanziario*». In difetto, non potendo dirsi attendibile l'elaborazione del piano economico finanziario né essere corretta l'allocazione del rischio, l'operatore economico privato «*non è messo a conoscenza di tutti gli oneri del servizio che dovrà svolgere* [e, pertanto]*, non può valutare se sarà in grado di sostenere il rischio senza incorrere in perdite di attività e, inevitabilmente, la sua offerta risulterà non attendibile*» (Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809).

In disparte le considerazioni sull'ampiezza della facoltà di richiedere al privato di apportare variazioni al progetto originario, resta il fatto che la disposizione in commento testimonia la flessibilità dell'Amministrazione nel rapportarsi al privato. Detto altrimenti, la finanza di progetto è peculiare nella misura in cui, nella dinamica tra Pubblico e privato, vi sono diverse «*finestre di negoziazione procedimentalizzata*»[88], utili per modellare il progetto secondo il risultato prescelto dalle parti e la miglior gestione dell'operazione economica nella sua globalità.

Da un punto di vista procedimentale, il Codice impone all'ente concedente di concludere «*la procedura di valutazione con provvedimento espresso, pubblicato sul proprio sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati*» e dispone che il progetto di fattibilità «*una volta approvato, è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente*». Anche se la norma non lo richiede espressamente, è ragionevole ritenere che, in ossequio ai principi e alle regole fondanti l'azione amministrativa, il provvedimento espresso citato nella norma debba essere motivato secondo quanto previsto dall'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Tale soluzione è coerente anche con un'altra considerazione, ossia che la proposta presentata all'Amministrazione dall'operatore economico privato deve essere qualificata come atto di iniziativa procedimentale. Ne discende, quindi, che l'obbligo posto a carico della P.a. di concludere il procedimento in modo espresso non è solo una prescrizione mirata a raccordare la disciplina della finanza di progetto con la Legge sul procedimento, ma

---

[86] In termini, cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 420.

[87] Cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 421, secondo cui «*la prima valutazione di fattibilità, una volta superata quella di rispondenza dell'opera in sé al pubblico interesse, è la verifica della coerenza e congruità del piano in termini di attendibilità della proposta circa la gestione dell'opera e la certezza sulla realizzazione dell'operazione*».

[88] Secondo M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 320, tali finestre di negoziazione si possono collocare «*prima della presentazione della proposta, quando il proponente ha il diritto di conoscere le informazioni detenute dalla P.A. per verificare se sia possibile presentare una proposta. In quella sede la P.A. può già far conoscere i propri desiderata sull'oggetto dell'intervento. Questa è una fase decisamente informale, ma i tavoli di lavoro con P.A. e il privato consentono di abbreviare i termini della fase successiva* [oppure] *prima della dichiarazione di fattibilità della proposta. La P.A., ai sensi dell'art. 193, comma 2, del Codice "valuta entro novanta giorni dalla presentazione della proposta, la fattibilità della medesima, invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione*"».

rappresenta anche un limite alla discrezionalità (totalmente) arbitraria dell'Amministrazione stessa[89].

La dichiarazione di pubblico interesse della proposta, infatti, anche se differenzia la posizione giuridica del proponente, riconoscendogli un'aspettativa e una posizione tutelata nei confronti di altri operatori o di proposte concorrenti, «*assume maggiore consistenza giuridica dando luogo al diritto di prelazione e ai correlati diritti patrimoniali ove il procedimento si sviluppi nella fase dell'indizione della gara per l'affidamento della concessione*». Tuttavia, al di fuori di tale evenienza, la revoca della dichiarazione di pubblico interesse del progetto e, quindi, l'abbandono del progetto stesso da parte dell'Amministrazione «*non integra in capo al proponente alcuna pretesa risarcitoria e nemmeno indennitaria tanto più quando, come nel caso, la proposta di progetto sia ad iniziativa privata*» (TAR Lazio, Roma, sez. II, 25 ottobre 2017, n. 10695).

Ciò significa, in sintesi, che la decisione dell'Amministrazione crea in capo all'operatore economico privato una situazione di "aspettativa" giuridicamente tutelabile, dal momento che da tale situazione ne potrebbe discendere la qualifica di promotore e, in definitiva, di (potenziale) aggiudicatario. Peraltro, dalla decisione dell'Amministrazione possono, in ogni caso, derivare conseguenze in termini di responsabilità precontrattuale a carico del soggetto Pubblico[90].

In definitiva, si può dire che l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità circa la valutazione della proposta presentata dal privato, anche se il perimetro di tale discrezionalità non è ampio quanto quella esercitabile in sede di programmazione. Ne consegue che il provvedimento espresso richiesto dall'art. 193, co. 2, nella sua formilazione originaria, può certamente essere sindacato dal Giudice amministrativo[91].

La norma – lo si ribadisce, nel testo non ancora modificato dal d.lgs. n. 209 del 204 - prosegue, poi, prevedendo, al co. 3, che il progetto di fattibilità approvato «*è posto a base di*

---

[89] Cfr. R. DIPACE, *L'attività contrattuale* cit., p. 53, il quale, su questo aspetto, precisa come «*una norma che, nell'ambito di un procedimento amministrativo, rimetta la decisione all'arbitrio della p.a. sembra violare palesemente i principi fondamentali dell'azione amministrativa, primo fra tutti l'obbligo di una pronuncia espressa e motivata dell'amministrazione*».

[90] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368, che fa una ricognizione approfondita dell'argomento, In particolare, secondo i Giudici, la responsabilità «*va, in particolare, riconosciuta nel caso in cui l'Amministrazione prima pronunci (senza adeguata verifica delle effettive e concrete condizioni di attuabilità) la dichiarazione di pubblico interesse - approvando, senza riserve, il progetto proveniente dal promotore - e, successivamente, ne disponga il (pur legittimo) annullamento in autotutela, laddove si avveda di insuperabili ragioni ostative che avrebbero potuto (e dovuto) essere immediatamente rilevate, ovvero si risolva, comunque, ad una diversa valutazione della praticabilità (o della convenienza) dell'intervento o del ricorso allo strumento della finanza di progetto. Importa, per chiarezza, precisare che la responsabilità dell'Amministrazione non si fonda sulla mera dichiarazione di pubblico interesse dell'idea progettuale elaborata dal promotore, per quanto successivamente sconfessata: e ciò in quanto, per consolidato intendimento dal quale il Collegio non intende discostarsi, in materia di project financing l'Amministrazione - una volta individuato il promotore e ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato - non è comunque tenuta a dare corso alla procedura di gara, essendo libera di scegliere, attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo e non sindacabili in sede giurisdizionale, se, per la tutela dell'interesse pubblico, sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione ovvero non procedere affatto (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, 4 febbraio 2019, n. 820; Id., V, 18 gennaio 2017, n. 207; Id., V, 21 giugno 2016, n. 2719; Id., III, 20 marzo 2014, n. 1365). Se è vero, perciò, che anche in un momento successivo a quello in cui una proposta di realizzazione di lavori pubblici sia stata dichiarata di pubblico interesse, l'Amministrazione resta libera di non dar corso alla procedura di gara per l'affidamento della relativa concessione (sicché l'eventuale misura di autotutela non determina, in tal caso, alcuna responsabilità precontrattuale né fa sorgere, in caso di revoca, l'obbligo di corrispondere alcun indennizzo a ristoro dei pregiudizi economici asseritamente patiti dal promotore: cfr. Cons. Stato, V, n. 820/2019, cit.), è anche vero, tuttavia, che ciò vale solo fino a quando l'Amministrazione non si risolva, sulla base del progetto assentito, ad attivare la procedura di gara e a concluderla con l'aggiudicazione. L'aggiudicazione, invero, trasforma, di suo, l'aspettativa di mero fatto, fino a quel punto vantata dal promotore, in aspettativa giuridicamente tutelata alla consequenziale stipula del contratto aggiudicato, il cui rifiuto – quand'anche, in concreto, giustificato dal (postumo e tardivo, ma pur sempre legittimo) accertamento della carenza delle condizioni iniziali della messa a gara - concreta ragione di responsabilità per violazione del canone di correttezza e di lealtà (cfr. art. 1337 Cod. civ. e, oggi, l'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241 del 1990)*».

[91] Cfr. R. DIPACE, *L'attività contrattuale* cit., p. 53.

gara nei tempi previsti dalla programmazione» e che «*il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo*». Il successivo co. 4, invece, dispone che «*nel bando l'ente concedente dispone che il promotore può esercitare il diritto di prelazione*».

Quest'ultima disposizione sancisce il c.d. "diritto di prelazione" in favore del soggetto proponente e opera secondo il meccanismo per cui se quest'ultimo eguaglia le condizioni tecniche ed economiche offerte dal soggetto aggiudicatario, allora la concessione sarà a lui (il proponente) affidata. Rilevato che sarebbe più corretto parlare di "diritto di opzione", resta il fatto che l'istituto della prelazione nella finanza di progetto ha – storicamente – posto all'attenzione degli interpreti una serie di questioni, prima tra tutte la sua compatibilità con le regole della *par condicio* e, anche, con gli *standard* qualitativi che sarebbe legittimo attendersi dal soggetto aggiudicatario[92].

Il Consiglio di Stato, nella Relazione allo schema di Codice, ha ricordato come, in origine, era stata concessa all'Amministrazione la facoltà di scegliere di disporre nel bando che, in alternativa al diritto di prelazione, venisse riconosciuto al promotore un punteggio premiale (c.d. sistema alla cilena, così come suggerito dagli economisti), precisando, tuttavia, che questo sarebbe stato possibile solo nei casi in cui tale criterio fosse stato prefigurato in sede di programmazione, ai sensi dell'art. 175, co. 1, ultimo periodo e che, per le proposte che avessero riguardato progetti non oggetto di programmazione, il bando avrebbe dovuto prevedere il criterio della prelazione[93]. Tale facoltà, tuttavia, è stata espunta dal testo finale del Codice.

Eppure, i Giudici avevano rimarcato con forza che il trattamento favorevole è particolarmente elevato nel sistema italiano, in quanto consente al proponente di presentare un'offerta finale e ottenere l'aggiudicazione del contratto ogni volta che può eguagliare la migliore offerta del proprio concorrente. Secondo gli economisti, infatti, una conseguenza negativa di questo sistema è la scarsa partecipazione di concorrenti alla gara di attuazione, date le limitate possibilità di successo[94].

---

[92] Su questo aspetto, R. DIPACE, *op. ult.* cit., p. 54, rileva che «*la previsione di una prelazione potrebbe andare a discapito della qualità dei progetti presentati, visto che il competitore, consapevole della eventualità di non aggiudicarsi la gara, ben difficilmente presenterà il progetto migliore, che potrebbe essere sfruttato da un altro concorrente*».

[93] Il Consiglio di Stato ha evidenziato che «*la previsione circa l'obbligo di indicare, già in sede di programmazione, il tipo di criterio che deve essere applicato per ogni progetto, è giustificata dalla necessità di non disincentivare la presentazione di proposte da parte delle imprese a causa dell'incertezza della disciplina applicabile alla fase successiva alla presentazione della proposta medesima. Secondo gli economisti, infatti, sul ruolo del promotore serve apertura a sistemi incentivanti diversi rispetto al solo diritto di prelazione, come i sistemi tipo "bonus point" in gara "alla cilena" (10% - 20% score). Tale sistema, diversamente dalla previsione del diritto di prelazione (che sotto il profilo strettamente civilistico è in realtà un diritto di opzione), ha come effetto quello di incentivare la concorrenza, poiché spinge le imprese a presentare offerte migliori al fine di vincere la gara superando il punteggio attribuito al promotore*».

[94] Il Consiglio di Stato, Relazione cit., p. 232, ha evidenziato in modo dettagliato le criticità legate al sistema premiale del "promotore". Nello specifico, si legge che «*Sotto tale punto di vista, il sistema italiano è stato criticato dalla Commissione Europea in quanto rappresenterebbe una violazione del principio della parità di trattamento. Tale sistema, infatti, data la diversa posizione attribuita al promotore, scoraggia la partecipazione di operatori di altri paesi europei che non hanno familiarità con questo meccanismo, incidendo negativamente sui loro investimento in Italia. Infine, secondo gli economisti, questo sistema rischia di generare incentivi perversi secondo cui i concorrenti scelgono di partecipare alla gara e offrire sconti economici con la finalità di comprimere il margine di profitto del promotore. I concorrenti, sapendo che il promotore pareggerà la loro offerta per vincere l'appalto, scelgono di offrire condizioni molto scontate per danneggiare i profitti del promotore, con la finalità di indebolirlo. Il risultato di questi sconti potrebbe essere un prezzo inizialmente più vantaggioso per l'amministrazione pubblica, ma con grandi rischi per la qualità della performance nelle fasi successive del progetto. Infatti, la letteratura economica ha mostrato come la competizione tra i concorrenti nella gara, per quanto possa sembrare attrattiva per il decisore pubblico, che grazie alla concorrenza gode di maggiori sconti, possa portare, in ultima analisi, a esiti negativi nelle fasi successive all'aggiudicazione. Gli economisti hanno evidenziato che la recente gara per la realizzazione del cloud per la pubblica amministrazione rischia di mettere in luce questa*

In sede di adozione del Codice, tuttavia, ha prevalso la scelta di strutturare la finanza di progetto attorno all'istituto della prelazione. Sulla decisione finale, probabilmente, ha pesato la volontà di rendere l'istituto maggiormente attrattivo per i privati che intendono presentare proposte di opere pubbliche all'Amministrazione.

Sulla strutturazione che può assumere l'operatore economico, l'art. 193, co. 4, prevede che «*la configurazione giuridica del soggetto proponente può essere modificata e integrata sino alla data di scadenza della presentazione delle offerte*», ribadendo, così, un principio ormai di portata generale in materia di finanza di progetto. La disposizione, a prescindere dal suo carattere innovativo o meno, ha il pregio di mettere in risalto la duttilità che deriva dall'aver strutturato la procedura di *PF* in due fasi[95].

L'art. 193, co. 5, prevede, in ogni caso, che i concorrenti, compreso il promotore, in possesso dei requisiti previsti dal bando «*presentano un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e le varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando*». È interessante osservare che la disposizione pone tra i parametri di valutazione "le varianti migliorative", vincolando, in tal modo, la discrezionalità dell'Amministrazione al rispetto del limite della distinzione tra "migliorie" e "varianti" pure[96].

Il co. 6, invece, dispone che le offerte sono corredate da garanzie, al pari di quanto deve fare l'aggiudicatario, e che, dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario, è dovuta una «*cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio*», integrando la mancata presentazione di tale cauzione grave inadempimento contrattuale. La previsione, nella «*logica di eliminazione del superfluo*»[97], ha eliminato l'obbligo di fornire l'attestazione del rispetto di alcuni adempimenti (come, ad esempio, presentare autodichiarazioni sul possesso dei requisiti e/o cauzioni di vario tipo), rendendo la disciplina più conforme alla natura della prima fase della finanza di progetto.

---

criticità del sistema italiano. Negli studi messi a disposizione dagli economisti si evidenzia che il trattamento favorevole nei confronti del proponente originario è particolarmente significativo anche nei sistemi con bonus points, soprattutto quando il credito d'offerta è elevato. I Paesi che utilizzano sistemi di punteggio premiale fissano i punti bonus a valori generalmente tra il 5 e il 20 per cento dei punti totali che possono essere guadagnati nella valutazione. Inoltre, gli economisti sottolineano che è buona prassi anche legare la dimensione del premio assegnato al progetto del promotore al valore sociale dello stesso. Nella pratica questo si traduce nell'introduzione di sistemi di modulabilità del punteggio in base alle caratteristiche del progetto. Gli economisti hanno evidenziato che in Corea del Sud, ad esempio, vi è un meccanismo in base al quale il credito di offerta passa dal 5 al 10 per cento del punteggio di valutazione totale se l'amministrazione aggiudicatrice non apporta modifiche alla proposta, il che avviene quando l'autorità ritiene che la proposta abbia un valore particolarmente elevato. Pratiche che assegnano premi maggiori a progetti più innovativi, invece, incentivano l'innovatività in quanto stimolano i soggetti privati a investire maggiormente ex-ante in progetti che hanno maggiore possibilità di ricevere il premio legato all'innovazione. L'effetto positivo sugli incentivi ex ante di un maggiore credito di offerta è stato confermato da recenti studi sperimentali (si veda Camboni et al., 2019). Come hanno evidenziato gli economisti, l'effetto di incentivazione del trattamento favorevole, tuttavia, non è privo di costi. Dato che un concorrente della gara riceve un vantaggio concorrenziale, la concorrenza nella fase di gara è distorta e, come sottolinea la teoria delle aste, è probabile che aumenti il costo di attuazione del progetto per l'autorità pubblica, rispetto a una situazione di parità di trattamento di tutti gli offerenti. Pertanto, concedere a un proponente un trattamento favorevole nella gara successiva per l'attuazione del progetto comporta un compromesso: incentiva la presentazione di progetti innovativi e potenzialmente di valore sociale, ma aumenta il costo della loro attuazione. Nel complesso, la letteratura economica ha sostenuto che i vantaggi supereranno gli svantaggi quando vengono utilizzati sistemi ben progettati».

[95] Cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 423.

[96] Cfr. TAR Campania Napoli, Sez. I, 5 ottobre 2020, n. 4212, secondo cui «*nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica la distinzione tra varianti progettuali e migliorie si fonda sul grado di interferenza delle modifiche proposte sul progetto posto a base della gara, in maniera tale che le migliorie proposte dalle imprese non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, come le varianti, consentendo alle imprese partecipanti di proporre quegli interventi che non alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla lex specialis, onde non ledere la par condicio*».

[97] Cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 416.

Tale modulo procedimentale, infatti, è caratterizzato da ampia discrezionalità, poiché è diretto ad individuare un progetto da inserire nella programmazione dei lavori pubblici, e non (ancora) a rintracciare il soggetto aggiudicatario.

Ciò posto, il passo successivo che deve compiere l'ente concedente, una volta ricevute le offerte, è porre in essere una serie di azioni ben precise, quali prendere in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando, redigere una graduatoria e nominare aggiudicatario il soggetto che ha presentato la migliore offerta e, infine, porre in approvazione i successivi livelli progettuali elaborati dall'aggiudicatario (art. 193, co. 7).

È solo a questo punto che trova attuazione il funzionamento del diritto di prelazione, per come descritto dal co. 8. La norma, in sostanza, regola due possibili scenari.

Nel primo, il promotore non risulta aggiudicatario. In questo caso, il proponente può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Nel secondo, invece, il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita nemmeno il diritto di prelazione. Secondo il Codice, in questa situazione, il proponente ha diritto al pagamento - a carico dell'aggiudicatario - dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno, il cui importo complessivo non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento (come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara)[98].

Al co. 9, con lo scopo di incentivare l'innovazione, è previsto che in relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l'Amministrazione debba tenere conto, tra i criteri di aggiudicazione, della quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica. La disposizione, se correttamente intesa, ha il pregio di mettere in evidenza come il *project financing*, nell'accezione di procedimento di "*negoauction*", rappresenti una soluzione particolarmente indicata per rintracciare nel mercato le migliori soluzioni innovative[99].

Al co. 11, infine, viene previsto che l'ente concedente possa sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del Partenariato Pubblico-Privato, di cui all'articolo 175, co. 1, del Codice. Si tratta di una disposizione che ha formalizzato lo «*scouting*» delle proposte della P.a., nel senso che l'Amministrazione è legittimata ad incentivare i privati alla realizzazione di opere – secondo

[98] Sempre secondo quanto previsto dall'art. 193, co. 8, qualora il promotore eserciti la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta, entro il medesimo limite del 2,5 per cento del valore dell'investimento. In giurisprudenza, di recente, TAR Veneto, Sez. I, 8 maggio 2024, n. 926, ha evidenziato che «*fermo che nella disciplina codicistica del project financing il rimborso delle spese sostenute dal promotore è correlato non alla dichiarazione di pubblico interesse della proposta, ma all'indizione della gara, se l'Amministrazione non dà corso alla procedura di gara non ricorrono i presupposti per la rifusione dei costi attivi sostenuti dal promotore nel corso della procedura: vale a dire i costi per il mantenimento della garanzia fideiussoria e per l'operatività della società*».

[99] Cfr. M. RICCHI, *Negoauction, discrezionalità, dialogo competitivo e il nuovo promotore*, in (a cura di) G.D. COMPORTI, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, secondo cui la *negoauction* è l'ideale formulazione del percorso di affidamento per l'assegnazione dei contratti complessi di PPP, che prevede la compresenza di entrambe le tecniche di aggiudicazione: *auction* e *negotiation*. La prima fase (*negotiation*) deve consentire al mercato di esprimere l'innovatività di cui è capace, mentre la seconda fase (*auction*) deve essere mirata a consentire agli altri imprenditori il confronto concorrenziale su quella proposta innovativa in modo da eliminare le sacche di rendimento ingiustificate. Su tali considerazioni, si rinvia anche a M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 320.

un'interpretazione estensiva della norma – anche se inserite o meno nella programmazione triennale dei lavori[100].

Alla luce delle disposizioni sino a qui analizzate, si può concludere dicendo che, anche nel Codice dei contratti pubblici vigente prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 209 del 2024, il *project financing* rappresenta una procedura di affidamento il cui utilizzo è incentivato dal riconoscimento *ex lege* di un diritto di prelazione al proponente[101]. Tale procedura è stata concepita sul modello di una struttura "bifasica", ossia della sommatoria di una "fase preliminare" – volta alla individuazione del promotore - e di una successiva "fase selettiva" – finalizzata, invece, all'affidamento della concessione -.

La prima fase, ancorché in qualche misura procedimentalizzata, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa «*non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore*». La seconda fase, invece, costituisce «*una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica*» (da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2024, n. 5026).

Le due fasi, pur essendo tra loro autonome, sono legate da un nesso di presupposizione necessario e il d.lgs. n. 36 del 2023 sembra aver dato risalto, in misura maggiore rispetto al previgente d.lgs. n. 50 del 2016, al carattere bifasico della procedura. Lo scopo, presumibilmente, è quello di dare risalto alla discrezionalità nella scelta del promotore di cui deve godere l'Amministrazione ai sensi degli indirizzi tracciati sia dalla direttiva n. 2014/23 sia dalla legge delega, oltreché da ragioni di coerenza sistematica con il più generale principio del risultato e del carattere di globalità della disciplina del Partenariato Pubblico-Privato[102].

Tuttavia, la distinzione tra prima e seconda fase della procedura di *project financing* assume importanza dirimente in termini processuali. Per consolidato orientamento del Consiglio di Stato, infatti, occorre distinguere la fase preliminare della individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione[103].

---

100 Cfr. M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP* cit., p. 324 - 325.

101 Contrariamente a quanto messo in luce dal Consiglio di Stato nella sua Relazione cit., cfr. V. E. IOSSA, *Le iniziative private*, in *Full Report - Armonizzazione delle procedure negli investimenti in infrastrutture sostenibili*, PIARC, 2021, scaricabile da ITC1.3.3_FullReport_14072021.pdf (*piarc-italia.it*), dove si legge che "*la letteratura economica ha evidenziato che concedere un trattamento preferenziale ai proponenti di progetti USP (unsolicited proposals) può aumentare significativamente l'efficienza (vedi Che, Iossa e Rey 2021). Il trattamento preferenziale incentiva l'iniziativa privata, stimolando le imprese ad investire risorse e conoscenze nello sviluppo di proposte di pubblico interesse. E tanto maggiore è il trattamento preferenziale, tanto più forte è l'effetto incentivante*".

102 Secondo M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 417, il carattere bifasico della procedura «*è stato enfatizzato per sostenere l'ampia discrezionalità nella scelta del promotore, in quanto il momento in cui viene in considerazione la normativa sulle procedure di gara, per tutti gli aspetti non espressamente disciplinati, anche in relazione ai requisiti ed alla composizione dei soggetti aspiranti concessionari, è quello del bando, che innesta la seconda fase*».

103 Cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. V, 5 giugno 2024, n. 5026, che ribadisce il granitico orientamento secondo cui «*alle controversie attinti alla prima di fase della procedura di project financing di individuazione del promotore non sono applicabili le regole proprie del rito speciale dei contratti pubblici, ai sensi degli artt. 119 e 120 c.p.a., ma quelle del rito "ordinario"*»; in termini, anche Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298, dove si ricorda che «*segnatamente con la sentenza 15 aprile 2010, n. 2155 il Supremo Consesso ha claris verbis affermato che "All'interno di tale cornice, appaiono chiaramente distinte, anche alla stregua della consolidata giurisprudenza, la fase preliminare della individuazione del promotore e la successiva fase selettiva finalizzata all'affidamento della concessione: mentre quest'ultima nella disciplina innanzi richiamata della legge nr. 109 del 1994, sostanzialmente confluita nell'originario impianto del d.lgs. nr. 163 del 2006, costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica (sia pure con le peculiarità e le deroghe previste in materia di affidamento di concessioni, nonché specificamente per il project financing in quanto tale), al contrario la scelta del promotore, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e quindi entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte*

Come anticipato, il d.lgs. n. 209 del 2024 ha riscritto interamente l'art. 193[104], introducendo novità di non poco conto. Ai fini del presente scritto, è opportuno trattare solo di quelle che

sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore (cfr. Cons. St., sez. V, 10 novembre 2005, nr. 6287)"». Per un commento a quest'ultima sentenza, cfr. C. CONTESSA, *Finanza di progetto, rito applicabile e competenze degli organi comunali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2024, p. 27 – 28.

[104] La nuova formulazione, cui si fa riferimento nel prosieguo del testo, prevede che "*1. L'affidamento in concessione di lavori o servizi mediante finanza di progetto può avvenire su iniziativa privata, nelle ipotesi di cui al comma 3, anche per proposte non incluse nella programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, ovvero su iniziativa dell'ente concedente, nelle ipotesi di cui al comma 16, per proposte incluse nella programmazione del paitenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1.*

2. Ai fini della presentazione di una proposta ai sensi comma 1, un operatore economico può presentare all'ente concedente una preliminare manifestazione di interesse, corredata dalla richiesta di informazioni e dati necessari per la predisposizione della proposta. L'ente concedente comunica all'operatore economico la sussistenza di un interesse pubblico preliminare all'elaborazione della proposta; in tale ipotesi, i dati e le informazioni richiesti sono trasmessi all'operatore economico e sono resi disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale.

3. Gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti, in qualità di promotore, proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi, elaborate su iniziativa privata per la realizzazione di interventi anche non inclusi nella programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1. Le proposte presentate ai sensi del primo periodo non sono soggette all'obbligo di preventiva presentazione di una manifestazione di interesse ai sensi del comma 2 e alla preventiva pubblicazione di un avviso ai sensi del comma 16. Ciascuna proposta contiene un progetto di fattibilità, redatto in coerenza con l'articolo 6-bis dell'allegato I.7., una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e l'indicazione dei requisiti del promotore. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. Gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015 e gli altri operatori economici interessati, possono formulare le proposte di cui al primo periodo salva la necessità, nella successiva gara per l'affidamento dei lavori o dei servizi, di associarsi o consorziarsi con altri operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi ne siano privi. Gli investitori istituzionali e gli altri operatori economici interessati, in sede di gara, possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. Gli investitori istituzionali e gli altri operatori economici interessati possono altresì impegnarsi a subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore sia comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.

4. Previa verifica dell'interesse pubblico alla proposta e della relativa coerenza con la programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, l'ente concedente dà notizia nella sezione «Amministrazione trasparente» del proprio sito istituzionale della presentazione della proposta e provvede, altresì, ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni, commisurato alla complessità del progetto, per la presentazione da parte di altri operatori economici, in qualità di proponenti, di proposte relative al medesimo intervento, redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3.

5. Entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine di cui al comma 4, l'ente concedente, sulla base dei principi di cui al Libro I, Parte I, Titolo I, individua in forma comparativa, sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità delle proposte e della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici e finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente, una o più proposte, presentate ai sensi del comma 3 o del comma 4, da sottoporre alla procedura di valutazione di cui al comma 6.

6. L'ente concedente comunica ai soggetti interessati la proposta o le proposte individuate ai sensi del comma 5, ne dà notizia sul proprio sito istituzionale e invita, se necessario, il promotore e i proponenti ad apportare al progetto di fattibilità, al piano economico-finanziario e allo schema di convenzione le modifiche necessarie per la loro approvazione. In tale fase, l'ente concedente ha facoltà di indire una conferenza di servizi preliminare ai sensi dell'articolo 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Se il promotore o i proponenti non apportano le modifiche e integrazioni richieste per recepire le indicazioni dell'ente concedente entro il termine dallo stesso indicato, le proposte sono respinte con provvedimento motivato. Entro sessanta giorni, differibili fino a novanta giorni per comprovate esigenze istruttorie, l'ente concedente conclude, con provvedimento motivato, la procedura di valutazione, che, in caso di pluralità di proposte ammesse, si svolge in forma comparativa. Il provvedimento è pubblicato sul sito istituzionale dell'ente ed è comunicato ai soggetti interessati.

7. Il progetto di fattibilità selezionato ai sensi del comma 6 è integrato, se necessario in funzione dell'oggetto dell'intervento, con gli ulteriori elaborati richiesti dall'articolo 6 dell'allegato I.7 anche ai fini della relativa sottoposizione al procedimento di approvazione ai sensi dell'articolo 38. Il progetto di fattibilità tecnica ed economica per i lavori o il progetto di cui all'articolo 4-bis dell'Allegato 1.7 per i servizi, una volta approvati, sono inseriti tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente.

8. All'esito dell'approvazione, il progetto di fattibilità tecnica ed economica, per gli affidamenti di lavori, ovvero il progetto di cui all'articolo 4-bis dell'Allegato 1.7, per gli affidamenti di servizi, unitamente agli altri elaborati della proposta, inclusa una sintesi del piano economico finanziario, sono posti a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione. Gli obblighi di trasparenza sono assolti ai sensi dell'articolo 28, nel rispetto delle disposizioni sulla riservatezza di cui all'articolo 35 e delle deroghe relative ai

hanno impattato sul carattere "liquido" dell'Amministrazione e sulla speculare "responsabilizzazione" dei provati.

In tal, senso, va dato atto che il riformulato art. 193, co. 1, dispone che "*l'affidamento in concessione di lavori o servizi mediante finanza di progetto può avvenire su iniziativa privata, nelle ipotesi di cui al comma 3, anche per proposte non incluse nella programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, ovvero su iniziativa dell'ente concedente, nelle ipotesi di cui al comma 16, per proposte incluse nella programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1*". Come ben evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere n. 1463 del 2024, la disposizione in esame è motivata, da un lato, per dare attuazione agli impegni assunti con il PNRR e per chiarire le modalità applicative dell'istituto per incentivarne ulteriormente l'utilizzo; dall'altro, in considerazione dei rilievi sollevati dalla Commissione europea con la procedura d'infrazione INFR (2018)2273 "*Non conformità del diritto italiano alle Direttive 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU, e agli articoli 49 e 56, TFUE*", mediante l'introduzione di

contratti secretati di cui all'articolo 139. Il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo.

9. La configurazione giuridica del promotore ovvero del proponente può essere modificata e integrata sino alla data di scadenza della presentazione delle offerte. Nel bando l'ente concedente dispone che il promotore ovvero il proponente può esercitare il diritto di prelazione, nei termini previsti dal comma 12.

10. I concorrenti, compreso il promotore e il proponente, in possesso dei requisiti soggettivi previsti dal bando, presentano un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, le varianti migliorative al progetto di fattibilità tecnico economica e le eventuali modifiche allo schema di convenzione posti a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando. Le offerte sono corredate delle garanzie di cui all'articolo 106.

11. L'ente concedente:

a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;

b) redige una graduatoria e nomina aggiudicatario il soggetto che ha presentato la migliore offerta;

c) pone in approvazione il successivo livello progettuale elaborato dall'aggiudicatario.

12. Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Se il promotore ovvero il proponente esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore ovvero del proponente, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo.

13. In relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l'ente concedente può prevedere criteri di aggiudicazione premiali, volti a valorizzare l'apporto di ciascuna offerta agli obiettivi di innovazione, sviluppo e digitalizzazione.

14. Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dagli stessi perseguiti, possono aggregarsi alla presentazione di proposte di cui ai commi 3, 4 e 16, ferma restando la loro autonomia decisionale.

15. Il soggetto aggiudicatario presta la garanzia di cui all'articolo 117. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario è dovuta una cauzione, rinnovabile annualmente, a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 117. La mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

16. L'ente concedente può, mediante avviso pubblico, sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare in concessione, mediante finanza di progetto, interventi inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1, tramite la presentazione, entro un termine non inferiore a sessanta giorni, di proposte redatte nel rispetto delle disposizioni del comma 3. Gli operatori economici interessati a rispondere all'avviso possono richiedere all'ente concedente di fornire integrazioni documentali per una migliore formulazione delle proposte. Le eventuali integrazioni documentali predisposte dall'ente concedente sono trasmesse all'operatore economico e sono rese disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale.

17. L'ente concedente valuta le proposte presentate ai sensi del comma 16 e pone a base di gara il progetto di fattibilità selezionato, unitamente agli altri elaborati della proposta, inclusa una sintesi del piano economico finanziario, nel rispetto delle disposizioni di cui ai commi 5, 6, 7 e 8. La procedura di gara si svolge in conformità ai commi 10, 11, 12 e 13. Il soggetto aggiudicatario presta le garanzie di cui al comma 15".

specifiche disposizioni che mirano ad assicurare la trasparenza e la pubblicità durante la procedura di selezione delle proposte di progetto di fattibilità.

Il successivo co. 2, invece, prevede che, ai fini della presentazione di una proposta, un operatore economico "*può presentare all'ente concedente una preliminare manifestazione di interesse, corredata dalla richiesta di informazioni e dati necessari per la predisposizione della proposta*". Spetta poi all'ente concedente comunicare all'operatore economico la sussistenza di un interesse pubblico preliminare all'elaborazione della proposta e, solo in tale ipotesi, allora "*i dati e le informazioni richiesti sono trasmessi all'operatore economico e sono resi disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale*".

La nuova disposizione introduce, nell'ambito della disciplina dell'iniziativa, dei vincoli di trasparenza in capo agli enti concedenti nel caso in cui un operatore economico, prima della presentazione di una formale proposta, intenda trasmettere una preliminare manifestazione di interesse nei confronti di un dato progetto. Va da sé che, ad una maggior certezza e trasparenza della procedura, corrisponde un irrigidimento dell'azione amministrativa, sacrificata sull'altare del "risultato" dell'operazione più complessiva.

Il co. 3, poi, disciplina la procedura di finanza di progetto su iniziativa privata, prevedendo che gli operatori economici, in qualità di promotore, possano presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi, per la realizzazione di interventi anche non inclusi nella programmazione del partenariato pubblico-privato. Le proposte presentate non sono soggette all'obbligo di preventiva presentazione di una manifestazione di interesse ai sensi del co. 2, né alla preventiva pubblicazione di un avviso ai sensi del co. 16.

Il legislatore è intervenuto anche per puntualizzare alcuni aspetti circa la solidità dell'operazione. La novella precisa, infatti, che nella proposta deve essere incluso il progetto di fattibilità redatto in coerenza con l'articolo 6-*bis* dell'Allegato I.7 (di nuova introduzione), una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e, con integrazione molto opportuna, l'indicazione dei requisiti generali e speciali del promotore.

In termini soggettivi, si prevede che anche gli investitori istituzionali e altri soggetti puntualmente indicati dalla norma possono formulare le proposte di PPP, salva la necessità, nella successiva gara per l'affidamento dei lavori o dei servizi, di associarsi o consorziarsi con operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dal bando, qualora gli stessi investitori istituzionali ne siano privi, o mediante l'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento o del subappalto. Per gli investitori istituzionali, dunque, a differenza di quelli privati, resta la possibilità di formulare le proposte nella fase preliminare anche senza possedere i requisiti di partecipazione alla gara.

Il Consiglio di Stato, a ragione, ha rilevato, in proposito, possibili profili di disparità di trattamento e, dunque, di illegittimità costituzionale, oltre che di contrasto con i cogenti principi euro-unitari in tema di par condicio nell'accesso al mercato generato dai fabbisogni pubblici (parere n. 1463 del 2024). Tuttavia, la norma sembra giustificabile in ragione di opportunità pratiche, prima tra tutte quella di attirare quanti più investitori possibili.

Per assicurare il rispetto del principio di trasparenza, al co. 4 si specifica che le proposte presentate debbano essere pubblicate nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale dell'ente concedente, che provvede, altresì, ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni, per la presentazione di proposte relative al medesimo intervento da parte di altri operatori economici (proponenti).

L'art. 193, co. 5, provvede a disciplinare puntualmente la procedura di selezione delle proposte che sono ritenute di interesse pubblico. La selezione è effettuata tenendo conto della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente e, valle della citata procedura, è previsto che l'ente concedente pubblichi sul proprio sito istituzionale e comunichi ai soggetti interessati le proposte selezionate.

La disciplina di tale fase risponderebbe ai rilievi della Commissione europea mediante l'introduzione di specifiche disposizioni che mirano ad assicurare la trasparenza e la pubblicità durante la procedura di selezione delle proposte di progetto di fattibilità. Detto altrimenti, la procedura di scelta del contraente si avvicina maggiormente alle prescrizioni imposte a livello sovranazionale che non alla tradizione nostrana.

Si prevede, altresì, al co. 6, che "*l'ente concedente comunica ai soggetti interessati la proposta o le proposte individuate ai sensi del comma 5, ne dà notizia sul proprio sito istituzionale e invita, se necessario, il promotore e i proponenti ad apportare al progetto di fattibilità, al piano economico-finanziario e allo schema di convenzione le modifiche necessarie per la loro approvazione*". Tale fase di valutazione si conclude con provvedimento espresso, pubblicato sul sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati, entro sessanta giorni, differibili fino a novanta giorni per comprovate esigenze istruttorie[105].

Nel co. 7 è previsto, quindi, che il progetto di fattibilità così selezionato sia integrato con gli ulteriori elaborati richiesti dall'articolo 6 dell'Allegato I.7 ai fini della relativa sottoposizione al procedimento di approvazione ai sensi dell'articolo 38, per essere quindi, una volta approvato, inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente. In questa fase, all'esito dell'approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, è previsto che il promotore (ovvero il proponente) selezionato, prima della indizione della gara di cui ai successivi co. 8 e seguenti, apporti al piano economico-finanziario e allo schema di convenzione le opportune modifiche.

I co. 16 e 17 disciplinano, infine, la finanza di progetto ad iniziativa dell'ente concedente. Si tratta, in buona sostanza, di una "sollecitazione" che l'Amministrazione rivolge ai privati, i quali possono dialogare con la P.a. per comprendere come poter presentare al meglio il progetto che, in ogni caso, è rimesso alla valutazione discrezionale della P.a. stessa.

Come si evince dal breve *excursus* circa l'evoluzione subita dalla disciplina della finanza di progetto nel giro di un anno, l'istituto è stato ritoccato, sia in senso più restrittivo, al fine di consentire una maggiore certezza e una maggiore trasparenza della procedura, sia in senso conservativo, lasciando comunque ai privati un certo margine di iniziativa, e ciò, probabilmente, sia per ragioni di opportunità sia per ragioni di coerenza di scelta legislativa.

---

[105] La formulazione dei co. 5 e 6 risponde ad una puntualizzazione del Consiglio di Stato contenuta nel parere n. 1463 del 2023. Più precisamente, nel parere si legge che "*ai fini una maggior chiarezza in ordine alla latitudine ed ai modi di esercizio della discrezionalità valutativa coerente con i principi di trasparenza ed accountability, si suggerisce una riformulazione dei commi 5 e 6, che tenga complessivamente conto delle seguenti necessità ed esigenze: a) che l'individuazione selettiva della proposta (o delle proposte) di interesse pubblico avvenga in ogni caso, quando ne ricorrano le condizioni, in forma effettivamente comparativa e con modalità oggettive e trasparenti, sulla base di criteri predeterminati e con formale esito provvedimentale costitutivo, suscettibile di impugnazione in sede giurisdizionale da parte degli operatori controinteressati; b) che la successiva fase – intesa alla eventuale sollecitazione delle necessarie modifiche al progetto di fattibilità ritenuto di interesse pubblico, nonché al piano economico-finanziario ed allo schema di convenzione – coinvolga, con modalità anche in tal caso trasparenti, motivate e competitive, sia il promotore che i soggetti proponenti, in condizioni di par condicio, e, di conseguenza, sulla base di criteri definiti e pubblicizzati anteriormente alla conoscenza del contenuto delle proposte; c) che il ricorso, facoltativo, alla preliminare valutazione conferenziale debba collocarsi - ad evitare preclusioni incongruenti della concorrenzialità - nell'ambito della fase di valutazione di fattibilità delle proposte presentate*".

Un punto di sintesi delle varie caratteristiche dell'istituto è, in ogni caso, il concetto di "unità economica", da intendersi come il progetto che è in grado di autofinanziarsi. Muovendo da tale presupposto, è allora corretto dire che l'elemento più significativo del *project financing* è dato «*dalla separazione sotto il profilo economico e giuridico dell'iniziativa dai suoi promotori, enucleando il progetto dalle altre attività dei promotori ed evitando quindi la confusione di attività e passività inerenti l'iniziativa nel patrimonio dei promotori*»[106].

Ecco, quindi, perché, nell'ambito della finanza di progetto, un ruolo centrale è occupato dalla c.d. "società di scopo". Si tratta di un soggetto dotato di capacità giuridica ed autonomia patrimoniale, la cui funzione precipua è proprio quella di realizzare e gestire l'opera dedotta nel contratto e raccogliere i fondi a tal fine necessari, creando un apposito schermo tra il promotore e il progetto stesso.

Attraverso lo strumento della società, infatti, si isola, in termini contabili e organizzativi, il destino dell'opera da realizzare rispetto alle vicende imprenditoriali che possono coinvolgere il concessionario, garantendo, così, che le risorse raccolte per la buona riuscita del progetto siano destinate in concreto solo ad esso. Guardando l'istituto sotto altro aspetto, si può dire che esso rende manifesta l'intenzione del legislatore di approntare uno strumento necessario per il raggiungimento del "risultato" prefissato nell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato e, soprattutto, di "responsabilizzare" il privato nel momento in cui assume il ruolo di promotore del progetto stesso.

In linea con tali considerazioni, l'art. 194, co. 1, del Codice, impone alla Stazione appaltante di prevedere nel bando di gara per l'affidamento di una concessione nella forma del *project financing* che «*l'aggiudicatario costituisca una società di scopo in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile*». In base al tenore letterale della disposizione, si ricava che, da un punto di vista civilistico, la società di scopo non è una società atipica, perché il legislatore ha scelto modelli societari tradizionali, ma qualificati da uno specifico scopo, ossia sviluppare solo rapporti economici e giuridici che siano teleologicamente finalizzati alla realizzazione del progetto.

Da un punto di vista giuspubblicistico, invece, la disposizione nasconde importanti novità rispetto alla disciplina previgente.

In primo luogo, il legislatore ha proceduto a modificare la denominazione di "società di progetto" in quella di "società di scopo", perché ritenuta «*maggiormente esemplificativa nonché in linea con la denominazione utilizzata in ambito finanziario di "special purpose vehicle"*»[107]. La società di scopo, infatti, attua la c.d. "canalizzazione dei flussi finanziari", in quanto imprime un vincolo di destinazione ai finanziamenti conseguiti e crea un patrimonio separato con riferimento alle risorse finanziarie coinvolte nella realizzazione del progetto.

In secondo luogo, si è passati da una condizione di "facoltà" ad una di "obbligo" a carico dell'Amministrazione di prevedere nel bando che l'aggiudicatario debba costituire una apposita società di scopo. Sul punto, è interessante notare che, ai sensi dell'art. 198 del Codice, la costituzione di una medesima società di scopo - seppur nell'ambito delle altre figure afferenti al Partenariato Pubblico-Privato - è rimasta, invece, una facoltà[108].

---

[106] Cfr. M. BALDI e S. FASANO, *Società di scopo, locazione finanziaria, contratto di disponibilità e le altre forme di partenariato*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 6, p. 681.

[107] Cfr. Consiglio di Stato, *Relazione* cit., p. 233.

[108] «*L'attuale regime prevede che sia il concedente a stabilire, nel bando, se la costituzione della società di progetto è obbligatoria ovvero rimane una facoltà per l'aggiudicatario della concessione. Poiché tuttavia la società di scopo è un elemento qualificante dei contratti di partenariato finalizzati a realizzare e/ o gestire infrastrutture non è opportuno lasciare questo aspetto alla*

Per quanto riguarda la finanza di progetto, quindi, la flessibilità concessa sul punto alla P.a. è limitata alla sola possibilità di determinare nel bando il livello minimo di capitale sociale di cui la società deve disporre[109]. La restante parte dell'art. 194, co. 1, infatti, prevede che «*il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società*» e che, in caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta «*è indicata, a pena di esclusione, la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto*».

Al co. 2, invece, si stabilisce la regola per cui i lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società di scopo si intendono realizzati e prestati in proprio «*anche nel caso in cui siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, originari o subentrati, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari*». La disposizione mira a ribadire che il centro di imputazione delle obbligazioni assunte nei confronti dell'Amministrazione resta la società di scopo, anche se gli operatori economici che ne fanno parte eseguono materialmente le prestazioni dedotte in contratto, senza che tale dinamica configuri un subappalto[110].

In termini di "responsabilizzazione" dei privati, vi è da dire che la società di scopo presenta alcuni elementi di specialità rispetto al modello societario di matrice civilistica.

In primo luogo, tale società - pur essendo una società di capitali - non gode di autonomia patrimoniale perfetta, in quanto i soci sono responsabili, in solido con la società, fino alla emissione del certificato di collaudo, per la restituzione delle somme eventualmente erogate dall'amministrazione a titolo di prezzo in corso d'opera. Infatti, l'art. 194, co. 3, prevede che la società di scopo, «*senza che ciò costituisca cessione di contratto*», subentra nel rapporto di concessione senza necessità di approvazione o autorizzazione amministrativa e «*sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'ente concedente*».

Ciò significa che la società di progetto diventa concessionaria a titolo originario e che sarà la medesima società ad assumere la titolarità di tutti i rapporti diretti con l'Amministrazione.

Peraltro, nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte dell'ente concedente, i soci della società «*restano solidalmente responsabili con la società di scopo nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito*». In alternativa, la società di scopo

---

discrezionalità del concedente, ovvero dell'aggiudicatario. È importante sottolineare peraltro che l'aggiudicatario il più delle volte avrà convenienza a costituire la società di scopo in quanto ciò gli consente di separare l'operazione dalle sue altre eventuali attività e comunque di costituire un patrimonio separato specificamente dedicato alla commessa. In questo modo si assicurano maggiori garanzie a tutti i soggetti che intervengono nell'operazione (salva la responsabilità personale e solidale dei soci per il rimborso dei contributi eventualmente erogati dal concedente)». In giurisprudenza, TAR Toscana, sez. I, 15 novembre 2023, n. 1048, ha evidenziato che il modello della società di scopo «*ha carattere generale e non è confinato all'impiego nell'ambito delle procedure di project financing*». Le argomentazioni del TAR – del tutto condivisibili anche alla luce dell'art. 194, co. 2, del Codice - si fondano sulla lettura del previgente art. 184, nella parte in cui richiede che la facoltà (o l'obbligo) dell'aggiudicatario di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, sia prevista dal bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di un'infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità, senza altre specificazioni; e, soprattutto, nella parte in cui prevede che tale facoltà sia prevista "anche" – ma non solo – alla gara di cui all'art. 183, vale a dire la gara per l'affidamento mediante finanza di progetto.

[109] Cfr. M. BALDI e S. FASANO, *Società di scopo* cit., p. 682, i quali precisano che «*si tratta tuttavia di una discrezionalità che deve essere esercitata con riguardo al complessivo ammontare ed alle caratteristiche dell'investimento, ai fini di una corretta determinazione del rapporto tra capitale proprio e capitale di debito, pur con le difficoltà di stabilire il livello adeguato di capitalizzazione della società, atteso che non vi sono regole specifiche ed univoche per la determinazione del rapporto ottimale tra debito e mezzi propri, per iniziative quali la realizzazione e gestione di opere pubbliche*».

[110] Cfr. S. INGEGNATTI, *Requisiti di capacità tecnico-professionale e società di progetto*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, fasc. 2, p. 263, dove si afferma che la ratio dell'art. 194, co. 2, del Codice «*non è quella di individuare il soggetto a cui i lavori e i servizi resi debbano essere imputabili in termini di maturazione dei requisiti di capacità professionale o esperienziale, quanto quella di individuare il soggetto controparte negoziale della stazione appaltante a cui dover imputare tutte le obbligazioni ivi derivanti*».

può fornire alla P.a. garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo, liberando in tal modo i soci[111].

L'ultimo parte del co. 3, dispone espressamente che «*il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di scopo, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di scopo e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali, di cui all'articolo 193, comma 1, quarto periodo, che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione, possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento*».

La norma merita di essere approfondita.

In primo luogo, occorre chiarire che vi sono tre classi di soci, ossia (*i*) soci che hanno concorso a fornire i requisiti, c.d. "soci qualificanti", (*ii*) soci che non hanno concorso a formare i requisiti, e (*iii*) banche e investitori istituzionali che non hanno concorso a formare i requisiti. A ciascuna di tali classi corrisponde una diversa facoltà.

Infatti, ai primi è fatto obbligo di mantenere integra la propria quota di partecipazione fino alla emissione del certificato di collaudo, quanto meno nei limiti della porzione dei lavori da eseguire e quindi dell'ammontare dei corrispondenti requisiti di qualificazione; ai secondi, invece, è concessa la facoltà di cedere in tutto o in parte la propria quota, salvo che il contratto non lo escluda; infine, per i terzi, è possibile cedere la propria partecipazione societaria, ovvero fare ingresso nella società in qualunque momento senza limitazioni poste dalla legge o dal contratto di concessione (cfr. parere Anac del 24 ottobre 2012, AG 20/12).

L'art. 194, co. 3, ultima parte, rappresenta un chiaro esempio di "responsabilizzazione" del privato ad opera del legislatore nell'ambito del Partenariato Pubblico-Privato. La norma vuole, infatti, preservare l'interesse dell'Amministrazione alla conservazione dei requisiti di qualificazione, che costituiscono la principale garanzia per la buona esecuzione della commessa pubblica, e ciò spiega la connotazione temporale del divieto che opera fino alla emissione del certificato di collaudo.

Stando alle osservazioni di Anac – rese sulla previgente società di progetto ma ancora estremamente attuali - il legislatore «*ha voluto contemperare, da un lato, il principio della libera circolazione dei beni e, dall'altro, il superiore interesse della stazione appaltante alla corretta esecuzione, prevedendo a tal fine un divieto di cessione della partecipazione societaria*». Tale divieto è, tuttavia, circoscritto «*sotto il profilo soggettivo, perché limitato ad alcune categorie di soci e sotto il profilo temporale, perché cessa con l'emissione del certificato di collaudo, che attesta, come la stessa etimologia del termine evoca, la buona esecuzione del contratto, che toglie rilievo alla immodificabilità del socio cd. qualificante*» (cfr. parere Anac AG 20/12 cit.).

In disparte ogni ulteriore considerazione circa il rapporto sussistente tra quote di partecipazione alla società di scopo, quote di qualificazione e quote di esecuzione, resta il fatto che la disciplina dettata dal legislatore appare, nel suo complesso, espressamente orientata ad un risultato, ossia la realizzazione dell'opera[112]. In quest'ottica, pare corretto affermare che la società di scopo rappresenta l'elemento cardine dell'operazione di *project financing*, in quanto «*consente di realizzare il ring fence, istituto che permette di passare da una valutazione*

[111] Secondo M. BALDI e S. FASANO, *Società di scopo* cit., p. 685, il legislatore «*ha ritenuto non necessaria la garanzia per quella parte dell'intervento coperta dall'autofinanziamento del concessionario* […] *evitando che in tal modo il concessionario fosse costretto a prestare una doppia garanzia*».

[112] Cfr. M. BALDI e S. FASANO, *Società di scopo* cit., p. 687.

che si esaurisce nell'indagine sulla capacità patrimoniale del soggetto finanziato a una ponderazione sulla validità del progetto e, quindi, sulla sua idoneità a remunerare il capitale investito»[113].

In definitiva, quindi, la finanza di progetto rappresenta l'istituto di Partenariato Pubblico-Privato in cui si manifesta l'essenza stessa della cooperazione tra Pubblico e privato, ossia la focalizzazione dell'attenzione «*sul progetto piuttosto che sull'impresa che dovrà realizzarlo*»[114]. In questo senso, non solo il ruolo dell'Amministrazione, ma tutto il rapporto tra Pubblico e privato globalmente inteso appare volutamente improntato alla flessibilità, alla "liquidità", funzionalizzata al perseguimento, mediante la concreta ed effettiva cooperazione tra le parti, del risultato/progetto cui tutta la procedura è orientata.

4. La *passation du marché de partenariat*.

La *passation du marché de partenariat public privé*, ossia la fase che il *Code de la commande publique* dedica all'aggiudicazione di un contratto di PPP, rappresenta, probabilmente, nell'ambito della disciplina globale della cooperazione partenariale, l'aspetto che maggiormente differenzia l'impostazione prescelta dal legislatore italiano rispetto a quello francese. La ragione fondante tale distinzione risiede, sostanzialmente, nella diversa visione - e nel conseguente diverso inquadramento - che i due ordinamenti riservano al fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato.

Infatti, nella cultura giuridica francese, la categoria dei contratti di PPP è sempre stata inquadrata tra i «*marché au sens du droit communautaire*»[115], laddove, invece, nel nostro ordinamento, il medesimo fenomeno è stato ascritto nell'ambito della politica economica, al cui interno il "contratto" partenariale rappresenta un mero strumento regolatorio di tipo concessorio volto alla cristallizzazione degli interessi espressi dai diversi attori in gioco (*supra*, Cap. I, §5). In altri termini, alla luce della nozione fornita dal *Code de la commande publique* e della disciplina più complessiva in esso prevista, il Partenariato Pubblico-Privato francese si configura come un vero e proprio istituto, alternativo e derogatorio rispetto ad appalti e concessioni, ma che, tuttavia, presenta numerose affinità con l'appalto (*supra*, Cap. I, §6).

Tra gli elementi positivizzati dal legislatore francese che accomunano i due istituti (ossia, *marché* e *marché de partenariat*) vi sono, di certo, le regole procedurali dedicate alla "*passation*", il cui regime, tuttavia, prevede delle apposite disposizioni di carattere speciale e derogatorio da applicare alla sola disciplina dell'aggiudicazione del *marché de partenariat*[116]. Ciò significa che, da un punto di vista ricostruttivo e sistematico, le disposizioni contenute nel *Code de la commande publique*, dedicate alla fase dell'aggiudicazione dell'una o dell'altra tipologia di contratto, condividono origini storiche e successive fortune redazionali[117].

---

[113] Cfr. R. DIPACE, *L'attività contrattuale* cit., p. 55.

[114] Cfr. R. DE NICTOLIS, *Appalti e concessioni: dopo la legge "sblocca cantieri"*, Bologna, 2020, p. 1898; in termini anche L. LORENZONI, *L'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024, fasc. 2, p. 255.

[115] Cfr, A. LANGLAIS, *L'influence du droit Communautaire sur la librté contractuelle du décideur public dans le cadre du contrat de partenariat*, *RDP*, 2006, pp. 1601 ss.

[116] Cfr. *Marché de partenariat - Septembre 2021*, in *Fiches d'orientation*, Dalloz, 2021, dove si precisa che «*les procédures de passation des marchés de partenariat obéissent aux mêmes règles procédurales que celles relatives aux marchés publics. Toutefois, les règles de passation des marchés de partenariat ayant pour objet de confier au titulaire tout ou partie de la mission de conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels, obéissent à des conditions particulières*».

[117] Cfr. M. UBAUD BERGERON, *Passation et exécution: le code de la commande publique innove-t-il ?*, in *RFDA*, 2019, p. 219 ss., secondo cui la *passation* «*qui transcende la distinction personne publique/personne privée, n'est pas construite sur une logique organique, au contraire des règles d'exécution des contrats qui sont en grande partie des règles du droit interne fondées sur une dichotomie contrats administratifs/contrats privés, ce qui explique la difficulté à fondre les règles d'exécution dans un code de*

In particolare, tutta la disciplina dedicata alla fase della *passation* è stata sensibilmente rivista a seguito del recepimento delle direttive n. 2014/23 e n. 2014/24, soprattutto nell'ottica di rendere il complessivo sistema francese della contrattualistica pubblica maggiormente aderente all'impianto concepito dal legislatore sovranazionale[118]. La codificazione che ne è seguita non ha impedito - ma, anzi, ha incentivato - la creazione di un «*droit commun de la passation des contrats de la commande publique*»[119].

In questo senso, ossia con specifico riferimento alla scelta di aderire alle direttive europee del 2014 e a ristrutturare in modo unitario la disciplina relativa all'aggiudicazione nel suo complesso, si può dire che legislatore italiano e legislatore francese si sono mossi nella medesima direzione. Tuttavia, in ragione della diversità dei presupposti di partenza circa il modo di concepire il Partenariato Pubblico-Privato e, soprattutto, della ontologica difformità della tradizione giuridica sottesa alla *commande publique* rispetto alla contrattualistica pubblica nostrana, l'approdo finale del percorso risulta essere significativamente diverso.

Riportando l'attenzione sulle disposizioni contenute nel *Code de la commande publique* e, soprattutto, sul *fil rouge* che tiene legata la regolazione della fase della *passation* per tutti i contratti (quindi, non solo per i *marchès*), ci si accorge che il "*droit commun*" prima citato si manifesta sotto varie forme. Si tratta, nello specifico, da un lato, della affinità – che sconfina quasi nella "identità" – tra le disposizioni dedicate ai *marchés* e quelle redatte per le *concessions* e, dall'altro, nella valenza comune ad entrambi gli istituti dei principi codificati in apertura del *Code*.

Sotto il primo aspetto, vengono in considerazione regole che disciplinano aspetti specifici della *passation*, come, a mero titolo esemplificativo e non esaustivo, la «*obligation de définition des besoins*», la «*expression du besoin par référence à des spécifications techniques*», la «*obligation de publicité préalable*», le «*interdictions de soumissionner opposables aux opérateurs économiques*», la «*obligation de lien entre les critères de sélection des offres et l'objet du contrat*», la «*obligation de notification du rejet des offres, ou encore l'obligation du délai de suspension de signature*»[120]. La lettura di tali disposizioni consente di ritenere che nel *Code de la commande publique* vi sia un regime procedurale di aggiudicazione il cui nucleo è comune a tutti i contratti, da intendersi sia come appalti sia come concessioni.

Sotto il secondo aspetto, invece, la comunanza di disciplina tra le varie tipologie di istituti emerge con maggiore evidenza, poiché è innegabile che i principi contenuti nelle disposizioni preliminari al *Code* si applicano senza alcun tipo di restrizione di carattere classificatorio a tutte le tipologie di contratto rientranti nella *commande publique*. Tali principi, infatti, riguardano aspetti di carattere generale, che non attengono solo ai *contrats* ma, più in generale, all'azione amministrativa.

In quest'ottica, l'Article L. 1 prevede che «*les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique*». La disposizione sancisce il principio fondamentale della "*liberté*

la commande publique, dont les contours n'épousent pas parfaitement ceux du droit de l'exécution. Si le code de la commande publique a donc une incidence limitée sur les règles de passation, il réalise en revanche une restructuration significative des règles d'exécution».

118 Cfr. M. UBAUD BERGERON, *op. ult.* cit., dove si evidenzia che «*en matière de marchés publics, l'institution du partenariat d'innovation, l'ouverture des conditions de recours à la procédure avec négociation, l'évolution du régime des interdictions de soumissionner, ou encore, le développement de la dématérialisation constituaient des améliorations notables, tandis que pour les concessions, les règles françaises avaient été entièrement refondues sous l'effet de la directive 2014/23 qui constituait le premier texte européen adopté pour ces contrats de concession*».

119 Cfr. M. UBAUD BERGERON, *op. ult.* cit..

120 Per l'esemplificazione qui riportata, cfr. M. UBAUD BERGERON, *op. ult.* cit..

contractuelle"[121], da intendersi come la facoltà attribuita all'Amministrazione di procedere "*de contracter ou ne pas contracter*", sancita dall'art. 1102 del *Code Civil*.

La norma positivizza il principio giurisprudenziale per cui *les personnes morales de droit public* hanno la facoltà di esercitare la propria *liberté du commerce* e la propria *liberté de l'industrie* con una flessibilità tale da poter decidere quali mezzi utilizzare per soddisfare i propri bisogni istituzionali. In tal senso, il *Conseil d'État*, ribadendo un principio già invalso negli anni '70, ha ricordato – attraverso una pronuncia che rappresenta un caposaldo della materia - che «*les personnes publiques ont toujours la possibilité d'accomplir les missions de service public qui leur leur incombent par leurs propres moyens; qu'il leur appartient en conséquence de déterminer si la satisfaction des besoins résultant des missions qui leur sont confiées appellent le recours aux prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci; que ni la liberté du commerce et de l'industrie ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de ces besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature*» (*Conseil d'État*, ass., 26 ottobre 2011, *Assoc. pour la promotion de l'image et a.*, nn. 317827 A, 317952, 318013 e 318051)[122].

Il successivo Article L. 3, invece, impone agli "*acheteurs et les autorités concédantes*" di rispettare «*le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique*» e di dare attuazione a «*les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code*». Lo scopo ultimo è quello di assicurare «*l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics*», dal momento che le Amministrazioni, per poter raggiungere l'obiettivo della tutela dell'interesse pubblico, devono rispettare i vincoli finanziari cui sono fisiologicamente dipendenti gli enti pubblici.

I principi espressi dall'Article L. 3 sono quelli che trovano maggior attuazione in fase di *passation* ed è proprio sotto questo specifico aspetto che la differenza tra la disciplina francese e quella italiana emerge con maggior evidenza. Infatti, mentre il D.lgs. n. 36 del 2023 ha reso il più "liquida" possibile l'attività dell'Amministrazione in fase di aggiudicazione, al fine di rendere la procedura orientata al raggiungimento del risultato, la *commande publique* attribuisce, invece, libertà alla P.a. solo in senso funzionale alla concorrenza, potendo questa definire esclusivamente *les mesures de publicité et de mise en concurrence à mettre en œuvre*[123].

Infine, occorre menzionare l'Article L. 4, il quale pone il limite insuperabile per cui «*les contrats de la commande publique ne peuvent être attribués à des opérateurs économiques ayant fait l'objet des mesures d'exclusion définies par le présent code*». A prescindere dall'effettività e dalla concreta

---

[121] Cfr. A. MÉNÉMÉNIS, *Code de la commande publique. Annoté & commenté*, Dalloz, 2024, p. 11, secondo cui «*on trouve là dans l'article L. 1 le rappel du principe fondamental – qui vaut aussi bien pour le droit de l'Union qu'en droit interne – selon lequel les acheteurs et les autorités concédantes – notamment les personnes publiques – ne sont jamais tenus d'externaliser*».

[122] Già in precedenza, con riferimento alle "*collectivités publiques*", il *Conseil d'État*, 4 marzo 2009, *Synd. nat. des industries d'information de santé*, no 300481 A, aveva ricordato che queste «*peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins. Elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics. Ainsi, si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel*».

[123] Cfr. A. MENEMENIS, *Code de la commande publique* cit., p. 15, dove l'A. evidenzia che «*ces procédures laissent l'autorité contractante libre de définir, dans le respect des principes fondamentaux, les mesures de publicité et de mise en concurrence à mettre en œuvre: tel est le cas de la procédure adaptée*».

prescrittività della disposizione[124], resta l'indiscutibile circostanza di fatto per cui, attraverso tale principio, si pone in evidenza un limite ben preciso, ossia che tanto l'Amministrazione, quanto, soprattutto, la "responsabilizzazione" dei privati devono scontare, nell'ambito della *commande publique* francese, l'obbligo del possesso dei requisiti richiesti dall'ordinamento.

Le considerazioni sino a qui svolte, come già accennato, hanno valenza applicativa per tutte le tipologie di contratti e, pertanto, anche per quelli rientranti nel *Partenariat Public-Privé*. Dal momento che tale categoria è inquadrata, nel *Code*, come un sotto-insieme degli appalti, per poter svolgere un'analisi – seppur sommaria – sulla peculiarità del meccanismo di *passation* ad essa specificamente dedicato, occorre tenere a mente che il quadro normativo di riferimento è quello sull'aggiudicazione dei *marchès* in generale.

Senza addentrarsi nell'esegesi dei singoli articoli che regolano la materia, è qui sufficiente ricordare che, a differenza di quanto accade nel D.lgs. n. 36 del 2023, la fase di aggiudicazione dei *marchès de partenariat* non è retta dalle disposizioni concernenti le concessioni (*supra*, §§2 – 3) ma, all'opposto, quelle degli appalti. La differenza è, quindi, sostanziale, oltreché sistematica, dal momento che, a differenza di quanto accade in Italia, il *Code* modella la peculiare procedura di *passation* dedicata al PPP partendo da quella ordinaria dettata in tema di appalti.

Soffermando l'attenzione sulle disposizioni di carattere speciale, vi è da dire, innanzitutto, che l'Art. L. 2221-1, co. 1, prevede che «*pour les marchés de partenariat conclus par l'Etat et ceux de ses établissements publics, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat par l'acheteur est soumis à l'autorisation des autorités administratives compétentes dans des conditions fixées par voie réglementaire*». Il successivo, co. 2, invece, si preoccupa di specificare che tali disposizioni sono applicabili ai *marchés de partenariat* «*conclus par l'Etat pour le compte des acheteurs non autorisés à conclure leurs propres marchés de partenariat*».

La norma in commento codifica il meccanismo della c.d. "*double autorisation*", già previsto in materia di *délegations de service public* per le collettività territoriali e i loro enti pubblici, in base al quale un contratto di Partenariato Pubblico-Privato attribuibile allo Stato (o ai suoi enti pubblici) deve essere soggetto ad una *autorisation préalable* sia prima dell'avvio della procedura di aggiudicazione, sia prima della conclusione del contratto di PPP stesso. Tra le due "valutazioni preliminari", quella che precede la *passation* risulta essere la più opportuna – e anche la più facile – da impugnare da parte di una eventuale Amministrazione ricorrente[125].

Ai sensi dell'Art. R. 2221-1, per i progetti statali, il Ministero incaricato a prestare l'assenso è quello *du Budget et de l'Économie*, che è tenuto ad esprimersi entro un mese dalla ricezione *de l'évaluation du mode de réalisation du projet et de l'étude de soutenabilité budgétaire*. Qualora non vi sia un parere espresso entro tale termine, scatta l'applicazione del silenzio assenso, ossia i pareri «*sont réputés acquis*».

---

[124] Cfr. M. UBAUD BERGERON, *Passation et exécution* cit., dove l'A. si interroga sulla effettiva utilità della norma, rilevando che «*la disposition est en elle-même redondante: les motifs d'exclusion d'opérateurs économiques des procédures de passation sont explicitement identifiés par le code, qui reprend ici les règles établies par les directives, et il est acquis qu'un pouvoir adjudicateur a une compétence liée à l'égard de ces interdictions. À bien y regarder, elle est même source d'ambiguïté car si ces interdictions sont en effet contraignantes, les textes prévoient des cas exceptionnels où il est possible d'y déroger : dans un tel cas, il est donc possible, contrairement à ce que suggère cet article, d'attribuer un contrat de la commande publique à un opérateur ayant fait l'objet d'une mesure d'exclusion*».

[125] Cfr. Cfr. (a cura di) G. ECKERT, *Code de la commande publique*, LexisNexis, Paris, 2024, pp. 541, sottolinea che «*il est plus opportun et plus aisé pour l'autorité compétente de s'opposer à la passation du contrat sur la base de l'évaluation préalable avant le lancement de la procédure de passation qu'à l'issue de celle-ci, une fois que l'attributaire a été sélectionné*».

L'Art. 2221-2 si occupa, invece, dei progetti delle *collectivitès territoriales* e prescrive un meccanismo simile a quello dettato dall'articolo precedente. La disposizione, nello specifico, prevede che «*pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat*».

In questo caso, quindi, ad essere positivizzato è il meccanismo del c.d. "*double délibération*", che si caratterizza (rispetto a quello della "*double autorisation*") per il fatto che ad esprimersi è *l'assemblée délibérante*, sia – a monte – dell'avvio della *passation*, sia – a valle – prima della firma del contratto. In termini regolatori, l'Art. R2221-3 stabilisce che «*pour les projets des acheteurs non autorisés, l'autorisation préalable au lancement de la procédure de passation est donnée par les ministres chargés du budget et de l'économie*».

La *Cour administrative d'appel de Marseille*, 27 dicembre 2019, n° 19MA01714, *Ville de Marseille*, ha stabilito espressamente che «*la décision par laquelle l'organe délibérant d'une collectivité territoriale se prononce* […] *sur le principe du recours à un marché de partenariat ne présente pas, quant à elle, le caractère d'une simple mesure préparatoire à la conclusion du contrat mais manifeste, d'une part, le choix des modalités particulières d'acquisition et d'exploitation de biens nécessaires à une mission de service public ou d'intérêt général, d'autre part, le cas échéant, le choix corrélatif de la collectivité s'agissant des modalités de gestion de cette mission et, enfin, ses options quant aux modalités de financement et d'intégration, dans son patrimoine, des équipements nécessaires*». Di conseguenza, tale atto «*n'est dès lors pas au nombre de ceux qui peuvent être contestés seulement à l'occasion du recours dirigé contre le contrat lui-même*», potendo quindi essere oggetto di un autonomo ricorso per eccesso di potere[126].

Inoltre, l'incompletezza o l'insufficienza delle informazioni trasmesse alla *assemblée délibérante* rappresentano vizi che rendono *irrégulière* la *deliberation* adottata. Pertanto, per quanto essa sia *détachable* dal contratto di PPP, rimane il fatto che tale irregolarità può essere giudicata come integrante un vizio di tale gravità da affliggere il consenso del soggetto deliberante e, di conseguenza, condurre all'annullamento del contratto stipulato a valle della procedura di aggiudicazione così approvata (CAA Douai, 20 giugno 2019, n° 16DA01621, *Cne de Soissons*).

Infine, il *chapitre* dedicato alle *autorisations préalables à l'engagement de la procédure* si chiude con l'Art. 2221-3, secondo cui «*pour les autres acheteurs, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'organe décisionnel, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat*». La disposizione ha une evidente portata "assorbente" e riflette l'impostazione adottata dal legislatore francese in relazione alla disciplina valevole per le altre tipologie di *acheteurs*, ossia arginare i rischi legati alla particolare tipologia dei contratti in questione.

La disciplina della *passation dei marchès de partenariat* prosegue, poi, con il *chapitre* dedicato alla *prèsentation des documents de la consultation, des offres et critères d'attribution*, ossia la regolazione della fase ad evidenza pubblica vera e propria della gara, dove sono collocate le disposizioni maggiormente derogatorie rispetto alla fase di aggiudicazione degli appalti ordinari. Anche in passato, ossia nel periodo antecedente la codificazione del 2018, questa specifica sotto-fase della procedura di aggiudicazione si configurava come una peculiarità senza eguali.

Tale assunto trova conferma nella giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore *Code de la commande publique*, in pronunce che, ad esempio, hanno escluso che la *personne publique* fosse

[126] Cfr. G. ECKERT, *Partenariat public-public - Contrôle (très concret) des conditions de recours au marché de partenariat*, in *Contrats et marchés publics*, 2020, dossier n. 3.

tenuta a «*faire figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les autres documents de consultation les considérations qui justifient son recours à la procédure de dialogue compétitif*», in quanto «*il est seulement exigé que la mention de ce choix figure dans l'avis de publicité*» (*Conseil d'État*, 10 giugno 2009, *Sté Baudin-Châteauneuf*, n° 320037 B)[127]. Oppure, ancora, quando è stato chiarito che, pur non potendo «*un pouvoir adjudicateur* […] *corriger lui-même une offre finale comportant des contradictions sur l'un des engagements qui étaient demandés aux candidats par le règlement de la consultation*», tuttavia, «*il ne manque pas à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en éliminant une offre qui, faute de comporter tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat, est irrégulière*» (*Conseil d'État*, 3 luglio 2013, *Sté Citelum c/ Cne de Sète*, n° 366847 B e n°366902 B).

Nel *Code de la commande publique* oggi vigente, la disposizione con il maggior grado di carattere derogatorio afferente alla parte in commento è l'Art. L. 2222-1, il quale prevede che «*l'acheteur peut prévoir que les modalités de financement indiquées dans l'offre finale présentent un caractère ajustable*». La regola è, quindi, che la Stazione appaltante può chiedere al candidato privato di modificare la propria offerta, anche dopo che questa sia stata ormai depositata, relativamente allo specifico aspetto delle modalità di finanziamento.

Già in passato, il *Conseil constitutionnel*, decisione n° 2009-575 DC, 12 febbraio 2009, esprimendosi sulla norma antesignana dell'art. L. 2222-1[128], aveva stabilito che «*l'ajustement du prix ne saurait porter que sur la composante financière du coût global du contrat et ne pourrait avoir comme seul fondement que la variation des modalités de financement à l'exclusion de tout autre élément*». Per tale ragione, la norma oggi vigente prevede espressamente che «*ces ajustements ne peuvent avoir pour effet de remettre en cause les conditions de mise en concurrence en exonérant l'acheteur de l'obligation de respecter le principe du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ni de permettre au titulaire pressenti de bouleverser l'économie de son offre*».

Infine, la norma precisa che «*l'ajustement de l'offre ne porte que sur la composante financière du coût global du contrat et est seulement fondé sur la variation des modalités de financement à l'exclusion de tout autre élément*». La disposizione, quindi, rappresenta un vero e proprio *aménagement à l'intangibilité de l'offre*.

Sul punto, infatti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE ha chiarito che la modifica dell'offerta non è possibile, ma che, tuttavia, è concesso all'Amministrazione di procedere con la richiesta di chiarimenti[129]. Tale facoltà, tuttavia, non è concessa dal *Code de la commande*

---

[127] Emblematica è anche la pronuncia Conseil d'État, 24 giugno 2011, *Min. de l'Écologie et Sté Autostrade*, n° 347720 B.

[128] Come ben evidenziato da MENEMENIS, *Code de la commande publique* cit., pp. 332 - 333, l'odierno art. L- 2222-1 generalizza e positivizza quanto già previsto dalla *ordonnance* del 23 luglio 2015, che, a sua volta, aveva ripreso – ma solo in via temporanea –l'art. 13 della *loi* no 2009-179 del 17 febbraio 2009.

[129] Cfr. CGUE, 11 maggio 2017, causa C-131/16, *Archus z o. o.*, dove si stabilisce che «*consentire all'amministrazione aggiudicatrice di chiedere a un candidato, la cui offerta essa ritiene imprecisa o non conforme alle specifiche tecniche del capitolato d'oneri, chiarimenti al riguardo, rischierebbe, infatti, di far sembrare, qualora l'offerta di tale candidato venisse infine accolta, che detta amministrazione aggiudicatrice abbia negoziato l'offerta in via riservata, a danno degli altri candidati, e in violazione del principio di parità di trattamento (sentenza del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 37). 29 La Corte ha, tuttavia, avuto altresì modo di precisare che il principio di parità di trattamento non osta a che un'offerta possa essere corretta o completata su singoli punti, qualora quest'ultima necessiti in modo evidente un chiarimento o qualora si tratti di correggere errori materiali manifesti, fatto salvo tuttavia il rispetto di una serie di requisiti [v., in tal senso, nell'ambito di procedure d'appalto ristrette ai sensi della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi (GU 2004, L 134, pag. 114), sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punti da 35 a 45, per quanto riguarda la fase di valutazione delle offerte, nonché del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punti da 30 a 39, per quanto riguarda la fase di preselezione degli offerenti]. 30 Innanzitutto, una richiesta di chiarimenti di un'offerta, che può intervenire soltanto dopo che l'amministrazione aggiudicatrice abbia acquisito conoscenza di tutte le offerte, deve, in linea di principio, essere rivolta in modo equivalente a tutti gli offerenti che si trovino nella stessa situazione*

publique al fine di rendere l'azione della P.a. flessibile e mirata al raggiungimento del risultato voluto dalle parti della cooperazione partenariale, ma solo in ottica proconcorrenziale, per rendere le procedure di aggiudicazione effettivamente competitive e trasparenti.

L'assenza di discrezionalità in capo alla Stazione appaltante emerge, con ancora più evidenza, laddove l'art. 2222-2 prevede che se l'operatore economico privato non presenta il finanziamento definitivo nel termine impostogli dall'Amministrazione, allora «*le soumissionnaire dont l'offre a été classée immédiatement après la sienne peut être sollicité pour présenter le financement définitif de son offre dans le même délai*». L'assenza di flessibilità sta nel fatto che non spetta alla Stazione appaltante stabilire quale sia l'operatore più idoneo allo svolgimento del progetto ma occorre fare riferimento alla graduatoria finale per individuare il *partner* con cui procedere, svuotando così di significato il concetto di "cooperazione" di tipo partenariale.

Da un punto di vista regolamentare, è precisato dall'art. R2222-1 che «*lorsque l'acheteur prévoit que les modalités de financement du projet peuvent présenter un caractère ajustable, il le mentionne dans les documents de la consultation*». In tal senso, i documenti di gara assumono un'importanza particolarmente rilevante in termini di trasparenza e l'Amministrazione risulta, pertanto, gravata di un ulteriore onere in favore dei soggetti partecipanti alla gara.

Sempre per quanto riguarda il contenuto dei documenti di gara che la Stazione appaltante deve redigere, è interessante rilevare che i successivi artt. R. 2222-2 e R. 2222-3 disciplinano l'obbligo di costituire una *société de projet*. Senza approfondire la disciplina nello specifico, in questa sede è sufficiente mettere in evidenza come la costituzione di tale società sia finalizzata solo a consentire al soggetto Pubblico di controllare in via diretta il progetto e di come, pertanto, la figura della *société de projet* sia ben lontana dalle forme e dalle finalità della società di scopo di diritto italiano (*supra*, §3).

Un accenno deve essere rivolto anche alle disposizioni che disciplinano, rispettivamente, il "*contenu de l'offre du soumissionnaire en cas de conception d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels*" e i "*critères d'attribution*".

Sul primo versante, l'art. L. 2222-3 richiede che, per i «*marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, les offres comportent, pour les bâtiments, un projet architectural*». Tale disposizione ha un carattere evidentemente cautelativo e non richiede particolari approfondimenti[130].

Sul secondo versante, l'art. L. 2222-4 prevede che «*l'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du contrat, de la part d'exécution du contrat que le soumissionnaire s'engage à confier à des petites et moyennes entreprises ou à des artisans*», mentre il successivo art. L. 2222-5 dispone che «*lorsque le marché de partenariat confie au titulaire tout ou partie de la conception des ouvrages, équipements ou biens immatériels, l'acheteur tient compte, parmi les critères d'attribution du marché, de la qualité globale des ouvrages, équipements ou biens immatériels*».

---

e deve riguardare tutti i punti dell'offerta che richiedono un chiarimento (v. sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punti da 42 a 44, e del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punti 34 e 35). 31 Inoltre, tale richiesta non può condurre, da parte dell'offerente interessato, alla presentazione di quella che in realtà sarebbe una nuova offerta (v. sentenze del 29 marzo 2012, SAG ELV Slovensko e a., C-599/10, EU:C:2012:191, punto 40, e del 10 ottobre 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, punto 36)».

130 Rispetto alle disposizioni di cui agli artt. L- 2222-1 – 2222-3, E. MULLER, *Code de la commande publique - Marchés de partenariat*, in *Contrats et Marchés publics*, 2019, dossier n. 8, rileva che il *Code* «*apporte une clarification mineure des règles procédurales qui encadrent la conclusion de marchés de partenariat par l'État pour le compte de ces personnes, en prévoyant que les dispositions subordonnant à l'autorisation des autorités compétentes tant le lancement de la procédure de passation que la signature du contrat « sont applicables aux marchés de partenariat conclu par l'État pour le compte des acheteurs non autorisés»*».

Infine, resta da analizzare la parte della *achèvement de la procédure*, ossia la fase conclusiva della *passation* dei *marchés de partenariat*, quella della stipula del contratto. Si tratta di (poche) disposizioni che, ancora una volta, distinguono la disciplina a seconda di quale sia la natura de l'*acheteur* procedente.

A livello contenutistico, gli articoli di riferimento (da L. 2223-1 a 2223-3) dettano regole del tutto accomunabili a quelle in precedenza poste per l'ottenimento della *autorisation*, e tale circostanza non stupisce dal momento che, come già evidenziato, il legislatore ha architettato la procedura proprio su un meccanismo di "doppia" conferma. Pertanto, non occorre aggiungere altro, se non rinviare a quanto già osservato.

L'unica novità è rappresentata dall'art. L. 2223-4, il quale prevede che, «*une fois signés, les marchés de partenariat et leurs annexes sont communiqués à l'organisme expert* [FIN INFRA, et] *les informations et documents communiqués ne sont utilisés qu'à des fins de recensement et d'analyse économique*». In sintesi, al pari di quanto accade nell'ordinamento italiano, anche in Francia i contratti di PPP sono soggetti a comunicazione a fini statistici.

Alla luce di quanto sino a qui analizzato, si può concludere dicendo che la disciplina volta a regolare la procedura di aggiudicazione dei contratti di Partenariato Pubblico-Privato nell'ordinamento francese è lontana dall'elasticità che il legislatore nostrano ha volutamente lasciato alla P.a. e, di riflesso, ai soggetti privati coinvolti nella complessiva e globale operazione di partenariato. In sintesi, è corretta l'affermazione per cui il «*droit de la commande publique* [est] *largement orienté vers les seuls obligations de mise en concurrence*»[131].

[131] Cfr. M. UBAUD BERGERON, *Passation et exécution* cit..

PARTE V

LA TASSONOMIA DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

1. La concessione e le altre figure tipizzate di Partenariato Pubblico-Privato.

L'analisi della fase di evidenza pubblica incardinata nel fenomeno globale di Partenariato Pubblico-Privato restituisce un'immagine ben precisa, ossia che lo Stato, pur conservando la formale titolarità del potere di realizzare ed organizzare opere e servizi pubblici, si sta progressivamente spogliando dei propri tradizionali strumenti di imperio (*supra*, Parte IV, §§1 – 3). La flessibilità che permea le procedure di aggiudicazione previste dal d.lgs. n. 36 del 2023 e, soprattutto, la disciplina che regola la finanza di progetto testimoniano, infatti, che la cooperazione partenariale contribuisce in misura rilevante alla "depubblicizzazione dei poteri pubblici", da intendersi come l'assunzione, da parte dei privati, di crescenti «*responsabilità dirette nella cura di interessi pubblici*»[1].

D'altronde, come si è già avuto modo di evidenziare (*supra*, Cap. I, §1), la tendenziale perdita del ruolo di guida, da parte del soggetto Pubblico, rispetto all'economia e la conseguente trasformazione della originaria fisionomia del diritto amministrativo costituiscono i movimenti invisibili che, conducendo lo Stato a privarsi della sua «*veste sacrale*»[2] e a ridurre l'utilizzo degli strumenti di imperio, hanno portato ad espandere e a ricorrere sempre più alle metodologie consensuali[3]. La conseguenza più evidente di questo movimento si manifesta sul piano del rapporto tra Pubblico e privato, che assume una morfologia particolarmente variabile[4], passando da interazioni fondate sull'esercizio del potere di imperio a relazioni fondate sul contratto.

L'emblema positivizzato di tale cambio di paradigma è, senza dubbio, l'istituto della concessione, che ha mutato natura e forma, evolvendosi da «*atto unilaterale per eccellenza* [a] *contratto di concessione* [che] *viene affidato sulla base di una procedura di evidenza pubblica, invece che con procedure unilaterali*»[5]. La concessione, infatti, ha storicamente rappresentato un punto di riferimento più che centrale nella elaborazione dogmatica del provvedimento amministrativo[6] e, pertanto, l'evidente - e inarrestabile – allontanamento dell'istituto dal novero dei rigidi strumenti di imperio verso l'approdo dei mezzi rientranti nella flessibile

[1] Cfr. S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, fasc. 2, p. 307, dove l'A. evidenzia il peso che la Public-Private Partnership assume in questo senso.

[2] Così S. CASSESE, in *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, fasc. 2, p. 398.

[3] Per una sintetica analisi degli elementi che hanno condotto alla disgregazione dell'Amministrazione, ancora S. CASSESE, *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, fasc. 2, p. 467-474; B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020.

[4] Per una analisi più approfondita, cfr. L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009.

[5] Così S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano* cit., p. 306.

[6] Ci si riferisce, in particolare, alle opere di M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981, ID., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, 1988; O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1894, IV, 7 ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. FERRARI e B. SORDI, III, Napoli, Jovene, 1992, 35 ss.; F.G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, Atti della Giornata di studio, Roma, 3 dicembre 1987, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, Maggioli, 1988, 25; D. SORACE e C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, 1989, 280 ss.; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, III ed., Milano, Giuffrè, 2003; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, II, pt. III, Milano, Società editrice libraria, 1935, 235 ss..

dimensione privatistica e paritaria[7] ha, inevitabilmente, condotto a «*una rielaborazione del diritto amministrativo in veste "meno autoritativa"*»[8].

Le ragioni fondanti il lento ed inesorabile moto della concessione, in direzione opposta all'impostazione tradizionale, vanno rintracciate su piani tra loro diversi ma funzionalmente collegati, grazie ad un *fil rouge* che intreccia l'aspetto economico a quello interrelazionale e, ovviamente, a quello del diritto puro. Detto altrimenti, i movimenti carsici che hanno modellato la concessione hanno diversa origine ed evoluzione e tutti, in misura diversa, hanno concorso a dare un volto nuovo al principale istituto afferente alla categoria del Partenariato Pubblico-Privato.

In primo luogo, viene in considerazione l'influenza che il pensiero c.d. "ordoliberale" ha esercitato sull'ideazione delle politiche economiche, nell'ambito delle quali ha preso sempre più piede un principio organizzativo e istituzionale, fondato sul concetto di "sussidiarietà", che ha condotto all'arretramento delle istituzioni pubbliche in favore dell'intervento diretto dei privati.

In secondo luogo, occorre considerare il cambio di paradigma avvenuto anche a livello di interazione tra governanti e governati, con questi ultimi che, progressivamente, hanno rivendicato una sempre maggior attenzione e parificazione[9].

Infine, come detto, sull'evoluzione dell'istituto della concessione hanno giocato un ruolo determinante gli aspetti più spiccatamente giuridici e, nello specifico, i necessari e continui raccordi tra elementi nazionali e sovranazionali. Infatti, senza pretesa di esaustività, ai fini del presente ragionamento è sufficiente dire che il definitivo cambio di prospettiva, inteso come il passaggio sostanziale dall'idea che la concessione sia uno strumento di imperio a quella di strumento contrattuale, è dovuto al diritto europeo e, in particolare, alla disciplina dettata dalla direttiva n. 2014/23[10].

Infatti, mentre la dogmatica amministrativa tradizionale nostrana si è concentrata prevalentemente sull'analisi delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte, da cui è emersa una concezione della concessione quale "delega" o "sostituzione" del privato all'Amministrazione nello svolgimento di compiti pubblici[11], il legislatore sovranazionale ha posto attenzione all'aspetto "gestionale" del rapporto, ossia «*sulle concrete modalità di*

---

[7] Cfr. S. CASSESE, *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, pp. 27 ss.; per la Francia, cfr. J.-B. AUBY, *Le droit administratif français vu du droit comparé*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2013, n. 7, pp. 407 ss..

[8] Cfr. D. SIMEOLI, *Concessioni e servizi di interesse economico generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, p. 28, il quale rileva anche che «*la concessione ha infatti rappresentato uno degli indici più significativi della "rottura" del paradigma epistemologico incentrato sulla imperatività del provvedimento*».

[9] Per un approfondimento, si rinvia integralmente a D. SIMEOLI, *Concessioni e servizi di interesse economico generale* cit..

[10] Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 39, il quale attribuisce l'interesse del legislatore europeo alla concessione al fatto che «*con l'inquadramento in termini pubblicistici della concessione, il principio della concorrenza veniva eluso sia per l'individuazione del concessionario sia per la scelta del contraente da parte dei concessionari. Infatti, a monte, l'individuazione del concessionario da parte della p.a. avveniva direttamente con il provvedimento senza alcun confronto competitivo. A valle, i concessionari, in quanto soggetti privati, non ritenevano di dover seguire le norme dell'evidenza pubblica per selezionare i propri contraenti, poiché tale scelta si sarebbe dovuta effettuare tramite la libera negoziazione privatistica senza alcun obbligo di un confronto concorrenziale*».

[11] Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 254 ss.; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 92 - 93; F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 1967, 4, pp. 67 ss.; R. VILLATA, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata. Profili generali*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 71 - 72.

coinvolgimento delle risorse conoscitive, tecniche ed economiche dei privati per realizzare e finanziare grandi lavori d'infrastruttura e servizi economici»[12].

Ciò significa, pertanto che, ad oggi, nella concessione l'alea che tradizionalmente è legata e sopperita dall'intervento pubblico è traslata, invece, sul soggetto privato. Di conseguenza, questi è "responsabilizzato" degli aspetti tecnici, finanziari e gestionali dell'operazione globalmente intesa[13].

Dalla disamina delle norme sino a qui compiuta, il tratto appena descritto emerge con solare evidenza. Pertanto, in questa sede, richiamando le considerazioni già svolte, si intende esprimere un concetto ben preciso, ossia che, dal cambio della natura del contratto di concessione, che rappresenta la principale figura tipizzata di Partenariato Pubblico-Privato, ne «*risulta diminuita la discrezionalità amministrativa*»[14] nel quadro della globale operazione di PPP, quantomeno dal punto di vista giuspubblicistico.

Di conseguenza, la ricerca della dimensione "liquida" dell'Amministrazione e la correlata "responsabilizzazione" dei privati, che ora sono *partner* dell'Amministrazione, si annidano nella natura privatistica dell'istituto e, nello specifico, nella sua concreta articolazione per come impostata tra le parti. Sotto questo aspetto, in base alle disposizioni codicistiche, si può dire che il D.lgs. n. 36 del 2023 ha compiuto sforzi sensibili, consentendo alle parti di poter dialogare realmente su un piano di (quantomeno formale) parità e recuperare sul piano privatistico quel grado di flessibilità che, sul piano squisitamente amministrativo, è venuto a mancare.

Appurato che la concessione reca con sé elementi sufficienti per far risaltare in modo evidente il moderno cambio di paradigma nei rapporti tra Pubblico e privato[15], occorre, adesso, comprendere se, nell'ambito della tassonomia delle altre figure di PPP tipizzate dal Codice, ciò accade allo stesso modo.

2. Locazione finanziaria.

L'art. 196 del Codice disciplina il contratto di locazione finanziaria, ossia il c.d. "*leasing*", prevedendo che attraverso tale mezzo si possa «*finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità*». Già da una piana lettura della norma, emerge che lo scopo della disposizione è quello di reperire il finanziamento per la realizzazione di opere pubbliche (c.d. "*leasing in costruendo*") oppure per l'acquisizione e/o il completamento di opere già esistenti (potremmo dire, *leasing* immobiliare "costruito"[16]), che assumono, di conseguenza, la qualificazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

Come chiarito dal Consiglio di Stato, infatti, la locazione finanziaria trova la sua ragione economico-sociale nell'obiettivo di realizzare e/o finanziare lavori pubblici avvalendosi della possibile sinergia tra un soggetto costruttore e un soggetto finanziatore. In termini operativi,

---

[12] Cfr. D. SIMEOLI, *Concessioni e servizi di interesse economico generale* cit., p. 32.
[13] Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici* cit., p. 41.
[14] Così S. CASSESE, *Verso un diritto europeo italiano* cit., p. 306.
[15] Di recente, A. DEODATO, *Il contratto di concessione: il "rischio operativo" e la revisione dell'equilibrio contrattuale*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, fasc. 5, p. 614, ha messo in evidenza che il cambio di paradigma comporta anche una parificazione strutturale tra concessione e appalto, in quanto entrambi possono essere qualificati come contratti, mentre sul piano sostanziale la differenza «*risiede piuttosto nel fatto che nell'appalto l'operatore economico viene remunerato attraverso la corresponsione di un corrispettivo e il rischio di gestione dell'opera o del servizio rimane in capo alla stazione appaltante mentre nel contratto di concessione, di regola, all'impresa viene riconosciuto quale corrispettivo soltanto il diritto di gestire l'opera o il servizio con conseguente trasferimento in capo alla medesima del rischio di gestione*».
[16] Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici* cit., p. 56.

ciò avviene quando la c.d. "società di locazione finanziaria" (*lessor*) acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione (*lessee*) a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori.

Da queste prime indicazioni, si ricava in modo evidente che il *leasing*, in tutte e due le forme ricordate, rispetto alle altre figure ascrivibili alla categoria del Partenariato Pubblico-Privato, si contraddistingue per la sua funzione specifica, ossia quella di finanziamento[17]. Ciò significa che l'ambito di applicazione privilegiato di tale strumento, nell'ottica delle operazioni di PPP, sarà quello del finanziamento delle c.d. "opere fredde", dove i flussi di cassa sono assenti o, comunque, inidonei a remunerare a sufficienza il privato e garantire, di conseguenza, in modo autonomo l'equilibrio economico-finanziario.

Tale aspetto, nella disciplina della locazione finanziaria, oltre a quello tipico di ammissibilità dell'operazione globalmente intesa, riveste anche un ruolo scriminante. Infatti, l'art. 196, co. 3, prevede espressamente che «*se lo schema di contratto prevede il trasferimento del rischio operativo, ai sensi dell'articolo 177, si applicano, per quanto non previsto dal presente articolo, le norme sulle concessioni e sugli altri contratti di partenariato pubblico-privato. In caso contrario si applicano le disposizioni in materia di appalto pubblico di lavori*».

Come da tempo precisato dall'Anac, con Determinazione n. 4 del 22 maggio 2013, e come ricordato, ancora, dal Consiglio di Stato nella *Relazione*, la corretta allocazione dei rischi è un elemento cruciale del *leasing* immobiliare *in costruendo* sia sotto il profilo della qualificazione dell'operazione come Partenariato Pubblico-Privato sia per assicurare l'esecuzione e la fruizione dell'opera nei tempi e secondo le modalità pattuite. Posto che tale considerazione è estendibile anche al *leasing* immobiliare "costruito", il contratto dovrà disciplinare, pertanto, in maniera espressa detto profilo poiché, diversamente, trovano applicazione le disposizioni sugli appalti.

In disparte le considerazioni sulle ulteriori disposizioni contenute nell'art. 196, che qui non rilevano ai fini del ragionamento, risulta evidente che l'operazione di *leasing* ha una portata ben più ristretta rispetto a quanto non emerga dall'analisi del contratto di PPP per eccellenza, ossia la concessione. Nella locazione finanziaria, infatti, le parti si accordano solo ed esclusivamente sul profilo finanziario e, ciò che più conta, in capo al privato non si assiste alla insorgenza di alcun ruolo gestorio inteso come l'assunzione di una dimensione pubblica.

Anzi, dalla complessiva disciplina dell'art. 196, si ricava che l'istituto in commento è più assimilabile ad un appalto di lungo periodo che non ad un rapporto di stampo concessorio. È quindi evidente l'affievolimento della portata e della carica innovativa tipica del Partenariato Pubblico-Privato.

3. Il contratto di disponibilità.

Il contratto di disponibilità è definito dall'art. 2, co. 1, lett. *i*), All. I.1 al Codice come «*il contratto col quale un operatore economico si obbliga, verso un corrispettivo e con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, a compiere e a far godere all'amministrazione aggiudicatrice un'opera,*

[17] In termini, cfr. M. BALDI e S. FASANO, *Società di scopo, locazione finanziaria, contratto di disponibilità e le altre forme di partenariato*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 6, p. 690, i quali evidenziano che «*il contratto, che da un punto di vista giuridico oscilla tra i poli opposti della locazione e della vendita a rate, ha tuttavia una propria causa unitaria ed autonoma caratterizzata dalla funzione creditizia, perché con detto contratto l'utilizzatore usufruisce per la propria attività di due fattori altrui, cioè il bene e il capitale iniziale*».

destinata all'esercizio di un pubblico servizio. L'operatore economico garantisce il miglior godimento dell'opera, mantenendola in stato da servire all'uso convenuto ed eliminandone a proprie spese i vizi, anche sopravvenuti. Il contratto può prevedere il trasferimento in proprietà all'amministrazione dell'opera, verso il pagamento di un corrispettivo ulteriore». In sintesi, attraverso il contratto di disponibilità, il privato si obbliga a mettere a disposizione dell'Amministrazione un'opera privata da destinare a un pubblico servizio, dietro pagamento di un corrispettivo.

La disciplina di tale meccanismo è dettata dall'art. 197 del Codice, che rimette alle parti il compito di determinare il contenuto del relativo contratto, dovendo anche tenere conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo messi a disposizione da Anac (co. 1). Il corrispettivo è rappresentato da un canone di disponibilità che è commisurato all'effettivo periodo per il quale l'operatore economico ha garantito il godimento dell'opera, sempre che il mancato o ridotto godimento non rientri nel rischio a carico dell'ente concedente (co. 2).

Per quanto riguarda la ripartizione dell'alea legata all'operazione, l'art. 197 prevede che il rischio del mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni oppure di ogni altro atto amministrativo incidente sul compimento o sulla gestione tecnica dell'opera è a carico dell'ente concedente (co. 4). Viceversa, il rischio del mancato o ritardato rilascio di atti di approvazione o di assenso, da parte di autorità diverse dall'ente concedente, attinenti alla progettazione e alle eventuali varianti in corso d'opera è a carico dell'operatore economico (co. 5).

Quanto sino a qui descritto è sufficiente per svolgere alcune considerazioni.

In primo luogo, come evidenziato dal Consiglio di Stato nella *Relazione*, la norma include un possibile "*trade off*" tra obiettivo di "riespansione" della libertà e della discrezionalità delle stazioni appaltanti, da un lato, e la puntuale determinazione del contenuto dei contratti in via eteronoma, dall'altro, per il tramite della codificazione di modelli di "*best practices*" nella predisposizione dei bandi e dei contratti. In particolare, nella norma è disciplinato il corrispettivo e la allocazione dei rischi.

Sotto questo aspetto, vi è da dire che la "naturale" funzione del contratto di disponibilità implica la permanenza dell'opera nella proprietà dell'affidatario e ciò significa che a carico del privato possono essere traslati solo i rischi di costruzione e di disponibilità, con esclusione di quelli gestori comunemente ascrivibili alle operazioni di concessione (Cons. Stato, sez. I, parere n. 823 del 2020). In linea con tale impostazione, infatti, la norma rimarca che in capo all'Amministrazione ricade il "rischio" afferente al mancato ottenimento di atti di autorizzazione e/o abilitazione, relativi alla fase esecutiva dell'opera, ovvero al suo compimento e alla sua gestione, mentre in capo all'operatore economico poggia l'alea concernente gli atti abilitativi e/o autorizzatori relativi al momento progettuale, ivi comprese le eventuali varianti.

Nella già citata Relazione, sul punto, si legge espressamente che «*trattasi di disposizioni che sembrano inscriversi coerentemente nell'alveo del contratto e della natura delle prestazioni gravanti in capo all'operatore economico, relative giustappunto alla fase "progettuale"*». Il legislatore, peraltro, ha preferito non riprodurre la previsione contenuta nel comma 5 dell'art. 188 del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui pertiene all'affidatario il progetto definitivo e quello esecutivo, trattandosi di *munera* naturalmente "connotanti" il contratto di disponibilità, fattispecie negoziale rientrante nel più ampio *genus* dei contratti di PPP.

In definitiva, quindi, per quanto il meccanismo di pattuizione del canone lasci intravedere spiragli di flessibilità[18], vi è da dire che, complessivamente, il contratto di disponibilità sembra carente dei tratti maggiormente qualificanti un'operazione di PPP, soprattutto per ciò che concerne l'allocazione del rischio operativo. D'altronde, a conferma del fatto che l'istituto in commento appartiene a logiche differenti da quelle del tradizionale modello di cooperazione partenariale, è sufficiente riportare le considerazioni del Consiglio di Stato, nella parte in cui ha rimarcato che nel vigente art. 197 non sono state riprodotte le previsioni contenute nel codice del 2016 ed implicanti la esistenza di una procedura di evidenza pubblica *stricto sensu* assimilabile a quella contemplata in tema di appalti (cfr., in particolare, l'attuale art. 188, comma 3), tenuto conto «*del dubbio di fondo circa la applicazione dei principi in tema di procedure di evidenza pubblica al contratto in questione (trattandosi di species contrattuale non riconducibile alle concessioni, per le quali solo si impone la applicazione delle puntuali norme del diritto dell'Unione codificate nella direttiva)*».

In sintesi, al pari di quanto osservato per la locazione finanziaria, anche nella disciplina del contratto di disponibilità sembrano venire meno il carattere della "liquidità" e della "responsabilizzazione" che sono rinvenibili nel contratto di concessione[19].

4. Gli *Energy Performance Contracts* (*EPC*).

Il contratto di rendimento energetico o di prestazione energetica ("*Energy Performance Contract*" o "*EPC*", in inglese) è definito dall'art. 2, co. 2, lett. *n*), d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102,[20] come l'«*accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica, verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali i risparmi finanziari*». Si tratta, in sostanza, di una pattuizione che, se stipulata con una P.a., prevede che il contraente privato assuma l'impegno al miglioramento dell'efficienza energetica e ne riceva in cambio una remunerazione variamente calcolata in ragione del risparmio energetico conseguito.

In sostanza, il meccanismo negoziale predisposto deve essere tale per cui ad un maggior efficientamento degli impianti (*i.e.* minor costo dell'energia) corrisponda una più alta remunerazione[21]. Il contratto che regola tale meccanismo è annoverato, a livello generale, tra le misure di promozione e miglioramento dell'efficienza energetica (in attuazione del principio europeo che pone l'efficienza energetica «*al primo posto*», secondo l'art. 1, d.lgs. n. 102 del 2014 prima citato).

A livello specifico, invece, gli EPC sono ormai una presenza fissa tra gli strumenti di Partenariato Pubblico-Privato. Infatti, già l'art. 180, co. 2, secondo periodo, d.lgs. n. 50 del

---

[18] cfr. M. BALDI e S. FASANO, *Società di scopo* cit., p. 698, dove, trattando del canone di disponibilità, gli A. rimarcano che «*da tale meccanismo di funzionamento emerge come il contratto di disponibilità sia una figura negoziale ispirata alla flessibilità in cui la leva del canone svolge una funzione di garanzia per la P.A. di poter disporre dell'immobile in condizioni di perfetta efficienza per un periodo prolungato e, allo stesso tempo, può risultare di incentivo per l'operatore privato a perseguire alti livelli qualitativi fin dalle fasi di progettazione e realizzazione dell'opera sì da renderla subito idonea a soddisfare la necessità dell'amministrazione, nonché durevole nel tempo, riducendo criticità e spese di intervento successivo*».

[19] Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici* cit., p. 59, il quale rileva che il privato è coinvolto non nella fase di gestione ma in quella di progettazione dell'opera.

[20] Il decreto citato dà attuazione della direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, che modifica le direttive 2009/125/CE e 2010/30/UE e abroga le direttive 2004/8/CE e 2006/32/CE.

[21] Per le conseguenze in termini di giudizio, cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809.

2016, annoverava tra le figure tipizzate di PPP anche gli accordi dove i «*ricavi di gestione dell'operatore possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica*». In realtà, come osservato dal Consiglio di Stato, la complessa natura di tali contratti ha portato spesso a dubitare che gli stessi possano essere qualificati come contratti disciplinanti una vera e propria cooperazione partenariale.

Infatti, gli *Energy Performance Contracts* hanno come elemento essenziale, nonché prevalente, il "Servizio di Prestazione Energetica" che si caratterizza per essere un servizio unico che comprende tutte le prestazioni previste dal contratto, che concorrono al raggiungimento dell'obiettivo contrattuale. Tuttavia, con il D.lgs. n. 36 del 2023 si è deciso di dedicare ai contratti di rendimento energetico un articolo *ad hoc*, al fine di evidenziare la particolarità e l'importanza di tali contratti e di tenere conto anche del fatto che questi operano in un settore delicato e strategico come quello dell'energia.

D'altronde, l'ammissibilità degli EPC nell'ambito della categoria del Partenariato Pubblico-Privato era già stata sancita dal Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (DIPE), il quale, tuttavia, aveva specificato che per qualificare un contratto di rendimento energetico come operazione partenariale devono ricorrere specifici requisiti. Nell'apposito *vademecum*[22] redatto dal DIPE, si legge, infatti, che condizioni tipiche di un servizio inerente a un efficientamento energetico da qualificarsi come PPP sono (*i*) una rilevante durata della collaborazione tra pubblico e privato, finalizzata al recupero dell'investimento effettuato e alla remunerazione del capitale investito; (*ii*) la presenza di risorse finanziarie del privato; (*iii*) un ruolo centrale nell'allocazione dei rischi imprenditoriali dell'operazione assunto dal privato, con controllo e monitoraggio in capo all'Amministrazione.

In linea con tali indicazioni, l'art. 200 del Codice regola gli accordi di EPC prevedendo che «*i ricavi di gestione dell'operatore economico sono determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi*». Per verificare la misura di miglioramento dell'efficienza energetica, e rispettare quindi il requisito della traslazione del rischio, è imposto al privato di rendere disponibile all'ente concedente la relativa documentazione e di monitorarla durante l'intera durata del contratto.

Tutto ciò risponde all'esigenza di fondo che la remunerazione del *partner* privato dipenda dai risultati effettivamente conseguiti e dalle prestazioni rese, dovendo, di conseguenza, l'allocazione dei rischi essere opportunamente monitorata e verificata. Le cautele apprestate dal legislatore, tuttavia, non sembrano sufficienti a fugare i dubbi sull'ascrivibilità degli EPC nel novero dei contratti di Partenariato Pubblico-Privato.

Sul punto, infatti, pare corretta l'osservazione per cui tale tipologia contrattuale «*dovrebbe considerarsi una forma peculiare di appalto misto*»[23], con la conseguenza che essa non può trovare piena cittadinanza nella tassonomia degli strumenti di Partenariato Pubblico-Privato. Ancora una volta, quindi, una disciplina tipizzata dal Codice restituisce l'immagine di una cooperazione priva dei tratti permeanti l'operazione partenariale per eccellenza (ossia, quella modellata sulla concessione).

---

[22] Si tratta del Vademecum intitolato "*PPP & Contratti di Prestazione Energetica (EPC)*", del 13 maggio 2022, reperibile al link https://www.programmazioneeconomica.gov.it/tag/vademecum-ppp-contratti-di-prestazione-energetica-epc/

[23] Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici* cit., p. 61.

5. Il Partenariato Sociale.

Sotto l'etichetta di "Partenariato Sociale", l'art. 201 accorpa le previsioni che nel previgente d.lgs. n. 50 del 2016 erano distribuite tra gli artt. 189 e 190 e che avevano ad oggetto, rispettivamente, gli "*interventi di sussidiarietà orizzontale*" e il "*baratto amministrativo*". Lo scopo perseguito dal vigente D.lgs. n. 36 del 2023 è razionalizzare e semplificare la materia, evitando duplicazioni e sovrapposizioni ed introducendo una nozione unitaria - quella, appunto, di "partenariato sociale" - quale tipica forma di collaborazione tra i privati e l'Amministrazione per la realizzazione di scopi di interesse generale e, dunque, di sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118, comma 4, Cost..

Già da una piana lettura dell'art. 201[24], ci si avvede che in esso sono trattate figure negoziali che perseguono finalità di interesse generale, ovvero socialmente utili per i cittadini e la collettività territoriale di riferimento attraverso una reciproca *datio in solutum*. Infatti, da un lato, i cittadini o le piccole e medie imprese, anziché pagare un debito tributario in denaro, assolvono alla propria obbligazione tributaria per il tramite di una prestazione d'opera o di servizi; dall'altra, l'ente territoriale, anziché pagare in denaro un'opera o un servizio, porta in compensazione un proprio credito tributario.

In tal senso, il partenariato sociale integra un «*rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e dei vincoli posti alla spesa pubblica*» (Cons. Stato, sez. I, parere n. 823 del 2020). Tuttavia, così inteso, il partenariato sociale non possiede i tratti tipici del PPP[25].

Approfondendo il senso intrinseco della disposizione, infatti, emerge che lo strumento approntato dal Codice è, più precisamente, un mezzo volto a coinvolgere la cittadinanza in modo attivo, in una logica di "rigenerazione urbana"[26], in cambio di uno sgravio fiscale. È

---

[24] Art. 201 (*Partenariato sociale*), d.lgs. n. 36 del 2023, come modificato dal d.lgs. n. 209 del 2024, prevede che «*1. Gli enti concedenti stabiliscono, con atto generale e tenuto conto dei bandi-tipo predisposti dall'ANAC e dei contratti-tipo predisposti dal DIPE, di concerto con l'Autorità di regolazione di settore e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, i criteri e le condizioni, per la conclusione di contratti di partenariato sociale aventi ad oggetto una o più delle prestazioni seguenti:*

a) gestione e manutenzione di aree riservate al verde pubblico urbano e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi; sussiste, per la conclusione di tale contratto, il diritto di prelazione dei cittadini, aventi residenza o domicilio nei comprensori ove insistono i beni e le aree, costituenti un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno i due terzi della proprietà della lottizzazione; i cittadini costituiti in consorzio possono beneficiare, altresì, di incentivi fiscali;

b) gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero di aree e beni immobili inutilizzati, per destinarli a fini di interesse generale, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati che, all'uopo, beneficiano di incentivi fiscali direttamente attinenti alla attività svolta dal singolo o dalla associazione, o comunque utile alla comunità territoriale di riferimento;

c) compimento di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati, e a spese di questi ultimi; l'esecuzione delle opere è esente da oneri fiscali e amministrativi, salva l'imposta sul valore aggiunto.

2. Le parti determinano il contenuto dei contratti di partenariato sociale nei limiti imposti dalle disposizioni seguenti, tenendo conto dei bandi-tipo predisposti dall'ANAC e dei contratti-tipo predisposti dal DIPE, di concerto con l'Autorità di regolazione di settore e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato.

3. Possono concludere i contratti di partenariato sociale microimprese, piccole e medie imprese, come definite dall'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'allegato I.1.

4. Con l'atto generale indicato nel comma 1 sono determinati i modi di esercizio del diritto di prelazione dei cittadini costituiti in consorzi e la natura e la misura degli incentivi fiscali previsti per la conclusione dei contratti di partenariato sociale, nei limiti di quanto previsto con rinvio a leggi speciali dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

[25] Cfr. J. VAVALLI, *Il partenariato quale espressione del diritto amministrativo paritario: proposte per un inquadramento giuridico dell'istituto*, in *Diritto Amministrativo*, 2022, fasc.1, pp. 215 ss. dove si legge che «*il partenariato sociale è stato inserito nella Parte* […] *riguardante il partenariato pubblico privato, ma già da un primo esame delle due fattispecie emerge che l'unico elemento comune sembra essere il sostantivo partenariato*».

[26] Cfr. R. DIPACE, *Manuale dei contratti pubblici* cit., p. 60.

evidente, pertanto, che non vi siano i margini per accostare il partenariato sociale a figure più tradizionali come la concessione.

6. Cessione di immobili in cambio di opere.

L'ultima figura che si può annoverare nella tassonomia del Partenariato Pubblico-Privato è quella della cessione di immobili in cambio di opere. L'art. 202 del Codice (come modificato dal Correttivo) prevede a riguardo che «*il bando di gara, redatto anche tenendo conto dei bandi-tipo predisposti dall'ANAC e dei contratti-tipo predisposti dal DIPE, di concerto con l'Autorità di regolazione di settore e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, può prevedere:*

a) a titolo di corrispettivo, totale o parziale e sulla base del loro valore di mercato, il trasferimento all'operatore economico o, quando questi vi abbia interesse, a terzi da lui indicati, in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, della proprietà di beni immobili dell'ente concedente, già indicati nel programma triennale per i lavori o nell'avviso di pre-informazione per i servizi e le forniture, non più destinati al perseguimento di scopi di interesse generale;

b) il trasferimento della proprietà in un momento anteriore a quello della fine dei lavori, previa garanzia fideiussoria pari al valore dell'immobile, da prestarsi nei modi previsti dal codice per la partecipazione alle procedure di affidamento; la fideiussione è progressivamente svincolata con le modalità previste con riferimento alla cauzione definitiva».

La norma snellisce le previsioni del previgente art. 191 e demanda alla autonomia della Amministrazione (bando) e delle parti (contratto), nel solco dei contratti-tipo e dei bandi-tipo di Anac, aspetti di dettaglio, quali ad esempio le concrete modalità di individuazione degli immobili da cedere, gli uffici competenti a determinarne il valore, le garanzie richieste in caso di traslazione del diritto dominicale in un momento antecedente a quello di ultimazione dei lavori.

Complessivamente, i richiami operati dalla norma a figure come il contratto a favore del terzo *ex* art. 1411 c.c. o la traslazione del diritto dominicale rendono già di per sé evidente come il contratto in questione sia più affine alle logiche privatistiche che a quelle di diritto amministrativo e che, di conseguenza, non possa configurarsi una vera e propria operazione di Partenariato Pubblico-Privato.

PARTE VI
NORME DI CHIUSURA

1. Le ulteriori disposizioni dedicate al PPP. L'art. 198.

La Parte V del Libro IV del Codice è dedicata alle "*Altre disposizioni in materia di Partenariato Pubblico-Privato*" e, in essa, si annoverano solo due articoli, ossia l'art. 198 e l'art. 199. Le norme hanno, sostanzialmente, una funzione di "chiusura" del sistema, nel senso che attraverso le disposizioni in esse contenute il legislatore "aggiusta" alcuni tratti della disciplina dell'operazione di PPP per come tratteggiata negli articoli precedenti.

La prima norma, ossia l'art. 198, rubricato "*Altre disposizioni in materia di gara*", contiene disposizioni volte, in particolare, ad incentivare la partecipazione degli investitori istituzionali alle operazioni di Partenariato Pubblico-Privato. L'effetto desiderato dal legislatore è ottenuto a mezzo di soli tre commi, ciascuno dei quali si occupa di questioni tra loro eterogenee.

Infatti, il co. 1 prevede che le proposte di cui all'art. 193, co. 1, primo periodo, possano riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato. Il co. 2, invece, dispone che «*gli operatori economici aggiudicatari di contratti di partenariato pubblico privato possono sempre avvalersi, anche al di fuori della finanza di progetto, della facoltà di costituire una società di scopo ai sensi degli articoli 194 e 195*» del Codice.

Infine, il co. 3 concede agli investitori istituzionali - anche al di fuori della finanza di progetto – di poter partecipare alla gara, associandosi o consorziandosi con operatori economici in possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori o dei servizi, qualora gli stessi ne siano privi, e che possano soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti o subappaltare, anche interamente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione ad imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando.

In merito, si ricorda che il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 (c.d. decreto Sblocca cantieri), convertito con modificazioni dalla legge n. 55 del 2019, aveva inserito al previgente art. 183 del d.lgs. n. 50 del 2016, relativo alla finanza di progetto, un nuovo comma 17 *bis*, avendo previsto che investitori istituzionali potessero presentare proposte ad iniziativa privata. La finalità della norma era quella di consentire ad investitori istituzionali di investire in infrastrutture in un momento in cui le imprese di costruzioni trovavano difficoltà a reperire finanziamenti bancari.

La *ratio* era – ed è – quella di migliorare la finanziabilità delle opere e di consentire, per l'effetto, il rilancio degli investimenti in infrastrutture. Peraltro, tale scelta andava – e va - incontro alla crescita e all'evoluzione che ha interessato il risparmio istituzionale, sempre più attratto dall'economia reale.

Per questa ragione, il legislatore del 2023 ha deciso non solo di mantenere tale norma, ma anche di introdurre delle modifiche e delle integrazioni volte a rendere ancora più agevole la partecipazione degli investitori istituzionali alle gare per l'affidamento di progetti di Partenariato Pubblico-Privato. Ciò premesso, per quanto riguarda l'individuazione degli investitori istituzionali, come ricordato dal Consiglio di Stato, sono state esplorate tre opzioni, ossia *a*) mantenere l'elenco degli investitori qualificati già previsto con il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 citato; *b*) richiamare l'art. 6, co. 2 *quater*, lett. *d*), del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 e il regolamento di attuazione della Consob (contemplando pertanto i soggetti ivi previsti e

le loro controllanti e controllate ai sensi dell'art. 6, co. 6 *bis*.1 e 6 *bis*.2 dello stesso decreto legislativo; *c*) delegare la valutazione della loro affidabilità alla P.a..

Tra le tre opzioni, il Codice ha optato per la prima. L'opzione *c*), infatti, è stata ritenuta troppo complessa per l'Amministrazione, mentre l'opzione *b*), sebbene sia stata considerata una soluzione pregevole ed economicamente sostenibile, è stata ritenuta potesse eccedere i limiti della delega.

2. (*segue*) L'art. 199.

L'art. 199, invece, rubricato "*Privilegio sui crediti e ulteriori garanzie*", mira ad inserire nel reticolato normativo ulteriori garanzie a favore dei finanziatori di contratti di PPP.

Infatti, il co. 1, prevede che «*i crediti dei soggetti che finanziano o rifinanziano, in qualunque forma, la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale, ai sensi degli articoli 2745 e seguenti del codice civile, sui beni mobili, ivi inclusi i crediti, del concessionario, delle società di scopo, delle società affidatarie, a qualunque titolo, di contratti di partenariato pubblico-privato, oppure di contraenti generali*». Dalla disposizione emerge che, da un lato, si è fatto specifico riferimento alla società di scopo quale figura tipizzata di partenariato contrattuale - che non va confusa con altre forme di partenariato istituzionalizzato -; dall'altro, si è fatto distinto riferimento alle "*società affidatarie, a qualunque titolo, di contratti di ppp*" al fine di includervi anche tutte le possibili ipotesi di affidamento diretto o *in house*.

In entrambi i casi i crediti dei finanziatori sono assistiti da privilegio generale *ex lege* sui beni mobili, ivi inclusi i crediti del concessionario, delle società di scopo, e più in generale, delle società affidatarie di contratti di PPP. È stato mantenuto il riferimento anche alla figura del contraente generale, la quale è, tuttavia, oggetto di una nuova apposita disciplina.

Il co. 2 specifica, per ragioni di chiarezza, che la sanzione della nullità riguarda il negozio di finanziamento che non faccia menzione della sussistenza del privilegio generale *ex lege*. Nei commi 3 e 4 vengono, invece, confermate le previgenti disposizioni relative all'opponibilità ai terzi del privilegio.

Il co. 5 è di nuovo conio e riguarda la costituzione in pegno o la cessione in garanzia dei crediti della società di scopo e tale previsione ha lo scopo di favorire, come esplicitato dalla disposizione medesima, la bancabilità delle iniziative. Si tratta di una prescrizione speciale, meno restrittiva di quella contenuta in via generale nel previgente art. 106, co. 13. d.lgs. n. 50 del 2016 che prevedeva un meccanismo di silenzio-assenso e, comunque, la possibilità di rifiutare la cessione (laddove la nuova disposizione, invece, non richiede il consenso del debitore ceduto).

Anche il co. 6 è di nuovo conio e si ispira ad una analoga norma dell'ordinamento francese, ossia l'art. L. 2232-4 del *Code de la commande publique*. Il fatto che i beni sui quali la società di scopo è titolare di diritti reali possano essere ipotecati o dati in pegno solo a garanzia di prestiti contratti per finanziare e rifinanziare gli investimenti e/o i fabbisogni previsti dal contratto di PPP offre ulteriori garanzie per tutti gli operatori coinvolti.

La disposizione è limitata alle società di scopo in quanto è un completamento logico del fatto che la stessa costituisce un patrimonio separato. Per altri soggetti, ha evidenziato il Consiglio di Stato, sarebbe di non agevole applicazione, non essendo sempre possibile separare i beni destinati alla commessa da tutti gli altri di cui l'operatore risulta titolare.

PARTE VII
L'ATTIVITÀ DI MONITORAGGIO

1. I sistemi di monitoraggio delle operazioni partenariali.

In apertura del presente capitolo si è scritto che un dato certo di cui disponiamo ai fini dell'analisi del fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato è che questo rappresenta, ormai per definizione positivizzata, una "operazione economica". (art. 174 del Codice; *supra*, Parte I, §1). Ora che siamo giunti al termine del medesimo capitolo, con un movimento "ciclico", chiudiamo la trattazione sulla c.d. "fase genetica" del PPP ribadendo lo stesso concetto, ossia che tutta la disciplina del PPP è finalizzata a regolare, appunto, una "operazione economica".

È bene, però, recuperare e soffermarsi su uno degli elementi costitutivi del concetto, ossia la traslazione del rischio operativo in capo all'operatore economico privato e, nello specifico, la necessità che tale traslazione sia "effettiva". Sul punto, si è già ampiamente osservato che comprendere se e in che misura il rischio sia effettivamente traslato dal Pubblico al privato rileva in misura determinante, in quanto trasferire il rischio significa "responsabilizzare" l'operatore economico della gestione dell'operazione partenariale, dal momento che su quest'ultimo andranno a gravare l'alea tecnica, economica e finanziaria relativa alla gestione[1].

In termini di diritto positivo, peraltro, il carattere precettivo dell'art. 177, co. 2, del Codice implica che la sua violazione produce conseguenze in termini di legittimità sull'intera operazione partenariale. Infatti, un'allocazione dei rischi errata potrebbe determinare in capo al privato il riconoscimento di vantaggi indebiti o, viceversa, l'allocazione di responsabilità gestionali che non è in grado di gestire, con conseguenze inevitabili anche in termini di danno erariale in capo al singolo funzionario pubblico (sul quale grava un obbligo di diligenza specifico)[2].

In assenza di una misura precisa circa la quantità di rischio che deve essere trasferita, l'effettività deve intendersi in termini empirici[3], seguendo l'insegnamento della Corte di Giustizia secondo cui per poter ritenere sussistente un contratto di PPP «*è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o, almeno, significativo al concessionario*»[4]. Ciò significa, allora, che ai fini della traslazione del rischio assume rilevanza il suo «*tasso di trasferimento*» dal Pubblico al privato[5].

La gestione dell'operazione, infatti, è l'elemento che valorizza il privato come responsabile di «*ogni potenziale perdita stimata subita*» che non sia «*puramente nominale o trascurabile*» e che, peraltro, valorizza i meccanismi di riconoscimento della perdita adottati

---

1 Cfr. M. BALDI, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in Urbanistica e appalti, 2023, fasc. 3., p. 289.

2 In termini, M. RICCHI, *La nuova Direttiva comunitaria* cit., p. 744.

3 Come evidenziato da G.F. CARTEI, *Rischio e disciplina nei contratti di concessione* cit., p. 604, tale criterio «*e le sue varianti lessicali, tuttavia, non hanno incontrato il favore della Commissione. E la ragione risulta intuibile: ogni possibile limitazione del rischio può comportare la violazione del paradigma normativo della concessione indipendentemente se tale limitazione costituisca la conseguenza delle scelte della medesima amministrazione o delle determinazioni di un'autorità di regolazione*».

4 Cfr. C. giust. Ce, III, 10 settembre 2009, causa C-206/08, *Eurawasser*, (punto 77 in diritto); C. giust. Ue, III, 25 marzo 2010, causa C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, (punto 75 ss.); la giurisprudenza della Corte di giustizia conosce espressioni lessicali ulteriori, per cui il rischio può essere anche «*molto ridotto*» come asserisce C. giust. Ue, 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Stadler*, (punto 33 in diritto); si veda anche C. giust. Ue, 10 novembre 2011, causa C-348-10 (punto 45); tra le prime pronunce ad affermare suddetto principio merita richiama la nota sentenza C. giust. Ce, 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*.

5 Cfr. F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e lavori*, in *Diritto Amministrativo*, 2011, fasc. 4, p. 713.

dall'Amministrazione[6], i quali devono essere idonei a garantire l'effettività della traslazione del rischio[7]. Tale valutazione, che non ha alcun tipo di carattere discrezionale ma consiste in un'operazione di tipo puramente tecnico[8], consente alla P.a. di svolgere il proprio compito di controllo tenendo in considerazione dei parametri di riferimento oggettivi e ciò aumenta il grado di certezza e di affidabilità del rapporto cooperativo[9].

Pertanto, per garantire l'effettività della traslazione del rischio e, di conseguenza, la tenuta della complessiva operazione economica è necessario che siano posti in essere adeguati sistemi di monitoraggio. Tale attività rientra tra le attribuzioni espressamente devolute all'Amministrazione, la quale, ai sensi dell'art. 174, co. 1, lett. c) del Codice ha il compito di «*definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione*».

Più precisamente, il successivo art. 175, co. 7, come modificato dal d.lgs. n. 209 del 2024, affida il monitoraggio delle operazioni di Partenariati Pubblico-Privato «*alla Presidenza del Consiglio dei ministri -Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) e al Ministero dell'economia e delle finanze -Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, che lo esercitano tramite l'accesso al portale sul monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico privato istituito presso la Ragioneria generale dello Stato mediante il quale gli enti concedenti sono tenuti a trasmettere le informazioni sui contratti stipulati che prevedono la realizzazione di opere o lavori, quale condizione di efficacia. Gli enti concedenti sono tenuti altresì a dare evidenza dei contratti di partenariato pubblico privato stipulati mediante apposito allegato al bilancio d'esercizio con l'indicazione del codice unico di progetto (CUP) e del codice identificativo di gara (CIG), del valore complessivo del contratto, della durata, dell'importo del contributo pubblico e dell'importo dell'investimento a carico del privato*».

Come osservato dal Consiglio di Stato, la disposizione si giustifica per la necessità, visto il rilevante impatto economico di tali operazioni, di avere, oltre il controllo già svolto dal responsabile unico sul singolo progetto, anche un controllo costante e accentrato su tutte le operazioni di Partenariato Pubblico-Privato, da parte di un organismo già dotato di competenza e formazione specifica in materia. Si potranno così intercettare subito possibili situazioni di inefficienza, diseconomicità o cattiva gestione dei progetti di partenariato pubblico-privato.

È opportuno sottolineare che la novella del 2024 ha introdotto la previsione secondo cui l'adempimento della trasmissione delle informazioni sui contratti stipulati che gli enti concedenti sono tenuti ad operare mediante il portale sul monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico privato istituito presso la Ragioneria generale dello Stato costituisce

---

[6] Cfr. E. TOZZO, *La valutazione della convenienza del ricorso ai rapporti di PPP e la corretta allocazione dei rischi*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2021, fasc. 1, pp. 449 ss., il quale valorizza l'uso della "matrice dei rischi" anche per il monitoraggio dell'allocazione del rischio.

[7] Cfr. M.A. QUAGLIA, *Il partenariato pubblico privato: il rischio operativo e l'equilibrio del rapporto*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2023, fasc. 3, p. 825, secondo cui sono inammissibili «escamotages *contrattuali che possano eludere o comprimere il principio del trasferimento del rischio in capo al privato, quali nel passato, sono stati talora spun-tati da taluni contraenti con apposite clausole frutto di maggiore competenza e preparazione, in virtù di una capacità negoziale del privato spesso superiore a quella degli uffici della pubblica amministrazione. Se, infatti, il concedente, attraverso clausole contrattuali sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore deve sostenere, usciamo dal recinto del PPP e il relativo contratto deve essere qualificato come un appalto*».

[8] Cfr. M. BALDI, *op. ult.* cit., p. 292.

[9] Esempi di pattuizioni elusive dell'obbligo di trattenere il rischio operativo a carico dell'operatore privato, limitandolo sin dall'inizio, si sono verificati nella prassi della redazione di contratti accessivi a concessioni di lavori o servizi: talora prevedendo canoni da corrispondere dalla pubblica amministrazione al privato non decurtabili al di sotto di minimi garantiti, a salvaguardia dell'investimento; talora, mediante clausole contrattuali che limitano le penali a carico della parte privata, consentendo di decurtare solo l'utile. Clausole contrattuali, dunque, che si configurano come incompatibili con il criterio di allocazione del rischio nel partenariato pubblico privato.

condizione di efficacia degli stessi nel caso di contratti aventi per oggetto la realizzazione di opere o lavori. La condizione di efficacia di tali contratti è stata introdotta per scoraggiare l'omissione di tale obbligo di trasmissione e, come evidente, ciò tende ad "irrigidire" l'operazione economica in favore di una sua maggiore certezza e trasparenza.

Inoltre, l'art. 175, co. 8, dispone che sul portale citato devono essere pubblicati e aggiornati periodicamente le migliori prassi in materia di forme e caratteristiche tecniche di finanziamento di Partenariato Pubblico-Privato più ricorrenti sul mercato. Anche tale prescrizione si muove sempre nell'ottica di offrire un ulteriore strumento a supporto dell'efficiente utilizzo dello strumento del PPP, tenuto conto che una delle principali difficoltà è emerso essere quella di individuare valide forme di finanziamento.

L'art. 175, tuttavia, non delinea le specifiche azioni che le varie Amministrazioni dovrebbero intraprendere al fine di tenere monitorate le operazioni partenariali. Sul punto, occorre rilevare che, invece, il precedente Codice rinviava su tale aspetto alle Linee Guida di Anac n. 9, dedicate proprio al tema del monitoraggio dei rischi.

In ragione dell'applicazione del regime intertemporale previsto dall'art. 226, co. 16, del Codice vigente, le Linee Guida citate continuano a trovare attuazione. Pertanto, una – seppur sintetica – analisi del loro contenuto merita di essere svolta.

Secondo l'Autorità, al fine di poter realizzare un corretto monitoraggio dell'attività dell'operatore economico è necessario che le clausole contenute nel contratto siano definite con rigore, nel rispetto dei contenuti minimi dell'offerta e del contratto elencati ai paragrafi 4.2 e 4.4, tenendo conto delle caratteristiche di ciascuna specifica tipologia di operazione di PPP posta in essere. Il contratto di PPP deve riportare in allegato l'offerta aggiudicata e la matrice dei rischi.

La matrice dei rischi individua e analizza i rischi connessi all'intervento da realizzare ed è utilizzata – in fase di programmazione - per la redazione del documento di fattibilità economica e finanziaria e per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e – in fase di esecuzione – per il monitoraggio dei rischi. Le amministrazioni aggiudicatrici devono elaborare la matrice dei rischi e richiamare nella stessa i singoli articoli del contratto che definiscono il soggetto e le modalità di assunzione dei rischi.

In caso di variazioni contrattuali o revisioni del PEF le amministrazioni aggiudicatrici devono accertare che le modifiche apportate non alterino l'allocazione dei rischi così come definita nella documentazione contrattuale e riportata nella matrice medesima. L'atto di modifica del contratto o di revisione del PEF deve dare conto di tale valutazione.

Le amministrazioni aggiudicatrici verificano, poi, la compatibilità dell'operazione posta in essere con i criteri dettati da Eurostat per l'eventuale contabilizzazione dell'intervento al di fuori del bilancio pubblico (*supra*, Parte II, §3). L'amministrazione aggiudicatrice deve definire i dati relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi che l'operatore economico è tenuto a trasmettere con cadenza prefissata nella documentazione di gara tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto.

In tale flusso informativo sono compresi i dati utilizzati dall'Amministrazione per la definizione dell'equilibrio economico-finanziario. Almeno per il passato, vigeva la regola per cui, per le operazioni di PPP che interessano la realizzazione di opere pubbliche, occorre inviare anche i dati che le Amministrazioni sono tenute a trasmettere, ai sensi degli articoli 5 e 9 del Decreto legislativo n. 229 del 2011, alla Banca dati delle Amministrazioni Pubbliche (BDAP), istituita presso il Ministero dell'economia e delle finanze, ai sensi dell'articolo 13

della legge n. 193 del 2009. Le Amministrazioni aggiudicatrici definiscono, altresì, le modalità di acquisizione di tali dati da parte dell'operatore economico.

Le Amministrazioni aggiudicatrici, per il tramite del RUP, coadiuvato dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione, devono acquisire un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto, nel quale sia evidenziato l'andamento dei lavori in relazione al cronoprogramma, il rispetto degli SLA, l'esecuzione dei controlli previsti dal contratto, l'applicazione di eventuali penali o decurtazioni del canone e, in generale, ogni altro elemento di rilevanza contrattuale necessario per accertare la corretta gestione del contratto di PPP.

In sintesi, è corretto quindi dire che i sistemi di monitoraggio sono connessi al principio di effettività di traslazione del rischio operativo e che, in ogni caso, il rischio operativo a carico del privato «*non solo deve essere assegnato nell'articolato del contratto, ma deve essere trasferito al privato tramite la previsione dell'escussione delle penali per la mancata disponibilità dell'opera o il mancato raggiungimento degli standard pattuiti dei servizi*»[10].

La rilevanza dei sistemi di monitoraggio, pertanto, non si manifesta solo relativamente alla fase genetica dell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato ma, soprattutto, nel corso di quella esecutiva. È alla luce di tali meccanismi, infatti, che sarà possibile individuare eventuali anomalie impattanti sull'equilibrio economico-finanziario e, di conseguenza, applicare uno dei possibili rimedi appositamente previsti dal Codice vigente (*infra*, Cap. III).

[10] M. RICCHI, *Struttura e semantica del PPP: le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice, il D.lgs. n. 36/2023*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, fasc. 3, pp. 317, dove l'A. rileva che «*il Codice sancisce questa "ingegnerizzazione" del trasferimento del rischio nelle opere fredde, con corrispettivo a canone, all'art. 177, comma 4, dove "(n)elle operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta il contratto prevede che il corrispettivo venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, nonché un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario"*».

Capitolo III
L'architettura del Partenariato Pubblico-Privato nel D.lgs. n. 36 del 2023
Parte seconda: la fase esecutiva dell'operazione economica

Sommario: PARTE I: LA SORTE DEL CONTRATTO SOTTOSTANTE ALL'OPERAZIONE ECONOMICA - **1.** La rilevanza del principio della conservazione dell'equilibrio economico-finanziario nella fase esecutiva del contratto; **2.** La revisione del contratto quale rimedio alle alterazioni dell'equilibrio dell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato. PARTE II: LE VICENDE CHE IMPATTANO SULL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO – **1.** La modifica del contratto di Partenariato Pubblico-Privato; **2.** Risoluzione e recesso; **3.** Il subentro. PARTE III: L'*EXÉCUTION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT* - **1.** In via preliminare: il *marché de partenariat* come *contrat administratif*; **2.** I principi che governano la fase dell'esecuzione del contratto pubblico; **3.** Le disposizioni dedicate dal *Code de la commande publique* alla *exécution du marché de partenariat.*

PARTE I
LA SORTE DEL CONTRATTO SOTTOSTANTE ALL'OPERAZIONE ECONOMICA

1. La rilevanza del principio della conservazione dell'equilibrio economico-finanziario nella fase esecutiva del contratto.

Il Partenariato Pubblico-Privato è una «*operazione economica*» di portata "globale" che, in termini applicativi, si traduce in una modalità di realizzazione di opere e servizi pubblici dove il privato viene coinvolto come *partner* nei meccanismi di *governance* dell'operazione stessa, dalla programmazione fino alla sua esecuzione[1]. Il tratto della "globalità" permea l'architettura sulla quale il d.lgs. n. 36 del 2023, recante il Codice dei contratti pubblici, fonda la categoria del PPP con specifico riferimento alla funzione di entrambe le sue fasi, ossia quella genetica e quella successiva dell'esecuzione[2].

Infatti, la prima fase (quella genetica) può essere considerata, in estrema sintesi, come il momento in cui Pubblico e privato dialogano tra loro al fine di responsabilizzare quanto più possibile l'operatore economico in merito alla gestione dell'operazione stessa, facendo gravare su di esso – per usare le parole del Codice - «*ogni potenziale perdita stimata subita*» che non sia «*puramente nominale o trascurabile*» (art. 177, co. 2; *supra*, Cap II. Parte 2, §§1 – 4). Tale risultato è raggiunto attraverso l'allocazione in capo al privato di rischi che, tradizionalmente, gravano sull'Amministrazione e l'effettività di tale trasferimento è presidiata dall'equilibrio economico-finanziario raggiunto pattiziamente.

La fase esecutiva dell'operazione di PPP, invece, non è altro che il momento in cui le parti, nel dare attuazione agli accordi tra loro stabiliti, mirano a conservare l'equilibrio su cui si regge l'operazione partenariale globalmente intesa. Si può dire, quindi, che la fase genetica del PPP e quella attuativa, le quali mirano ad una corretta ripartizione del c.d. "rischio operativo", sono funzionalmente orientate ad un risultato, ossia l'equilibrio economico finanziario stesso.

---

[1] Cfr. R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 63, il quale ha evidenziato che l'allora "contratto di partenariato" non si caratterizzava per il trasferimento del rischio relativo alla gestione dell'opera o del servizio quanto, piuttosto, per il suo carattere di globalità, nel senso che il privato è responsabile della progettazione, del finanziamento, della realizzazione e della gestione dell'intervento.

[2] Nel Cap. II, Parte I, § 1, del presente scritto, si è avuto modo di osservare anche che, in quest'ottica, si può dire che la struttura della vigente disciplina del PPP poggia sull'idea per cui la committenza pubblica è un ciclo che prende avvio dalla fase di programmazione, passa dalla fase di progettazione, prosegue con la selezione del *partner* privato e giunge fino alla esecuzione del risultato così concepito dalle parti.

Tale equilibrio, pertanto, assume un ruolo centrale per il successo dell'intero progetto partenariale[3], soprattutto perché, a livello concettuale, esso rappresenta il riflesso delle diverse posizioni assunte nell'ambito della gestione dell'operazione, ossia perseguimento dell'interesse pubblico (da parte dell'Amministrazione) e svolgimento di attività imprenditoriale (da parte dell'operatore economico privato). La diversità di approccio trova, quindi, nell'equilibrio di cui stiamo parlando, un punto di sintesi[4].

Vi è da dire, tuttavia, che la rilevanza della stabilità dell'operazione economica globalmente intesa non è una questione che attiene solo ed esclusivamente ai rapporti interni tra Pubblico e privato ma, anzi, rischia di avere riflessi assai significativi – ed estremamente impattanti – sulla qualità delle opere e/o dei servizi resi e quindi, in definitiva, sull'utenza finale. Sotto l'aspetto della sistematica del diritto, tutto ciò non stupisce, in quanto il Partenariato Pubblico-Privato, pur essendo la più chiara espressione dello sgretolamento della c.d. "Grande dicotomia", rimane pur sempre un fenomeno pubblicistico, come confermato dal fatto che l'istituto principe della categoria è la concessione[5].

Eppure, trattando della fase esecutiva, viene in considerazione un problema operativo, ossia chiedersi quale sia la sorte del contratto qualora la stabilità dell'operazione venga compromessa. L'interrogativo nasce dal fatto che il rapporto di lunga durata tra le parti può essere intaccato dalle c.d. "sopravvenienze", ossia fattori esterni alla volontà e alla prevedibilità dei contraenti e idonei ad alterare l'equilibrio economico-finanziario raggiunto in via pattizia dal Pubblico e dal privato.

Al verificarsi di tali ipotesi si è posto, quindi, il problema di individuare quale sia il «*confine d'intervento*»[6] entro il quale l'Amministrazione ha la possibilità di porre rimedio all'instabilità venuta a crearsi nell'ambito della cooperazione partenariale. Detto altrimenti, la problematica attiene al fatto che lo statuto pubblicistico che caratterizza l'ontologia della P.a. le impedisce di esprimere una piena ed effettiva autonomia negoziale[7] e tale circostanza affligge irrimediabilmente la possibilità di ideare ed applicare soluzioni flessibili, al pari di quanto potrebbero fare, nel rispetto della propria "signoria della volontà", due contraenti privati[8].

Nell'ottica di una operazione di Partenariato Pubblico-Privato, la questione si traduce nell'esigenza di comprendere come l'Amministrazione possa intervenire al fine di preservare

---

[3] Come ha osservato G.F. CARTEI, *Piano economico finanziario e sostenibilità dell'offerta nella disciplina del contratto di concessione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2022, fasc. 8 – 9, p. 1932, la ragione della centralità dell'equilibrio economico-finanziario sta nel fatto che esso «*è posto a guardia del rischio*».

[4] Cfr. G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario e la disciplina del contratto di concessione*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, fasc. 2, p. 130.

[5] Cfr. F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Editoriale Scientifica, 2020, dove l'A., riflettendo sul tratto pubblicistico dello specifico istituto della concessione di servizi, evidenzia che «*lo standard qualitativo del servizio dev'essere garantito entro soglie di ragionevolezza e il fattore di crisi esterno che investisse il concessionario non è circostanza di cui la p.a. possa disinteressarsi, lasciandone il peso interamente a quest'ultimo*».

[6] Cfr. G.F. CARTEI, *Il principio di equilibrio economico-finanziario* cit., p. 136.

[7] Cfr. F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Diritto Amministrativo*, 2002, pp. 431 ss., il quale spiega che il problema del riconoscimento dell'autonomia privata della p.a. si riduce ad un gioco di parole, in quanto rimane sempre ferma, accanto a tale riconoscimento, la funzionalizzazione dell'intera attività amministrativa, anche quella di tipo contrattuale e privatistico.

[8] A ciò si aggiunge un ulteriore limite legato alla particolare tipologia dei contratti ricadenti nella categoria del Partenariato Pubblico-privato. Come messo in luce da Corte dei Conti, sez. Regionale di Controllo per la Lombardia, 25 settembre 2019, n. 359, l'autonomia negoziale dei contraenti «*che intendono avvalersi dello schema negoziale di PPP trova un limite legale nel dovere di concludere un accordo idoneo ad assicurare l'equilibrio economico e finanziario del rapporto negoziale, ossia nel dovere di pattuire clausole negoziali idonee a garantire la con temporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria*».

la stabilità economica e finanziaria del contratto stipulato con il *partner* privato[9]. In passato, sulla questione, le disposizioni di diritto positivo non consentivano di ottenere una soluzione certa, e gli interpreti oscillavano tra l'idea per cui nell'ordinamento vi fosse una mera "pretesa" alla rinegoziazione e, all'opposto, un vero e proprio "diritto", ma mai, in ogni caso, arrivavano a configurare un "dovere".

La giurisprudenza, dal canto suo, era arrivata solo a configurare un "onere" di avvio delle trattative – e quindi non a concluderle né, tantomeno, a concluderle positivamente -, escludendo la configurabilità di un obbligo in tal senso a carico dell'Amministrazione. E ciò sul presupposto per cui «*l'ordinamento non garantisce il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte privata contraente. Impone l'onere in capo ai concedenti di avviare trattative sul punto. Trattative che la pubblica amministrazione conduce sempre dovendo avere ben presente oltre all'ordine contrattuale civilistico, l'interesse pubblico in questione*» (Cons. Stato, sez. VII, 24 luglio 2023, n. 7200)[10].

Con il d.lgs. n. 36 del 2023, invece, si introduce una significativa innovazione, che trova ancoraggio nelle finalità sottese a vari principi e criteri della legge delega[11], volta a codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili, tali da determinare una sostanziale alternazione nell'equilibrio contrattuale. Si tratta del c.d. "principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale", codificato all'art. 9, secondo cui "*se sopravvengono circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali*" (art. 9, co. 1, primo periodo, Codice).

Già da una piana lettura della disposizione, si comprende che il legislatore ha introdotto attraverso una norma primaria[12] un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'Amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art.

---

[9] Correttamente, F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19* cit., p. 18, solleva la riflessione sul fatto che «*se viene meno l'equilibrio originario, il problema non è solo del concessionario, che si troverà ad affrontare extra-costi non più coperti dai prevedibili ricavi, ma anche della p.a. concedente, la quale rischia di non poter più assicurare ai cittadini servizi di qualità adeguata*».

[10] La sentenza Cons. Stato n. 7200 del 2023 citata prosegue affermando che «*non pare possibile individuare, nei principi di correttezza e buona fede oggettiva nell'interpretazione ed esecuzione dei contratti di durata (artt. 1175,1366 e 1375 c.c.), una base legale per fondare un obbligo di rinegoziazione di rapporti negoziali sperequati per il verificarsi di circostanze imprevedibili, nell'ipotesi di omessa definizione pattizia delle modalità di gestione delle sopravvenienze. La rivitalizzazione della funzione integratrice di tali principi per riequilibrare le mutate condizioni in cui si trovano a operare le parti, è funzionale a salvaguardare in ottica solidaristica (art. 2 Cost.) la conservazione del negozio proprio per realizzare l'assetto di interessi originariamente prefigurato. Certamente i principi di correttezza, collaborazione e buona fede trovano applicazione anche nella fase esecutiva dei rapporti negoziali tra amministrazione e privati, tuttavia non è sostenibile che in un ambito normativo e culturale caratterizzato dalla presenza di una molteplicità di interessi pubblici e privati gli stessi possano spingersi sino a integrare specifici obblighi di rinegoziazione in deroga alla specifica disciplina pubblicistica […], tanto meno alle condizioni che il privato ritiene soddisfacenti per le sue esigenze di imprenditore*».

[11] Il riferimento è, in particolare, all'art. 1, co. 2, lett. *a*), *g*), *m*), *ll*), della Legge n. 78 del 2022.

[12] Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, p.8, dove l'A., pur evidenziando la novità che l'art. 9 del Codice apporta nell'ordinamento giuridico circa il diritto alla rinegoziazione del contratto, sottolinea che «*anziché dalla porta ampia e solenne (come sarebbe stata quella del codice civile) il diritto entra nell'ordinamento legislativo da una finestrella un po' precaria, con espresso riferimento ad una materia, quella dei contratti pubblici, nella quale esso non si riteneva avesse cittadinanza (né la dottrina civilistica sopra citata aveva fatto alcun cenno acché il principio da essa elaborato potesse estendersi a questa materia), salva qualche voce in dissenso*».

1467 c.c.[13]. Lo scopo della norma, infatti, è quello di disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporaneamente, l'interesse del creditore alla prestazione.

Stando alle indicazioni del Consiglio di Stato, la disposizione trae origine dal fenomeno già identificato nella prassi internazionale con il termine di *hardship* e riconosciuto in altri sistemi giuridici sotto diverse "etichette" (in Francia, ad esempio, è qualificato come "*imprévision*", *infra*, Parte III, §2), nonché oggetto di considerazione - ormai da tempo - nella regolazione dei rapporti privati internazionali[14]. Ciò significa che il legislatore nazionale, per trovare una soluzione ai problemi che affliggono l'equilibrio di un contratto pubblico – e, quindi, anche di un contratto sottostante ad una operazione di PPP -, non ha approfondito istituti di rinegoziazione calibrati su rapporti giuspubblicistici, ma ha preferito attingere dalla pletora delle soluzioni offerte dalla contrattualistica civile.

La ragione della scelta è stata individuata – in modo del tutto condivisibile – nella volontà di riavvicinare i contratti pubblici ai meccanismi di rinegoziazione tipici del diritto comune «*con la finalità di rafforzare le possibilità di modifica del contratto e di garantirne la conservazione e l'esecuzione*»[15]. In questo modo, l'art. 9 del Codice segna il passaggio dal "potere" di rinegoziazione a un vero e proprio "obbligo" di rinegoziazione"[16].

La conseguenza più rilevante di tale cambio di paradigma è l'introduzione, attraverso un c.d. "principio-regola"[17], nella contrattualistica pubblica di un elemento di flessibilità, che consente all'Amministrazione di superare la rigidità impostale dal proprio statuto pubblicistico, attribuendole la facoltà di esercitare una effettiva autonomia negoziale in sede di rideterminazione delle pattuizioni contrattuali e divenire, così, "liquida". Specularmente, il

---

[13] Cfr. *Relazione tematica* dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione n. 56 dell'8 luglio 2020, p. 20, dove si evidenzia che «*l'art. 1467 c.c. è sicuramente un'espressione di inadeguatezza degli strumenti preordinati alla soluzione della problematica delle sopravvenienze, dal momento che riconosce la possibilità di richiedere la revisione del contratto divenuto iniquo solo alla parte che, in teoria, avrebbe meno interesse al riequilibrio, in quanto da esso avvantaggiata. Ciononostante, sempre la norma in parola è dimostrativa di come l'ordinamento privilegi la conservazione del contratto mediante revisione, rispetto alla caducazione del rapporto negoziale. Non è accidentale, infatti, che la richiesta di riconduzione ad equità del contratto abbia l'effetto di vanificare la domanda di risoluzione eventualmente proposta dalla parte onerata da sopravvenienze*».

[14] Sulla disposizione, il Consiglio di Stato, *Relazione*, mette in evidenza che «*nell'elaborazione della disposizione l'analisi delle scelte maturate in ambito internazionale o unionale (il riferimento è, precipuamente, alla disciplina contenuta nei Principi Unidroit e nel Codice europeo dei contratti), come pure di quelle emergenti da progetti avviati anche in ambito nazionale che non hanno, tuttavia, trovato concretizzazione (disegno di legge delega n. 1151 del 2019), ha costituito una base per approfondimenti e riflessioni necessariamente calibrati sulla differente natura dei rapporti interessati e dei sottesi interessi incisi. A venire in rilievo, infatti, sono contratti pubblici connotati dalla conformazione in ragione delle finalità di pubblico interesse perseguite che restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce, con conseguente esclusione della possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche e necessità di favorire il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela agli operatori economici, nella consapevolezza anche della convergenza di tale tutela con altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di hardship*».

[15] Così, B. MARCHETTI, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, Firenze, 2023; in termini, cfr. anche G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. 3, p. 298.

[16] Cfr. Consiglio di Stato, Relazione, p. 24, dove si legge che l'art. 9 del Codice «*nell'introdurre un generale rimedio di natura legale per la gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali, ha un duplice contenuto: definisce le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della norma e sancisce il diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata al quale, dunque, corrisponde un obbligo della controparte*». In dottrina, cfr. B. MARCHETTI, *op. ult.* cit..

[17] La distinzione tra principi "valore" e principi "regole" è riconducibile alla formula ideata da R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, p. 93; di recente, G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, 2023, fasc. 3, riprende la ripartizione citata e inserisce l'art. 9 del Codice tra i principi "regole", i quali si caratterizzano perché «*hanno ad oggetto specifiche fattispecie e pertanto ricevono diretta applicazione senza alcuna opera di estrazione*».

privato che interagisce con la P.a. al fine di riequilibrare la stabilità economica-finanziaria perduta è "responsabilizzato", nel senso che gli vengono forniti gli strumenti per poter gestire in senso conservativo l'operazione partenariale nella sua globalità, anche in caso di sopravvenienze.

Da questo angolo d'osservazione, si intravede come il legislatore abbia preso atto del fatto che la sorte del contratto pubblico sia un tema che riguarda non solo le parti strettamente contraenti, ma anche tutti coloro che beneficiano delle opere o dei servizi dedotte nel contratto stesso, al fine di rendere tali beni e/o servizi fruibili nell'ottica della soddisfazione dell'interesse pubblico. La questione che si pone, pertanto, attiene alla qualità del servizio reso alla collettività e, secondo questa chiave di lettura, al principio del risultato.

Tale principio, infatti, nella fase esecutiva dell'operazione economica assume una fisionomia ben precisa, ossia quella di «*corretta esecuzione del contratto da parte dell'operatore economico*»[18] privato. Rivisto in tal senso, il principio impone di dover mantenere in vita il contratto stipulato tra Pubblico e privato e consente, per l'effetto, di superare la rigidità imposta dalla fase genetica[19], soprattutto della sotto-fase di scelta del contraente[20], dell'operazione economica.

Detto altrimenti, il compimento delle prestazioni dedotte in contratto, anche a seguito del verificarsi di fenomeni imprevisti e non voluti, resta l'obiettivo perseguito dai contraenti i quali, in definitiva, hanno necessità di poter avere a disposizione uno strumento che consenta loro di risanare l'equilibrio economico-finanziario ormai compromesso. È in tal senso, allora, che assume particolare rilevanza il rimedio specificamente pensato dal legislatore per ricondurre ad equità il contratto di concessione[21].

Si tratta della "revisione", da intendersi come «*cammino necessitato di adattamento del contratto alle circostanze ed esigenze sopravvenute*»[22], che trova positivizzazione all'art. 192 del Codice.

---

18 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione* cit., p. 9.

19 Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione* cit., p.12, il quale evidenzia che «*la rigidità della fase di formazione del contratto si traduce, a sua volta, in una forte limitazione delle possibilità delle parti di introdurre modifiche all'assetto definito del contratto nella fase successiva alla stipula e in tutta la fase dell'esecuzione (che in diritto civile sono nella piena disponibilità delle parti d'accordo tra loro), perché ogni modifica che turbi quell'assetto viene ad incidere sugli interessi legittimi dei soggetti che alla procedura avevano partecipato mediante offerte declinate sulle condizioni predeterminate dai documenti di gara, che avrebbero potuto essere diverse a condizioni diverse (quelle che verrebbero introdotte nella fase dell'esecuzione)*».

20 Tale principio è stato introdotto da CGUE, sentenza del 19 giugno 2008, causa C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur c. Austria*, dove si afferma che le «*modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto* […] *quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8377, punti 44 e 46). 35 La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata. 36 Del pari, una modifica dell'appalto originario può considerarsi come sostanziale allorché essa estende l'appalto, in modo considerevole, a servizi inizialmente non previsti* […]. *37 Una modifica può altresì considerarsi sostanziale allorché altera l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario dell'appalto in modo non previsto dai termini dell'appalto originario*».

21 Cfr. M.E. COMBA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, fasc. n. 8 - 9, p. 1979, dove l'A., analizzando il diritto alla rinegoziazione, afferma che «*si tratta di una declinazione del principio del risultato di cui all'art. 1, in quanto è interesse dell'amministrazione giungere comunque alla realizzazione dell'opera o all'acquisizione dei beni o dei servizi per i quali la stessa si è determinata a procedere con l'appalto e, di conseguenza, è necessario eliminare tutte le rigidità che, a fronte di una situazione imprevedibile, conducono necessariamente alla risoluzione anziché alla rimodulazione del contratto*».

22 Cfr. *Relazione tematica* cit., p. 22. In dottrina, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., in (a cura di) G. IUDICA e P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 968.

2. La revisione del contratto quale rimedio alle alterazioni dell'equilibrio dell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato.

Il Partenariato Pubblico-Privato, inteso come fenomeno concretizzantesi in una «*operazione economica*»[23], trova nella "globalità" uno dei tratti distintivi della sua essenza. A sua volta, la "globalità" si contraddistingue per l'impossibilità di essere racchiusa entro gli stringenti limiti della corrispettività istantanea, tipica della maggior parte dei contratti a prestazioni corrispettive.

Detto in altri termini, un contratto sottostante l'operazione di PPP è, per sua natura, un contratto di durata e tale caratteristica, non a caso, la si rintraccia in modo del tutto evidente nell'istituto della concessione che, della cooperazione partenariale, rappresenta il paradigma più importante. Dalla durata (tendenzialmente) estesa del rapporto concessorio discende una conseguenza ben precisa, ossia che l'equilibrio economico-finanziario raggiunto dalle parti contraenti è soggetto – in misura di gran lunga maggiore rispetto ad un appalto – alle c.d. sopravvenienze[24].

Sul punto, è noto che, per quanto attiene al profilo delle tecniche di rilevanza delle sopravvenienze, l'ordinamento, in caso di variazioni qualitative, associa il rimedio della revisione a quello dello scioglimento del contratto[25], mentre per le variazioni quantitative il rimedio della revisione non è mai concesso ad un contraente al quale già spetti il diritto di chiedere la risoluzione, secondo quanto previsto dagli artt. 1467 e 1468 c.c.. Nel diritto civile puro, nell'ambito della disciplina contrattuale di parte speciale, l'art. 1664, co. 1, prevede invece che, «*qualora si siano verificati, per effetto di circostanze imprevedibili, aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o, rispettivamente, il committente hanno diritto ad una revisione del prezzo medesimo per la differenza che eccede il decimo*».

Come ha osservato il Consiglio di Stato, si è quindi fatta strada, da diversi anni, sull'esempio dell'esperienza angloamericana dei *relational contracts*, l'idea secondo la quale «*all'insorgere di sopravvenienze perturbative di un contratto, la parte esonerata dal rischio della sopravvenienza avrebbe il diritto di chiedere, anziché la risoluzione, la rinegoziazione dell'accordo anche in casi in cui l'esperibilità di tali rimedi non sia prevista espressamente né dalla legge né dal contratto. In particolare: 1) secondo alcuni, si tratterebbe di coniugare la normativa specifica dell'art. 1467 con la disposizione generale dell'art. 1175 al fine di accertare se il rifiuto del creditore di ricondurre il contratto ad equità, autorizzato in via di principio dall'art. 1467, risulti in concreto scorretto ex art. 1175 e possa, perciò, dirsi precluso; 2) secondo altri, sarebbero enucleabili classi di fattispecie rispetto alle quali, risultando insoddisfacente la previsione dell'art. 1467, andrebbe estesa la potenzialità normativa dell'art. 1664, comma 1, anche a contratti che, non riducibili puntualmente al tipo legale, sollevino esigenze simili a quelle previste per l'appaltatore*».

Nel contesto delle concessioni, a fronte della sopravvenienza, l'obiettivo precipuo del contraente sfavorito non è lo smantellamento del rapporto, ma la sua messa in sicurezza

---

[23] Cfr. art. 174, co. 1, d.lgs. n. 36 del 2023.

[24] Cfr. S. VINTI, *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, su *Federalismi.it*, 4 ottobre 2023, p. 7, dove si osserva che «*a differenza degli appalti, la disciplina delle concessioni è storicamente caratterizzata da una maggiore apertura verso la revisione contrattuale; data la durata tendenzialmente estesa del rapporto concessorio, i contratti di concessione sono naturalmente esposti al fenomeno delle sopravvenienze*».

[25] Riguardano l'inattuabilità sopravvenuta del programma negoziale gli artt. 963, 1464, 1584, 1622, 1623, 1660, 1896, 1897, 1926 c.c.; riguardano l'inattuabilità originaria gli artt. 1484 e 1492 c.c..

attraverso un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni[26]. Il codice del 2016 già contemplava un dispositivo di mitigazione del rischio operativo.

La soluzione conservativa consiste nella possibilità per l'operatore economico di chiedere all'Amministrazione, sulla quale grava un obbligo legale di rinegoziazione, la revisione del programma contrattuale. Si tratta di un rimedio per la gestione delle sopravvenienze di tipo manutentivo, particolarmente utile nel contesto di operazioni di lunga durata e con investimenti non immediatamente reversibili, in mancanza del quale il Codice Civile approntorebbe invece una tutela prettamente ablativa, secondo lo schema di cui all'art. 1467.

La difficoltà per il legislatore di concepire un rimedio manutentivo adeguato sembra, in buona sostanza, legata alla natura del contratto di concessione stesso. Tale tipologia di rapporto, infatti, si caratterizza per il trasferimento del c.d. "rischio operativo" in capo all'operatore economico privato e tale circostanza rappresenta la ragione per cui la concessione dovrebbe essere ascritta nel novero dei c.d. "contratti aleatori"[27].

Tuttavia, anche a voler qualificare la concessione come "contratto commutativo"[28], resta il fatto che la traslazione del rischio rende problematica l'applicabilità di qualsivoglia meccanismo di riequilibrio del rapporto pattizio[29]. Ciò dimostra che il problema classificatorio della natura del contratto è, a ben vedere, secondario, dovendo essere piuttosto riguardato il profilo pratico della funzionalizzazione dell'operazione al raggiungimento del risultato sottostante l'operazione economica complessivamente intesa[30].

È sulla base di tali ragionamenti che il Codice dei contratti pubblici vigente ha, molto opportunamente, introdotto l'apposito istituto della "rinegoziazione" del rapporto concessorio. Si tratta, in sostanza, della scelta di superare la questione classificatoria della concessione e aderire, invece, alla logica sottesa ai principi del risultato (art. 1 del Codice) e, soprattutto, della conservazione dell'equilibrio economico-finanziario (art. 9 del Codice).

Il meccanismo architettato dal legislatore è positivizzato all'art. 192 e la novità legata a tale norma risiede nel fatto che questa si configura come una «*disposizione autonoma*»[31] nel quadro della disciplina della concessione e, di conseguenza, dell'intera architettura del Partenariato Pubblico-Privato.

---

[26] Anche la pandemia da Covid-19 ha messo recentemente in luce la necessità di mitigare il principio della vincolatività del contratto qualora per effetto di accadimenti successivi alla stipulazione del contratto o ignoti al momento di questa o, ancora, estranei alla sfera di controllo delle parti, l'equilibrio del rapporto si mostri sostanzialmente snaturato.

[27] In termini, cfr. F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19* cit.; in senso difforme, per una ricostruzione della concessione come contratto commutativo, cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni e la finanza di progetto*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 4, p. 410; G.F. CARTEI, *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione*, in (a cura di) G.F. CARTEI e D. IARIA, *Commentario al nuovo codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, p. 911; per una posizione intermedia, cfr. M. CERUTI, *Appalti, concessioni rischio operativo: contratti aleatori o commutativi*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2016, fasc. 2, p. 314, dove l'A. qualifica la concessione come contratto ibrido, sia aleatorio (per la parte di rischi assunti dal concessionario) sia commutativo (per la parte di rischi non assunti e per quelli che, pur assunti, prevedono parziali compensazioni).

[28] Cass. Civ., Sez. II, 12 ottobre 2012, n. 17485 consente di percorrere questa soluzione, stabilendo che «*anche per i contratti cosiddetti commutativi le parti, nel loro potere di autonomia negoziale, possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze, che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumere, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo*».

[29] In termini, M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 410, dove si afferma che «*la regolamentazione del rischio introduce aspetti di aleatorietà, in relazione ai rischi assunti, per i quali viene esclusa l'applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nell'ordinaria disciplina del contratto (art. 1467 e 1664 c.c.), senza che ciò comporti un mutamento di natura del contratto*».

[30] Cfr. *supra*, nota 9.

[31] M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 410, il quale evidenzia come, in passato, le disposizioni disciplinanti la rinegoziazione fossero tutte inserite in norme disciplinanti altri aspetti della concessione.

L'art. 192, co. 1, configura la rinegoziazione come un diritto nella disponibilità del concessionario (la norma dice espressamente che «*il concessionario può chiedere la revisione del contratto*») e che tale diritto può essere esercitato al fine – ed entro i limiti – della stretta riconduzione del contratto ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della sua conclusione. Peraltro, la disposizione prevede che, per poter procedere alla rinegoziazione, debbano verificarsi eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, «*che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione*».

A prescindere dalla apparente rigidità della norma, una lettura sistematica e funzionalmente orientata dell'art. 192 consente di affermare che le parti godono della giusta flessibilità per poter negoziare il riequilibrio dell'assetto contrattuale al verificarsi delle c.d. sopravvenienze. Ciò discende non solo dalla necessità che Pubblico e privato collaborino – anche in sede di rinegoziazione – per il raggiungimento di un preciso scopo di rilevanza sociale, ma anche dal fatto che l'art. 192 rappresenta una applicazione dell'art. 9 e, pertanto, dell'idea per cui le parti sono libere di esprimere la propria autonomia contrattuale (*supra*, §1).

Ovviamente, occorre tenere presente che la rinegoziazione opera nell'ambito di una operazione più ampia e, soprattutto, globale di Partenariato Pubblico-Privato e ciò significa che la contrattazione tra Amministrazione ed operatore economico privato non può spingersi fino a sostituire all'alea normativa (fondata sul trasferimento del rischio operativo) un'alea convenzionale (tale da coincidere con il rischio di mercato)[32]. La revisione del piano economico concordato con il concessionario, infatti, deve essere legata a eventi straordinari, non a semplici fluttuazioni del mercato, in quanto solo a fronte di avvenimenti oggettivamente straordinari, che vanno al di là del rischio proprio e normale del concessionario, è possibile procedere a una revisione delle condizioni originarie del rapporto o addirittura per una risoluzione dello stesso (Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653)[33].

Da tale angolo prospettico, emerge con evidenza che al "diritto" alla rinegoziazione attribuito al privato corrisponde un relativo "obbligo" a carico dell'Amministrazione. La posizione giuridicamente qualificata cui soggiace la P.a. rappresenta non solo il fisiologico risvolto della situazione a sua volta giuridicamente qualificata del privato ma, soprattutto, «*l'inevitabile contrappeso al principio di continuità del servizio pubblico*»[34].

---

[32] Cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 411, il quale, in linea con quanto qui rappresentato, ricorda che «*già nel regime previgente le clausole che imponessero la revisione in presenza di una riduzione della domanda, a prescindere dalle cause, dovevano considerarsi illegittime*».

[33] Cons. Stato. Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653 citata ha fornito un'importante interpretazione del rischio operativo – seppur nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016 - che ricade a carico dei privati. Nella fattispecie, si tratta della concessione per la costruzione e gestione di un'area di servizio lungo un'autostrada per la quale il concessionario richiede la risoluzione per onerosità sopravvenuta a causa della crisi mondiale che ha ridotto la domanda di carburante. In linea con questa pronuncia, in tempi recenti, Cons. Stato, sez. IV, 22 marzo 2021, n. 2426, ha ribadito che «*la revisione dei profili economici concordati con il concedente - pur a volerne ammettere, a tutto concedere, la predicabilità astratta - richiederebbe comunque la comprovata ricorrenza di eventi eccezionali e straordinari, oggettivamente esterni ed estranei al funzionamento del mercato di settore; non sarebbero, viceversa, sufficienti all'uopo mere fluttuazioni della domanda, dato fisiologico di ogni mercato, che l'operatore economico non può non considerare come aspetto caratterizzante, intrinseco ed ineliminabile del contesto in cui opera*». Da ultimo, in termini, Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2023, n. 301, ha confermato che «*insito nel meccanismo causale della concessione che la fluttuazione della domanda del servizio costituisca un rischio traslato in capo al concessionario (anzi costituisca il rischio principale assunto dal concessionario), affinché possa farsi luogo a una revisione dei profili economici concordati con il concedente è necessaria la comprovata ricorrenza di eventi eccezionali e straordinari, oggettivamente esterni ed estranei al funzionamento del mercato di settore*».

[34] Cfr. F. CINTIOLI, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19* cit., p. 20, il quale ricorda che la necessità che il servizio pubblico non sia mai interrotto è addirittura presidiata in sede penale.

Non a caso, infatti, l'art. 192, co. 2, si preoccupa di definire i limiti entro i quali la rinegoziazione deve operare. La norma vieta di concordare «*modifiche che alterino la natura della concessione, o modifiche sostanziali che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione*».

La disposizione, come evidente, definisce con una tecnica in negativo i cambiamenti che possono condurre alla revisione del piano economico-finanziario e tale puntualizzazione ha una importanza centrale se si vuole evitare che la revisione comporti, di fatto, l'attenuazione - o finanche l'azzeramento - del rischio operativo. Tuttavia, non si può fare a meno di rilevare che la norma limita fortemente la discrezionalità delle parti, giungendo ad impedire loro di applicare rimedi manutentivi che, in questa fase del rapporto contrattuale, non sembrano arrecare danno né ad altri concorrenti né alla più generale regolarità pubblicistica dell'operazione di PPP[35].

Invero, la norma potrebbe essere caratterizzata da maggiore flessibilità, posto che, come noto, consentire la modifica dei termini del rapporto contrattuale ha carattere eccezionale, non consente applicazioni estensive e si fonda su circostanze di particolare rilevanza che, sopravvenendo alla stipula del contratto, ne modificano nella sostanza l'attuazione (Cons. Sato, IV, 15 maggio 2012, n. 3473). Fermi questi limiti, l'approdo giurisprudenziale più evoluto è giunto a consentire la rinegoziazione delle condizioni contrattuali ancor prima della stipula del contratto[36].

Da un punto di vista procedurale, è interessante osservare che l'art. 192, co. 3, dopo le modifiche apportate dal Correttivo, «*nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato per le quali non sia già prevista l'espressione del CIPESS*» subordina l'esercizio del diritto della revisione «*al previo parere non vincolante 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'ente concedente sottoporre la revisione al previo parere del NARS. Qualora l'ente concedente intenda discostarsi dal parere reso, è tenuto a darne adeguata motivazione, dando conto delle ragioni della decisione e indicando, in particolare, la modalità di contabilizzazione adottata*». La norma è del tutto in linea con quanto previsto dall'art. 175, co. 3, circa la valutazione preliminare che deve essere svolta prima di procedere con una operazione di PPP (*supra*, Cap. I, Parte I, § 3).

Prima della novella di cui al d.lgs. n. 209 del 2024, tuttavia, vi era una differenza sostanziale. Per la fase preliminare dell'avvio dell'operazione, infatti, era previsto che il parere potesse essere richiesto anche per le opere di carattere non statale, seppur in via facoltativa[37]. L'osservazione era rilevante nella misura in cui emergeva come il legislatore avesse lasciato un certo margine di flessibilità procedurale all'Amministrazione per riequilibrare i contratti

[35] Sulle criticità dell'art. 192, co. 2, del Codice di rinvia integralmente a M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 412 – 413.

[36] Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2022, n. 10635, afferma che il problema giuridico del divieto di rinegoziazione sostanziale dei termini contrattuali dopo l'aggiudicazione dell'appalto (senza avvio di una nuova procedura) e prima della stipulazione assume rilievo quando deve attribuirsi rilevanza alle sopravvenienze di carattere emergenziale (come, ad esempio, alla pandemia da Covid-19), e ciò «*specialmente nei rapporti sostanzialmente trilaterali (in quanto coinvolgenti l'utenza) che originano dalle concessioni*». Infatti, appare «*immanente alla disciplina delle concessioni la clausola "rebus sic stantibus", come del resto dimostra l'art. 165 del d.lgs. n. 50 del 2016, che ammette la revisione del piano economico-finanziario al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario al ricorrere di eventi straordinari e soggettivamente imprevedibili*».

[37] Cfr. A. CAVINA e D. GALLI, *Art. 192 Revisione del contratto di concessione*, in (diretto da) F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023, pp. 1256 – 1257.

di quelle operazioni che non avevano una rilevanza particolarmente impattante sulla collettività e/o strategica, flessibilità che sembra – quantomeno a prima vista – essere stata aumentata, in ragione della possibilità di discostarsi dal parere reso dal NARS.

In ogni caso, l'art. 192 si preoccupa di regolare il caso di mancato accordo tra le parti sul riequilibrio del piano economico-finanziario. L'art. 192, co. 4, per questa situazione, dispone che Pubblico e privato possono recedere dal contratto e che al concessionario spetta il rimborso degli importi legati al 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, nonché gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, a esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse[38].

Sul tema del recesso, la giurisprudenza ha riconosciuto che, ove i contraenti non raggiungano un nuovo accordo senza pregiudizio per la remunerativà per il contraente privato, l'ente locale, nell'ambito di un rapporto caratterizzato dalla «*posizione di parità delle parti solo tendenziale (come affermato dalla Corte Costituzionale con le sentenze n. 53 e n. 43 del 2011), nell'ambito dei poteri di autotutela privatistica (cfr. Ad. Pl. n. 6 del 2014) può intervenire unilateralmente, ma nel rispetto degli strumenti previsti dalla legge e dal contratto (art.9), nonché dei principi generali a seguito di una compiuta istruttoria e mediante un'adeguata motivazione*» (CGA, sez. giur., 9 agosto 2023, n. 517). In linea con tale giurisprudenza, seppur in relazione al diverso tema della revisione del prezzo, è stato affermato che sussiste una «*potestà provvedimentale lato sensu intesa e, dunque, a un «focolaio pubblicistico» nella fase esecutiva*»[39].

In disparte ogni ulteriore considerazione sul dettato normativo, le considerazioni sino a qui svolte sono sufficienti per giungere ad una conclusione ben precisa, ossia che il Codice vigente consente a Pubblico e privato di ritrovarsi a disposizione strumenti adeguati a gestire con flessibilità le sopravvenienze. L'Amministrazione, infatti, sembra poter assumere quella caratteristica di "liquidità" che nella disciplina previgente era espressamente esclusa mentre il privato, per contro, sembra essere "responsabilizzato" sulla necessità di dover proseguire il proprio compito pubblico.

Ai fini del presente scritto, pertanto, sembra che il d.lgs. n. 36 del 2023 conceda agli strumenti contrattuali di Partenariato Pubblico-Privato il margine sufficiente per poter esprimere, quantomeno in fase esecutiva, la loro reale indole di mezzi di governo.

---

[38] Cfr. G. SANTI, *Le operazioni di partenariato pubblico-privato e le concessioni di lavori e di servizi*, in (a cura di) F. MASTRAGOSTINO e G. PIPERATA, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Torino, 2023, p. 507, dove si evidenzia che «*anche la sola probabilità di un recesso dell'operatore economico con conseguente obbligo dell'Amministrazione di corrispondere allo stesso il valore di quanto realizzato – in particolare quando l'operazione era stata ideata al fine di evitare aggravi sul bilancio – potrebbe divenire nei fatti più che "persuasivo" motivo per addivenire ad un accordo sulla revisione, soprattutto – ma non solo – nelle ipotesi in cui il contratto non preveda come controprestazione – o come controprestazione principale – il pagamento di corrispettivi/canoni da parte dell'Amministrazione ma il solo diritto di sfruttamento dell'opera realizzata tramite gli introiti di gestione dell'utenza esterna (percepiti direttamente o indirettamente tramite un meccanismo di "pedaggi ombra")*».

[39] Cfr. F. GOISIS e P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Diritto Amministrativo*, 2023, fasc. 1, p. 113, i quali riprendono la felice espressione utilizzata da F. FRACCHIA e W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in Diritto dell'economia, 2020, fasc. 2, pp. 203; in termini anche M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in Diritto dell'economia, 2022, fasc. 2.

PARTE II

LE VICENDE CHE IMPATTANO SULL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO

1. La modifica del contratto di Partenariato Pubblico-Privato.

La cooperazione di tipo partenariale si manifesta attraverso una operazione economica che, a differenza della mera "collaborazione" tra Pubblico e privato (*supra*, Cap. I, §1 - 2), si caratterizza per le sue componenti di "globalità" e, soprattutto, di lunga durata. I tratti qualificanti il PPP, pertanto, oltre ad incidere in modo determinante sulla necessità di procedere alla revisione dell'equilibrio economico-finanziario raggiunto pattiziamente dalle parti in causa, rilevano anche rispetto alla disciplina delle modifiche apportabili nel corso della fase esecutiva dell'operazione complessivamente intesa.

Sul punto, a differenza di quanto accaduto in tema di revisione della concessione, il legislatore europeo si è espressamente posto il problema di definire le condizioni di applicabilità del c.d. *ius variandi*, ossia di indicare le condizioni al ricorrere delle quali è possibile modificare un contratto di concessione. Più precisamente, nella direttiva n. 2014/23/UE, mirando alla salvaguardia del bene giuridico "concorrenza", si specifica che è necessario individuare «*le condizioni alle quali le modifiche di una concessione durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di aggiudicazione della concessione*»[1].

In termini di diritto positivo, tale esigenza trova regolamentazione all'art. 43 della direttiva medesima, il quale stabilisce come la regola generale sia la possibilità di apportare modifiche al contratto di concessione a seguito dell'insorgenza di determinati presupposti, ma a condizione che venga garantita piena tutela alle condizioni di trasparenza e concorrenza[2]. Tale regola, peraltro, nelle intenzioni del decisore eurounitario, deve essere applicata secondo una logica di "flessibilità", soprattutto quando l'Amministrazione si trova ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando ha aggiudicato la concessione[3].

Ancorandosi al solido dentellato normativo sovranazionale, il legislatore nazionale delegante, in sede di nuova codificazione, ha specificamente impartito come criterio guida quello di vietare la proroga dei contratti di concessione, fatti salvi i principi europei in materia di affidamento *in house*, e di razionalizzare la disciplina sul controllo degli investimenti dei concessionari e sullo stato delle opere realizzate, «*fermi restando gli obblighi dei concessionari sulla corretta e puntuale esecuzione dei contratti, prevedendo sanzioni proporzionate all'entità dell'inadempimento, ivi compresa la decadenza in caso di inadempimento grave*»[4]. Il legislatore delegato, pertanto, come evidenziato dal Consiglio di Stato, a fronte di una non piena omogeneità della disciplina previgente con la direttiva n. 2014/23, ha voluto ripartire dalle regole europee e dalle

[1] Considerando n. 75 della direttiva n. 2014/23/UE. Per le considerazioni sul punto, cfr. F. SCIAUDONE, *Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019, pp. 125 ss.; G. SANTI, *Le operazioni di partenariato pubblico-privato e le concessioni di lavori e di servizi*, in (a cura di) F. MASTRAGOSTINO e G. PIPERATA, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Torino, 2023, pp. 491 ss..

[2] Cfr. G.F. CARTEI, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in (a cura di) G.F. CARTEI e M. RICCHI, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, p. 45, il quale evidenzia che «*la regola resta, infatti, quella che la concessione non è suscettibile di essere modificata*», se non a determinate condizioni.

[3] Considerando n. 76 della direttiva n. 2014/23/UE.

[4] Art. 1, co. 2, lett. *ff*), Legge 21 giugno 2022, n. 78, c.d. "Legge delega".

indicazioni di cui al criterio *sub* lettera *a*) della legge delega[5], tracciando, così, una prima grande differenza rispetto a quanto fatto in tema di revisione della concessione[6].

Ecco, quindi, che l'art. 189, co. 1, prescrive che «*le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione della concessione*» a condizione che ricorrano condizioni ben precise.

Innanzitutto, le modifiche sono ammesse se, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi o opzioni. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate e non apportano modifiche che altererebbero la natura generale della concessione (co. 1, lett. *a*)).

Detto in altri termini, Pubblico e privato possono «*contrattualizzare*»[7] la previsione delle modifiche della concessione, le quali, essendo inserite nei documenti di gara e, quindi, conosciute *ab initio* dai vari concorrenti alla procedura di aggiudicazione, non ledono il diritto alla parità di trattamento e/o di concorrenza. Tuttavia, la possibilità per l'Amministrazione di prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione non può raggiungere un'estensione tale da consentire alla medesima P.a. di introdurre tali clausole secondo una discrezionalità illimitata[8].

Poi, la modifica è consentita anche per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, e ciò quando un cambiamento di concessionario, da un lato, risulti impraticabile per motivi economici o tecnici (quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale); dall'altro, comporti per l'ente concedente notevoli inconvenienti o una sostanziale duplicazione dei costi (co. 1, lett. *b*)).

Questa tipologia di modifiche non può essere applicata su base discrezionale, intesa come valutazione circa l'opportunità di variare il contratto da parte dell'Amministrazione, in quanto la norma parla di lavori o servizi che si sono resi "necessari". La giurisprudenza, sul punto, ha dato concretezza al concetto di "motivi economici o tecnici" affermando che la deroga all'obbligo della gara richiede «*rigorosamente, non la generica sussistenza di un vantaggio di tipo tecnico, ma piuttosto la sussistenza di un requisito logicamente simmetrico e speculare, vale a dire la documentata*

---

[5] L'art. 1, co. 2, lett. *a*), l. n. 78 del 2022 citata prevede «*a) perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mediante l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive stesse, ferma rimanendo l'inderogabilità delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza, al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza e al confronto competitivo fra gli operatori dei mercati dei lavori, dei servizi e delle forniture, con particolare riferimento alle micro, piccole e medie imprese, tenendo conto delle specificità dei contratti nei settori speciali e nel settore dei beni culturali, anche con riferimento alla fase esecutiva, nonché di assicurare la riduzione e la razionalizzazione delle norme in materia di contratti pubblici, con ridefinizione del regime della disciplina secondaria, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, ove necessario*».

[6] Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, p.8, il quale rileva il problema di stabilire la legittimità della previsione del principio dell'equilibrio economico-finanziario nel Codice «*in assenza di una specifica menzione di esso nella legge delega, nonché nella Direttiva europea; del principio di rinegoziazione del contratto come tale, come principio espressamente applicativo del principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9, 1° co.)*», soprattutto considerando che «*gli istituti espressamente richiamati dalla norma come applicativi, a loro volta, dello stesso principio (art. 9, ult. co.: artt. 60, 120) hanno pieno riscontro nella legge delega e nella Direttiva europea*».

[7] Cfr. G. SANTI, *Le operazioni di partenariato pubblico-privato* cit., p. 493.

[8] Considerando n. 78 della direttiva n. 2014/23/UE.

impossibilità di interazione rispetto agli strumenti dell'appalto iniziale» (Cons. Stato, sez. III, 7 ottobre 2020, n. 5962).

Inoltre, in aggiunta a quanto sino a qui detto, le modifiche sono consentite in caso di concorso di specifiche condizioni, ossia (*i*) quando la necessità di modifica è determinata da circostanze che un ente concedente diligente non ha potuto prevedere[9]; (*ii*) quando la modifica non altera la natura generale della concessione; infine, (*iii*) quando, nel caso di concessioni aggiudicate dall'ente concedente allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui ai settori speciali, l'eventuale aumento di valore non eccede il 50 per cento del valore della concessione iniziale (co.1, lett. *c*)).

Ancora, è concesso apportare modifiche al contratto in corso di esecuzione se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui l'ente concedente aveva inizialmente aggiudicato la concessione perché vi è la presenza di una clausola di revisione inequivocabile, oppure al concessionario iniziale succede un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente (purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della direttiva 2014/23/UE), o nel caso in cui l'ente concedente si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori, ove tale possibilità sia prevista dalla legislazione nazionale, oppure, infine, se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali (co. 1, lett. *d*)).

L'art. 189, co. 2, individua altre ipotesi in cui le concessioni possono parimenti essere variate senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione. Ciò si verifica quando il valore della modifica è inferiore a due valori precisi, ossia soglia di rilevanza europea e il 10 per cento del valore della concessione iniziale.

Il successivo co. 3, invece, fissa quale presupposto generale, valido per tutte le ipotesi di variazione, quello per cui le modifiche «*non possono alterare la natura generale della concessione*». In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

Sempre in termini generali, l'art. 189, co. 4, precisa che la variazione di una concessione durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale se la natura della concessione muta nella sua essenza rispetto a quella inizialmente conclusa. Inoltre, la disposizione codifica il principio per cui una modifica è considerata sostanziale *ex lege* se sono soddisfatte determinate condizioni.

In sintesi, ciò accade, in primo luogo, se la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione; in secondo luogo, se la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; in terzo luogo, se la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; infine, se un nuovo concessionario sostituisce quello cui l'Amministrazione ha inizialmente aggiudicato la concessione in casi

[9] CGA, sez. giur., 13 febbraio 2023, n. 128, precisa che «*il sistema già prevede un meccanismo per far fronte a esigenze derivanti dall'urgenza, meccanismo che presuppone la non imputabilità alla stazione appaltante della causa dell'urgenza, che quindi non può consistere nel ritardo nell'indizione della gara, e assicura comunque una competizione fra operatori*».

diversi da quelli di cui si è già detto in precedenza (cfr. art. 189, co. 1, lett. *d*)). L'elencazione riflette in modo sensibile l'impostazione fornita dalla Corte di Giustizia UE[10].

Per dare evidenza delle modifiche apportate, sull'Amministrazione, ai sensi di quanto previsto dall'art. 189, co. 5, gravano specifici obblighi di pubblicazione. Infatti, nelle situazioni di cui al co. 1, lett. *b*) e *c*), sopra citati, l'ente concedente deve pubblicare un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e tale avviso deve contenere le informazioni di cui all'allegato XI alla direttiva 2014/23/UE.

Per dare concretezza a quanto sino a qui rappresentato in tema di modifiche contrattuali, il Consiglio di Stato ha precisato che occorre fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e, soprattutto, a quella che si è occupata di modifiche sostanziali dei rapporti concessori[11]. D'altronde, già la giurisprudenza interna si era pedissequamente allineata a quella sovranazionale[12], giungendo ad affermare che «*le modifiche sostanziali apportate alle disposizioni essenziali di un contratto di concessione di servizi costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto di concessione iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto*» (Cons. Stato, sez. III, 28 maggio 2019, n. 3520).

Ciò significa, in definitiva, che la scelta del Codice di mantenere una stretta aderenza tra l'art. 189 e l'art. 43 della direttiva n. 2014/23/UE[13] non mira a traslare in capo all'Amministrazione il rischio legato alla cattiva gestione del contratto da parte del

---

[10] Si rinvia, ad esempio, CGUE, 18 settembre 2019, causa C-526/17, *Commissione europea c./ Repubblica italiana*, dove di afferma che «*il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne deriva ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un contratto di concessione di lavori pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice concedente e il concessionario apportino alle disposizioni del loro contratto di concessione modifiche tali che dette disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale. È quanto avviene se le modifiche previste hanno per effetto o di estendere la concessione di lavori pubblici, in modo considerevole, a elementi non previsti, o di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore del concessionario, oppure ancora se tali modifiche sono atte a rimettere in discussione l'aggiudicazione della concessione di lavori pubblici, nel senso che, se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, o sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi (v., in tal senso, sentenza del 7 settembre 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punto 28 e giurisprudenza ivi citata)*».

[11] Nella Relazione, il Consiglio di Stato fa specifico riferimento a CGUE, sez. V, sentenza 2 settembre 2021, cause riunite C-721/19 e C-722/19, *Sisal S.p.A., Stanleybet Malta Ltd. e Magellan Robotech Ltd. c./ Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Lotterie Nazionali S.r.l. e Lottomatica Holding S.r.l.*, dove la Corte ha espressamente affermato che «*l'articolo 43, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, dev'essere interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che impone il rinnovo di un contratto di concessione senza una nuova procedura di aggiudicazione, in circostanze in cui esso è stato aggiudicato a un solo concessionario, mentre il diritto nazionale applicabile prevedeva che una tale concessione dovesse essere aggiudicata, in linea di principio, a più operatori economici, quattro al massimo, quando tale normativa nazionale costituisce l'attuazione di una clausola contenuta nel contratto di concessione originario che prevedeva l'opzione di un tale rinnovo* […] *non osta a una normativa nazionale che prevede, da un lato, che il rinnovo di una concessione sia deciso due anni prima della sua scadenza e, dall'altro, una modifica delle modalità di pagamento del corrispettivo finanziario dovuto dal concessionario, quali stabilite nel contratto di concessione originario, in modo da garantire allo Stato nuove e maggiori entrate di bilancio, quando tale modifica non è sostanziale, ai sensi dell'articolo 43, paragrafo 4, di detta direttiva* […] *L'articolo 43, paragrafo 4, della direttiva 2014/23* [deve essere interpretato] *nel senso che un operatore economico può proporre un ricorso contro una decisione di rinnovo di una concessione per il fatto che le condizioni di esecuzione del contratto di concessione originario sono state sostanzialmente modificate, pur non avendo partecipato alla procedura di aggiudicazione originaria di tale concessione, a condizione che, nel momento in cui la concessione dev'essere rinnovata, possa dimostrare un interesse ad ottenere tale concessione*».

[12] Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2018, n. 2630 richiama esplicitamente la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE e tutti i principi da essa elaborati.

[13] Cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni e la finanza di progetto*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 4, p. 402, il quale rileva che l'art. 43 della direttiva n. 2014/23/UE, per la prima volta, ha attratto nel proprio ambito di applicazione aspetti attinenti l'esecuzione ed ha accentuato il rigore nella possibilità di introdurre varianti, in funzione della considerazione delle stesse quale strumento indiretto di violazione della concorrenza, sulla base della giurisprudenza della Corte di giustizia.

concessionario privato[14] ma, all'opposto, ad imporre all'operatore economico di dover proseguire lo svolgimento delle attività finalizzate al perseguimento dell'interesse pubblico. Tale assunto discende, infatti, dall'osservazione per cui art. 189 e art. 192 del Codice provvedono entrambi a disciplinare possibili modifiche, ma solo la revisione riguarda il riequilibrio economico-finanziario in senso stretto[15].

In sintesi, superando i dubbi interpretativi[16], rimane il dato per cui la disciplina dettata dall'art. 189 del Codice ribadisce i compiti che l'art. 174 ripartisce tra Amministrazione e privato: alla prima, spettano attività di monitoraggio e, eventualmente, attivazione dei meccanismi di modifica della concessione; al secondo, invece, prosecuzione dell'attività pattuita contrattualmente, con assunzione dei rischi su di esso originariamente allocati, con possibilità di mirare al raggiungimento del risultato grazie agli strumenti offertigli dal Codice.

2. Risoluzione e recesso.

Il Codice dei contratti pubblici vigente si occupa sia dei rimedi manutentivi, quali la revisione della concessione e la possibilità di modificare in corso di esecuzione il contratto (*supra*, Parte, §2; Parte II, §1), sia dei rimedi demolitori, tra i quali rientrano la risoluzione e il recesso[17]. In relazione a quest'ultima categoria, con il d.lgs. n. 36 del 2023, il legislatore ha provveduto a dare attuazione all'art. 44 della direttiva n. 2014/23/UE che, quindi, ad oggi, trova piena positivizzazione nel nostro ordinamento.

A differenza di quanto accadeva nella vigenza del precedente Codice, risoluzione e recesso sono disciplinati in un unico articolo, nel quale vi è una netta separazione tra le disposizioni dedicate all'una e all'altra fattispecie. Infatti, i primi tre commi dell'art. 190 sono dedicati alla regolazione della risoluzione, i restanti, invece, al recesso.

Venendo al testo delle disposizioni, l'art. 190, co. 1, tratteggia alcune ipotesi di risoluzione, da qualificarsi come speciali rispetto a quelle ordinarie previste dal Codice Civile, incentrate sostanzialmente su gravi violazioni procedurali relative all'aggiudicazione. Nello specifico, la norma legittima l'ente concedente a dichiarare risolta la concessione in corso di rapporto in tre casi, ossia, in primo luogo, quando la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione; in secondo luogo, quando il concessionario si trovava, al momento dell'aggiudicazione del contratto, in una situazione che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla procedura di aggiudicazione; infine, in terzo luogo, quando la Corte di giustizia UE constata, nel corso di una procedura di infrazione *ex* art. 258 TFUE, che uno Stato membro ha violato uno degli obblighi su di lui incombenti in virtù dei trattati europei per il fatto che un ente concedente appartenente allo

[14] Cfr. G.F. CARTEI, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario* cit., p. 46, il quale osserva che «*il baricentro di ogni revisione negoziale, infatti, risulta costituito dai presupposti e condizioni di base dell'equilibrio economico-finanziario siccome determinato dall'originario contratto concessorio. Riesce, pertanto, difficile immaginare che una disciplina, plasmata sui principi del diritto europeo in materia di ripartizione dei rischi, la quale condiziona a precisi presupposti l'eventuale corresponsione di un prezzo, che qualifica i presupposti e le condizioni di base per l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della gestione come parti integranti della disciplina contrattuale possa fornire lo strumento per addossare alla parte pubblica il rischio economico per ogni circostanza diversa dall'inadempimento del concessionario*».

[15] Cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 413.

[16] Cfr. M. CERUTI, *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 6, p. 640, osserva che la direttiva n. 2014/23, nel disciplinare e consentire la modifica della concessione, non specifica chi si debba far carico del relativo rischio tra Amministrazione ed operatore economico privato.

[17] Per una panoramica dei rimedi esperibili in fase di esecuzione di una concessione, cfr. E. CAMPAGNANO, *Gli strumenti per la gestione della fase esecutiva delle concessioni*, in *Contratto e impresa*, 2023, fasc. 2, pp. 574 ss..

Stato membro in questione ha aggiudicato la concessione in oggetto senza adempiere gli obblighi previsti dai trattati europei e dalla direttiva 2014/23/UE.

Passando al successivo co. 2, la norma definisce il regime generale cui è soggetta la risoluzione del contratto sottostante all'operazione di PPP, stabilendo espressamente che «*la risoluzione della concessione per inadempimento dell'ente concedente o del concessionario è disciplinata dagli articoli 1453 e seguenti del codice civile*». Il medesimo comma, peraltro, impone che il contratto preveda, per il caso di inadempimento, una clausola penale di predeterminazione del danno e i criteri per il calcolo dell'indennizzo, con una evidente finalità di predeterminazione *ex ante* delle conseguenze patrimoniali dell'inadempimento e, soprattutto, di deflazione del contenzioso.

La specificazione secondo la quale, in caso di risoluzione, trovano applicazione in via generale gli artt. 1453 ss. c.c. appare quantomai opportuna, se si considera che la giurisprudenza, all'opposto, si era assestata su una posizione più pragmatica, nel senso di imporre la ricerca della necessità di ricorrere a tali disposizioni solo se il caso concreto lo richiedesse[18]. Detto altrimenti, la giurisprudenza sembrava ancora legata all'idea che la concessione dovesse configurarsi in termini non pienamente contrattuali e che, pertanto, l'applicazione del Codice Civile non fosse automatica, tesi che rischiava, in definitiva, di riflettersi sulla buona riuscita dell'operazione di Partenariato Pubblico-Privato[19].

Venendo alle questioni procedurali, l'art. 190, co. 3, detta le regole per far sì che l'esercizio della facoltà di risoluzione produca i propri effetti nei confronti dei destinatari. Il primo passo che l'Amministrazione deve compiere, nei casi che comporterebbero la risoluzione di una concessione per cause imputabili al privato, è comunicare per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori la propria intenzione di risolvere il rapporto concessorio.

A questo punto, tuttavia, la risoluzione non opera ancora *ex lege*, in quanto, a seguito della comunicazione, si apre una fase eventuale entro la quale enti finanziatori, titolari di obbligazioni e titolari di titoli analoghi emessi dal concessionario possono evitare di subire le conseguenze demolitorie da parte dell'Amministrazione. Infatti, entro un termine di centoventi giorni decorrenti dal ricevimento della comunicazione, tali soggetti possono

---

[18] Cfr. E. CAMPAGNANO, *Gli strumenti per la gestione della fase esecutiva* cit., p. 600, il quale evidenzia che «*il Consiglio di Stato ha adottato un approccio casistico in ordine all'applicabilità alle concessioni degli istituti civilistici dell'inadempimento (1453 c.c.) dell'eccessiva onerosità (1467 c.c.) ovvero impossibilità sopravvenuta (1463 c.c.), volto alla concreta verifica del tipo di petitum e di causa petendi oggetto del giudizio*».

[19] Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653, ha affermato che la natura contrattuale della concessione-contratto di lavori e servizi pubblici «*non comporta di per sé la diretta applicazione delle norme del c.c. in tema di obbligazioni e contratti, pertanto l'esperibilità dell'azione di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta richiede un esame in concreto in ordine all'applicabilità dell'istituto ai contratti della P.A., non essendo diretta conseguenza della "espressa natura contrattuale" riconosciuta dall'art. 3 d.lgs. 163 del 2006. Il rapporto amministrazione-concessionario, in ragione delle sue peculiarità originate dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, non ricade in modo immediato, e tanto meno integrale, nell'ambito di applicazione delle disposizioni del codice civile le quali, se possono certamente trovare applicazione in quanto compatibili ovvero se espressamente richiamate, tuttavia non costituiscono la disciplina ordinaria di tali convenzioni, né ciò è indicato dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 e, in particolare, dal suo art. 11. In tale contesto, posto che, nell'ambito del succitato art. 11, sotto la comune dizione di "accordi" coesistono sia "contratti" propriamente detti, sia "accordi procedimentali", l'applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi della P.A. (riconducibili o meno alla generale figura del contratto), trova in ogni caso un limite e, dunque, una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell'esercizio di potestà pubbliche e nelle finalità di pubblico interesse, cui le stesse sono teleologicamente orientate* […] *La domanda di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità, riferita ad un contratto di concessione di lavori pubblici., dunque, si iscrive nell'orizzonte giuridico sin qui ricostruito e, nella verifica della sua fondatezza (o meno), occorre tenere inevitabilmente conto sia del sinallagma (e quindi del complesso delle obbligazioni reciprocamente assunte e delle prestazioni ad esse connesse), sia, in tale ambito, del particolare aspetto rappresentato dal fatto che il corrispettivo della prestazione resa dal privato alla pubblica amministrazione si consegue non già attraverso il pagamento (ad un prezzo originariamente pattuito) delle prestazioni rese nel corso della successiva esecuzione del contratto, bensì per il tramite dell'utile derivante dalla gestione dell'attività di pubblico servizio*».

indicare un operatore economico idoneo a subentrare nella concessione che sia in possesso delle caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro.

Al privato che subentra, spetta uno specifico compito, ossia assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dall'ente concedente. Il subentro dell'operatore economico, in ogni caso, ha effetto da quando l'ente concedente presta il consenso.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato, tale privilegio, definito come "*step in right*", già contemplato nel Codice del 2016, è evidentemente inteso a favorire il finanziamento del PPP, a discapito, tuttavia, della flessibilità pattizia attribuibile alle parti[20]. Il fatto che il subentro acquisti efficacia dal momento in cui la P.a. presta il proprio consenso fa propendere per l'idea che si tratti di una dinamica assimilabile alla cessione del contratto[21] che, a differenza della disciplina civilistica di cui all'art. 1406 c.c., non è rimessa alla discrezionalità delle parti[22].

Al co. 4, invece, l'art. 190 detta la disciplina dedicata all'altro istituto di carattere demolitorio, ossia il recesso. La disposizione si caratterizza già a livello definitorio per il fatto che l'esercizio di poteri da parte della P.a. per «*motivi di pubblico interesse*» prende il nome di "recesso" e non più di "revoca".

Sul punto, è opportuno dare evidenza delle parole del Consiglio di Stato, il quale ha voluto precisare che «*il termine recesso ha preso il posto del termine 'revoca' per indicare l'atto con cui una parte (nella specie, l'ente concedente) può sciogliersi unilateralmente dal vincolo di un contratto di concessione*». Anche nella legge n. 241 del 1990, infatti, «*la revoca è termine che attiene all'atto amministrativo (art. 21-nonies) e non al contratto, per il quale si parta di 'recesso' (art. 21-sexies)*».

Tale scelta è rilevante poiché testimonia il processo di "contrattualizzazione" che sta ormai da tempo attraversando l'istituto della concessione. Prima del definitivo cambio di paradigma avvenuto con la direttiva n. 2014/23/UE, infatti, non vi era dubbio che la revoca potesse essere ammessa nelle concessioni «*dove il contratto è accessivo al provvedimento concessorio e ne dipende direttamente, fondandosi su ciò anche la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia, considerato che nelle concessioni il modulo consensuale è sempre sostitutivo di poteri autoritativi (Cass. Sez. un. ord. n. 8094 del 2007)*» (Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14)[23].

---

[20] In luogo dello "*step in right*" dettato dal Codice, fondato sulla decisione unilaterale della P.a., si sarebbe potuto disciplinare lo "*step in right* dinamico", fondato sul dialogo tra le parti. Per un approfondimento, cfr. C. GIORGIANTONIO e V. GIOVANNIELLO, *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Questioni di Economia e Finanze (Occasional Papers)*, n. 56, novembre 2009.

[21] In termini, A. LIROSI, *Articolo 190 Risoluzione e recesso*, in (a cura di) A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 1496.

[22] Cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 408, il quale rileva che l'art. 190 prevede in favore del soggetto designato dai finanziatori una cessione *ex lege* del rapporto concessorio, subordinata all'accettazione del concedente, che «*tuttavia non è discrezionale come nella fattispecie di cui all'art. 1406 c.c., ma vincolata non potendo negarsi in presenza del positivo accertamento dei presupposti richiesti dalla norma*».

[23] Sempre in Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14, emerge nettamente la differenza con l'appalto, già qualificato come contratto, nei confronti del quale, pertanto, già al tempo non era ammessa la revoca nel corso della fase esecutiva del rapporto. Tale soluzione si fondava sull'idea per cui «*la posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono. Ciò rilevato ne consegue che deve ritenersi insussistente, in tale fase, il potere di revoca, poiché: presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in*

Ciò posto, l'art. 190, co. 1, specifica, in modo dettagliato, quali sono le somme che spettano al concessionario. Si tratta, nello specifico, del (*i*) valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario (lett. *a*)); dei (*ii*) costi sostenuti o da sostenere in conseguenza del recesso, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse (lett. *b*)); infine, di (*iii*) un indennizzo a titolo di mancato guadagno compreso tra il minimo del 2 per cento ed il massimo del 5 per cento degli utili previsti dal piano economico-finanziario, in base ad una valutazione che tenga conto delle circostanze, della tipologia di investimenti programmati e delle esigenze di protezione dei crediti dei soggetti finanziatori[24] (lett. *c*)).

Il Consiglio di Stato ha messo in evidenza che tale ultima lettera della disposizione è stata volutamente modificata rispetto alla analoga precedente formulazione, dove si prevedeva un indennizzo «*pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico-finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione*» (art. 174, co. 6, lett. *c*), d.lgs. n. 50 del 2016). La ragione dell'intervento è da rintracciare nella volontà di evitare una "sovra-compensazione" degli investimenti sostenuti dai privati e tale specificazione, nella logica della "responsabilizzazione" del privato, assume un'evidente rilevanza.

Allo stesso modo, è assai rilevante quanto previsto dall'art. 190, co. 6, che, in linea con quanto appena evidenziato, disciplina la prosecuzione della gestione a seguito dell'esercizio della facoltà di recesso, e ciò al fine di garantire continuità all'attività di pubblico interesse. Nello specifico, la disposizione, che trova applicazione in tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario, attribuisce a quest'ultimo il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera e di incassarne i ricavi da essa derivanti sino all'effettivo pagamento delle somme dovute da parte dell'Amministrazione, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento e di ristoro dei correlati costi.

In linea con questi aspetti patrimoniali, il co. 7 prevede espressamente che «*l'efficacia del recesso dalla concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'ente concedente delle somme*» dovute al privato.

Dalla lettura della norma emerge un dato ben preciso, ossia che l'Amministrazione, in sede di esecuzione di una concessione e, quindi, di una operazione di Partenariato Pubblico-Privato, non può esercitare nessun potere di revoca di carattere autoritativo. Lo stesso Consiglio di Stato ha voluto sottolineare tale aspetto, evidenziando che «*i mobili e (ancora) incerti confini tra i poteri privatistici di risoluzione e quelli pubblicistici di autotutela è rimesso al punto di equilibrio che sarà individuato, nell'esercizio delle rispettive funziono nomofilattiche, dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato*».

---

quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità (Cass. n. 391 del 2011 cit.; Cons. Stato, Sez. V, 18 settembre 2008, n. 4455); la specialità della previsione del recesso di cui al citato art. 134 del codice preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca». Pertanto, non si può ritenere che «*sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione ex nunc del rapporto negoziale)*».

[24] Sul punto, la norma evidenzia che «*in ogni caso i criteri per l'individuazione dell'indennizzo devono essere esplicitati in maniera inequivocabile nell'ambito del bando di gara ed indicati nel contratto, tenuto conto della tipologia e dell'oggetto del rapporto concessorio, con particolare riferimento alla percentuale, al piano economico-finanziario e agli anni da prendere in considerazione nel calcolo*».

Sulla base di tale considerazione, il legislatore ha quindi deciso di non riprodurre nell'art. 190 «*il riferimento alle norme in tema di autotutela, il cui rinvio generico aveva alimentato dubbi sui rapporti con le ipotesi espressamente previste dalla direttiva europea*». Detto altrimenti, non ha trovato soluzione il problema dell'individuazione del Giudice dotato della necessaria giurisdizione per risolvere eventuali controversie sul punto.

L'orientamento della Cassazione è quello per cui «*in tema di concessioni di servizi, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, successiva all'aggiudicazione, sia se implicanti la costruzione (e gestione) dell'opera pubblica, sia se non collegate all'esecuzione di un'opera, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, al quale spetta di giudicare sugli adempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario, nonchè di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla determinazione del corrispettivo; resta ferma, invece, la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione, sia pure successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di eventuali altri poteri riconosciuti dalla legge, o comunque adotti atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. n. 241 del 1990, oltre che nei casi tassativamente previsti (così l'ordinanza 18 dicembre 2018, n. 32728)*» (Cass. Civ., sez. un., 27 novembre 2019, n. 31027). In tema di concessioni, quindi, la giurisdizione del giudice ordinario si radica quando, nella fase esecutiva del contratto, si tratta di decidere su questioni riguardanti indennità, canoni e altri corrispettivi, nonché questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della concessione e le conseguenze risarcitorie - vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti -, mentre resta ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui la P.a. eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge[25].

La scelta operata dal d.lgs. n. 36 del 2023 di estendere espressamente alla fase esecutiva della concessione l'applicazione delle disposizioni del Codice Civile non è, quindi, corredata da una volontà precisa circa l'attribuzione della giurisdizione in caso di insorgenza di controversie[26]. La questione non è secondaria, poiché, nell'ottica di una operazione di Partenariato Pubblico-Privato, vi sono delle implicazioni precise.

In primo luogo, adire il Giudice ordinario o quello amministrativo determina conseguenze pratiche molto rilevanti e tra loro eterogenee, che vanno dalla tipologia e modalità delle questioni affrontate finanche alle tempistiche del processo stesso, con inevitabili conseguenze in termini di perseguimento del "risultato". In secondo luogo, su un piano più astratto, l'aspetto processuale impatta anche sul rapporto tra Pubblico e privato, dal momento che

[25] Nel caso di specie affrontato da Cass. Civ. sez. un., 27 novembre 2019, n. 31027, parte attrice aveva chiesto al Giudice amministrativo l'annullamento della determinazione dirigenziale con la quale il comune aveva deciso di risolvere - in forza di un potere contrattualmente stabilito - il contratto *inter partes* di concessione, finalizzata alla realizzazione di un parcheggio interrato multipiano, quale punto di arrivo di una procedura di *project financing*, dove il concessionario viene remunerato con il diritto di gestire e sfruttare economicamente l'opera oggetto della concessione. In applicazione del principio sopra ricordato, la Suprema Corte di cassazione ha ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice ordinario. Di recente, Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2023, n. 1518, ha ribadito che «*in tema di concessione di servizi pubblici la giurisdizione del giudice ordinario, riguardante le indennità, i canoni e altri corrispettivi, nella fase esecutiva del contratto di concessione, si estende alle questioni inerenti l'adempimento e l'inadempimento della concessione, nonché alle conseguenze risarcitorie, vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge (in termini, tra le tante, Cass., SS.UU., 8 luglio 2019, n. 18267; SS.UU., 9 agosto 2018, n. 20682).* [S]*petta al giudice ordinario di giudicare sulle questioni inerenti all'adempimento e/o all'inadempimento della concessione, e sui relativi effetti e conseguenze, anche di natura risarcitoria, con cognizione diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario (Cass., SS.UU., 18 dicembre 2018, n. 32728)*».

[26] Sul punto, si rinvia integralmente a A. LIROSI, *Articolo 190* cit., p. 1497.

dinanzi al G.A. la P.a. si atteggia a soggetto sovraordinato al privato, viceversa, dinanzi al G.O., le parti sono su un piano di (quantomeno formale) parità.

Di qui, ne derivano anche riflessioni in termini di flessibilità e responsabilizzazione, che si adattano in modo sensibilmente diverso a seconda che si aderisca all'una o all'altra prospettiva. In linea con l'impostazione assunta nel presente scritto, è preferibile una lettura in chiave "privatistica" della natura dei rimedi e delle correlate posizioni giuridiche qualificate dei soggetti coinvolti nell'operazione di PPP, in ragione della flessibilità che tale ottica lascia alle parti in causa.

3. Il subentro.

Il Codice dei contratti pubblici vigente si preoccupa di normare la specifica disciplina dei profili patrimoniali connessi al subentro di un concessionario ad un altro, andando a riempire un vuoto regolativo del codice del 2016 che non contemplava tale ipotesi. Si tratta, in sostanza, della versione "fisiologica" del subentro, contrapposta a quella "patologica" disciplinata dall'art. 190, co. 4, del Codice stesso[27].

Come già visto, infatti, il d.lgs. n. 36 del 2023 contempla specifiche ipotesi al verificarsi delle quali è applicabile da parte dell'Amministrazione il rimedio di carattere demolitorio del recesso, cui i soggetti interessati possono opporsi indicando un soggetto idoneo a subentrare al concessionario uscente. L'art. 191 del Codice, invece, si occupa del subentro di un nuovo operatore economico privato nell'ipotesi in cui la concessione sia arrivata alla sua naturale scadenza.

Il co. 1, pertanto, prevede espressamente che «*alla scadenza del periodo di affidamento e in conseguenza del nuovo affidamento, le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali per la prosecuzione del servizio, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, sono assegnati al nuovo gestore*». La medesima regola vale, in realtà, anche per l'ipotesi di cessazione anticipata del rapporto concessorio.

Il successivo co. 2, invece, impone la cessione al nuovo gestore dei beni strumentali realizzati in attuazione dei piani di investimento concordati con l'ente concedente.

Il co. 3, poi, stabilisce che «*fatte salve le discipline di settore, nel caso di durata dell'affidamento inferiore rispetto al tempo di recupero dell'ammortamento oppure di cessazione anticipata, per causa non attribuibile al concessionario, si prevede, a carico del gestore subentrante, un indennizzo pari al valore contabile non ancora ammortizzato, rivalutato attraverso pertinenti deflatori fissati dall'ISTAT e al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili agli investimenti stessi*». I criteri di determinazione dell'indennizzo sono indicati nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione[28].

---

[27] Cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 409.

[28] Cfr. M. BALDI, *L'esecuzione delle concessioni* cit., p. 409, il quale pone il problema per cui non è chiaro il coordinamento di questo indennizzo, a carico del subentrante, con quelli previsti nelle altre ipotesi a carico del concedente, in particolare con quello di cui al comma 4, lett. a) dell'art. 190, richiamato dall'art. 192, comma 4, il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, attesa la coincidenza dell'oggetto con il "valore contabile non ancora ammortizzato" di cui al comma 4 dell'art. 191 che evidentemente si riferisce agli investimenti in opere. Secondo l'A., al fine di evitare sovrapposizioni o duplicazioni degli indennizzi, considerato che «*quelli relativi alle ipotesi di recesso sono a carico dell'amministrazione concedente, mentre questi disciplinati dall'art. 191 a carico di subentrante, è auspicabile una preventiva determinazione degli elementi relativi agli indennizzi, anche riguardo al soggetto cui fanno carico in sede di bando. Invero l'art. 190, comma 4, lett. c) prevede l'esplicitazione dei criteri per l'individuazione dell'indennizzo in maniera inequivocabile nell'ambito del bando di gara e l'indicazione nel contratto, tenuto conto della tipologia dell'oggetto del rapporto concessorio e degli altri elementi attinenti all'equilibrio economico finanziario, soltanto con riferimento all'indennizzo a titolo di mancato guadagno. Invece l'art. 191, comma 3 prevede*

Infine, l'art. 190, co. 4, introduce una disciplina transitoria, stabilendo che restano salvi eventuali diversi accordi tra le parti stipulati prima dell'entrata in vigore del Codice. Sul punto, il legislatore sembra fare riferimento alle pattuizioni che, nella vigenza del d.lgs. n. 50 del 2016, le parti dovevano fare tra loro per sopperire all'assenza di una disciplina specifica.

La giurisprudenza più avanzata ha analizzato questa specifica fase del contratto, che potremmo definire "post-contrattuale", mettendone in luce i tratti caratterizzanti. Il primo dato che emerge è quello per cui le parti avevano – al pari di quanto accade oggi - un ampio margine di flessibilità nel rapportarsi le une alle altre.

In particolare, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza anteriore al Codice vigente – formatasi su ipotesi specifiche (come le concessioni autostradali) ma con considerazioni estendibili a tutte le tipologie di concessioni -, una volta scaduto il termine di efficacia del contratto, si apre una nuova fase (quella post-contrattuale) in cui le parti continuano a essere in rapporto tra loro poiché permangono reciproci interessi (derivanti dal contratto scaduto ma il cui assetto non è direttamente regolato da questo), la cui realizzazione è possibile solo mediante la reciproca collaborazione.

Detta fase, destinata a durare dalla scadenza della concessione e fino alla individuazione del concessionario subentrante, pone la questione circa la determinazione della remunerazione dovuta al concessionario per l'attività svolta. Secondo il Consiglio di Stato, per essa si deve aver chiaro che «*i compiti svolti dalla concessionaria che prosegue la gestione oltre il termine di durata* […] *sono ridotti sul piano degli obblighi di investimento e del rischio operativo, e per questo non possono essere remunerati allo stesso modo in cui è remunerata la gestione del concessionario nel periodo di vigenza della concessione stessa*» (Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2021, n. 7478).

Detto altrimenti, pur se il rapporto concessorio è ancora fondamentalmente disciplinato dalla convenzione, non è possibile applicare pedissequamente, nelle more dell'affidamento della concessione, le regole che la convenzione scaduta prevede in punto di condizioni economiche e di contenuto del piano economico-finanziario del periodo transitorio, per essere in questo periodo in parte mutati i compiti del concessionario. Per questa parte, quindi, appare necessario e corretto calibrare il contenuto del PEF dedicato al periodo transitorio, in relazione alle diverse funzioni, compiti gestori, investimenti assentiti che gravano (o siano gravati) sul concessionario.

Sempre secondo i Giudici amministrativi, la constatazione circa l'assenza di una specifica disciplina applicabile alla fase post-contrattuale «*non comporta il riconoscimento in capo all'amministrazione concedente del potere di determinare unilateralmente la retribuzione di tali obbligazioni postcontrattuali o comunque di modificare unilateralmente la disciplina della convenzione*». In assenza di una norma di fonte legislativa, non è sufficiente, pertanto, l'appello alla necessità di perseguimento dell'interesse pubblico generale, né la necessità di attivarsi e disciplinare situazioni che potrebbero comportare un rischio per lo stesso interesse pubblico o per la finanza pubblica.

In presenza di una incompleta disciplina della fase post-contrattuale, nelle more del subentro del nuovo concessionario, risponde alla clausola generale di buona fede, che informa la condotta tra i contraenti fino a quando permanga tra loro un rapporto, l'insorgenza di un obbligo di negoziazione tra le parti.

---

tale specificazione nel bando o nella lettera di invito relativi alla gara indetta per il successivo affidamento a seguito della scadenza o della cessazione anticipata della gestione, dunque per la procedura di gara all'esito della quale sarà designato il soggetto subentrante. Pertanto è possibile un coordinamento in sede di predisposizione dei bandi, prevedendo sin dalla procedura iniziale, anche le ipotesi ed i criteri degli indennizzi a carico del subentrante».

In estrema sintesi, quindi, nessuna delle due parti del rapporto concessorio può imporre all'altra, indipendentemente dalla forma assunta, alcuno specifico obbligo contrattuale relativo al periodo di proroga intercorrente tra la scadenza della precedente concessione e il subentro del nuovo concessionario. Lo strumento principale attraverso il quale la concessionaria può far valere le proprie ragioni economiche, in relazione alle corrispondenti variazioni delle condizioni della concessione, è costituito dalla revisione del Piano Economico Finanziario, che concretizza l'obbligo di negoziazione incombente sulle parti e presuppone che le parti cooperino fra loro per l'individuazione di una soluzione per la gestione delle sopravvenienze che consenta loro di identificare la soluzione più soddisfacente per la realizzazione dei propri obiettivi (TAR Napoli, sez. I, 21 gennaio 2022, n. 429)[29].

Ecco, allora, che anche per quanto riguarda la disciplina del subentro, assume un ruolo essenziale la gestione dell'equilibrio economico-finanziario. Dall'art. 191, infatti, sembra emergere la volontà del legislatore di far proseguire il rapporto concessorio nell'ottica del più volte richiamato principio del risultato, e ciò all'evidente fine di garantire la continuità del servizio pubblico.

La norma, tuttavia, essendo di recente introduzione, dovrà dimostrare in futuro, per via empirica, la propria effettiva portata e utilità. Per il momento, è solo attraverso un confronto con la giurisprudenza esistente in tema di subentro nei contratti pubblici che è possibile trarre qualche conclusione utile per poter individuare quali siano i margini di flessibilità in capo alla P.a. e quelli di responsabilizzazione in capo al privato.

Per rispondere, si può osservare che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, un soggetto terzo non può subentrare in una concessione ovvero in parte di essa senza la preventiva autorizzazione dell'autorità concedente (Cons. Stato, VI, 20 marzo 2007, n. 1320). Secondo il Giudice amministrativo «*è, infatti, legittimo il requisito della preventiva autorizzazione dell'atto di cessione del ramo d'azienda o di qualsiasi altro titolo idoneo a determinare il subingresso nella concessione demaniale poiché spetta all'amministrazione verificare se il predetto subentro continui ad assicurare l'interesse pubblico che giustifica costantemente l'attività concessoria di beni demaniali, la quale non può dar luogo ad una mera disponibilità individuale del bene pubblico, non connotata da un preciso titolo giustificativo che la renda meritevole di pervenire alla sottrazione del bene stesso al libero uso della collettività*» (TAR Lazio, sez. II, 19 giugno 2018, , n. 6855).

Del pari, la giurisprudenza amministrativa è costante nel negare l'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso ai procedimenti di natura concessoria, configurando una sorta di fenomeno derivativo, rispetto al quale non opera il silenzio assenso, occorrendo, invece, un provvedimento espresso in funzione di controllo circa la qualificazione e l'idoneità del subentrante (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2021, n. 55; Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2020, n. 6333). In altri termini, «*va esclusa l'operatività del silenzio assenso ai fini del subentro nella concessione demaniale, "occorrendo invece un provvedimento espresso" (Cons. Stato, V, 4 gennaio 2018, n. 52; Cons. Stato, V, 4 gennaio 2021, n. 55; Cons. Stato, V, 16 febbraio 2017, n. 688)*» (Cons. Stato, sez. VII, 4 aprile 2024, n. 3071).

[29] TAR Napoli, sez. I, 21/01/2022, n.429 cit, ha quindi rilevato che, a fronte dell'evento sopravvenuto, rappresentato dalla lunga proroga del rapporto concessorio, le parti siano avvinte da un reciproco obbligo di collaborazione, fondato sulla buona fede, per individuare la disciplina concretamente applicabile in tale periodo e che la predisposizione di un nuovo p.e.f. concretizza l'obbligo di negoziazione incombente sulle parti e presuppone che le parti cooperino fra loro per l'individuazione di una soluzione per la gestione delle sopravvenienze che consenta loro di identificare la soluzione più soddisfacente per la realizzazione dei propri obiettivi.

Alla luce della giurisprudenza sino a qui osservata, appare evidente che l'istituto del subentro disciplinato dall'art. 191, che comunque si applica a casistica diversa da quella invalsa nella prassi, è caratterizzato da ampi margini di flessibilità. La ragione dell'elasticità concessa dal legislatore va sicuramente rinvenuta nell'esigenza di far proseguire il contratto in funzione della continuità dell'attività di interesse pubblico, e ciò ha un evidente impatto sull'operazione di Partenariato Pubblico-Privato globalmente intesa.

PARTE III

L'*EXÉCUTION DU MARCHÉ DE PARTENARIAT*

1. In via preliminare: il *marché de partenariat* come *contrat administratif*.

Nell'ordinamento francese, il *marché de partenariat* nasce espressamente come "*contrat administratif*" [1], ossia un contrato attraverso il quale lo Stato o gli enti territoriali, in deroga a quanto previsto dalla disciplina generale sui contratti pubblici, possono "*confie à un tiers*" prestazioni di vario tipo. La genesi, lo sviluppo e le implicazioni di tale qualifica classificatoria rappresentano un tratto caratteristico della *commande publique* rispetto all'ordinamento italiano (*supra*, Cap. I, §5) e, per tale ragione, l'analisi relativa alla fase esecutiva di un contratto di *partenariat* non può prescindere dal considerare le caratteristiche precipue dell'intera categoria dei *contrats administratifs*.

Su questo specifico aspetto, la norma di riferimento è l'art. L. 6 del *Code de la commande publique*, il quale, da un lato, individua quando si possa parlare di contratto "*administratif*" e, dall'altro, tratteggia le caratteristiche che gli accordi che ricadono in tale categoria possiedono.

In relazione al primo punto, la disposizione stabilisce che «*sils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses*».

Come evidente, il parametro cui fare riferimento per classificare un accordo come *contrat adminsitratif* attiene ad un criterio di tipo soggettivo, poichè tale qualifica ricorre tutte le volte che il contratto è concluso da un soggetto di diritto pubblico. Ciò spiega perché, nel sistema francese, la grande maggioranza dei contratti sono "amministrativi" e, soprattutto, perché prevale l'idea che sia la legge – da intendersi come l'art. L. 6 – a stabilire quando un contratto possa essere qualificato come "*administratif*"[2].

Qualora non sia la legge a classificare in tal senso un accordo, si applicano in via suppletiva specifici criteri elaborati dalla giurisprudenza. Stando all'elaborazione classica, un contratto concluso da un soggetto di diritto pubblico ricade tra i *contrats administratif* quando soddisfa due condizioni: la prima è che deve comprendere clausole che non attengono al diritto comune (*Conseil d'État* 31 luglio 1912, *Sté des granits porphyroïdes des Vosges*), nel senso che «*qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs*» (T. confl. 13 ottobre 2014, *SA AXA France IARD*, n° 3963); la seconda è che deve avere ad oggetto l'esecuzione di un servizio pubblico (*Conseil d'État*, 20 aprile 1956, *Bertin*).

Muovendo da tali criteri, vi è da dire che la giurisprudenza è giunta, infine, ad una nozione alquanto estensiva di *contrat administratif*, includendo nella nozione anche fattispecie che non sono strettamente corrispondenti ai criteri sopra elencati. A titolo di esempio, si pensi al fatto che sono stati considerati "amministrativi", da un lato, contratti accessori a contratti

[1] Sulla portata di tale nozione, tipica del sistema francese, cfr. Y. GAUDEMET, *Qualifier de contrats administratifs tous les contrats de la commande publique: une «simplification» contre nature?*, *RDC*, 2024, fasc. 2.

[2] Cfr. A. MENEMENIS, *Code de la commande publique. Annoté & commenté*, Dalloz, 2024, p. 19, dove si legge che «*en vertu de l'article L. 6, les contrats de la commande publique sont, dans leur grande majorité, des contrats administratifs par détermination de la loi. Tel est le cas, en effet, de tous les contrats conclus par des personnes morales de droit public*».

amministrativi in senso stretto[3] e, dall'altro, accordi raggiunti tra privati, dei quali almeno uno ha agito per contro di un soggetto pubblico[4].

Ciò dimostra che, a ben vedere, le fortune e, soprattutto, la diffusione della nozione di "*contrat administratif*" ha attraversato fasi alterne e non sempre così estese come si potrebbe pensare[5]. Infatti, è solo a partire dalla *loi* n° 2001-1168 dell'11 dicembre 2001, c.d. "*loi MURCEF*", e, specificamente, attraverso l'art. 2 ivi contenuto, che il legislatore ha espressamente previsto che «*les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs*».

Ciò significava che, per legge, si inizia ad estendere il concetto di contratto amministrativo nell'ordinamento francese. A ben vedere, tuttavia, il primo esperimento ha avuto una portata limitata poiché, come evidenziato dalla giurisprudenza, l'art. 2 citato non comprendeva i contratti «*conclus à la seule initiative des cocontractants selon l'une des procédures prévues par le code des marchés publics, lorsque ces marchés n'entrent pas dans le champ du code des marchés publics*» (*Conseil d'État*, parere, 29 luglio 2002, *Sté MAJ Blanchisserie de Pantin*, n° 246921 A)[6].

---

[3] A titolo esemplificativo, si ricorda il "*contrat de cautionnement du titulaire d'un marché de travaux publics*" secondo quanto previsto da *Conseil d'État*, 22 marzo 1974, *Banque Alexandre de Saint-Phalle et Cie*, n° 81721 A.

[4] A. MENEMENIS, *Code de la commande publique* cit., p. 19, ricorda che, allo stesso modo, «*du fait de leur objet, certains contrats étaient regardés comme administratifs bien que passés par deux personnes privées: ainsi de marchés conclus par une société d'économie mixte concessionnaire pour la construction d'une autoroute (T. confl. 8 juill. 1963, Sté entr. Peyrot); le Tribunal des conflits a cependant abandonné cette dernière jurisprudence (V. T. confl. 9 mars 2015, Mme Rispal c/ Sté Autoroutes du Sud de la France, n° 3984 A)*».

[5] Sul punto, A. MENEMENIS, *Code de la commande publique* cit., p. 20, osserva che «*la place des contrats administratifs dans les contrats de la commande publique n'a pas toujours été aussi dominante. Certes, certains contrats, comme les délégations de service public, remplissaient les critères jurisprudentiels du contrat administratif. Par ailleurs, la loi du 28 pluviôse an VIII sur la division du territoire et l'administration avait voulu que tous les contrats relatifs à l'exécution d'un travail public fussent des contrats administratifs (la jurisprudence ayant quant à elle précisé qu'un travail public est soit un travail exécuté pour le compte d'une personne publique dans un but d'intérêt général – CE 10 juin 1921, Cne de Monségur: GAJA 240, – soit un travail réalisé par une personne publique en vue d'un service public – T. confl. 28 mars 1955, Effimieff: GAJA 485). En outre, en vertu d'un décret-loi du 17 juin 1938, puis aux termes de l'article L. 2231-1 du code général de la propriété des personnes publiques, un contrat emportant occupation du domaine public est administratif. Du fait de ces dispositions, certains contrats de la commande publique étaient donc administratifs par détermination de la loi. Cependant, de nombreux marchés, même passés par des personnes publiques, étaient des contrats de droit commun, ainsi que le jugeaient tant la jurisprudence de la Cour de cassation que celle du Tribunal des conflits (par ex.: T. confl. 5 juill. 1999, Cne de Sauve, no 03142: Lebon 464; 5 juill. 1999, UGAP c/ Sté SNC Activ CSA, no 03167: Lebon 465; 14 févr. 2000, Cne de Baie-Mahaut et Sté Rhoddlams, no 03138: Lebon 747; 22 oct. 2001, Cne de Villepinte c/ Sté NRG France, no 3257: Lebon 748)*».

[6] *Conseil d'État*, *sect. avis*, 29 luglio. 2002, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*, n° 2469211, ha rilevato che «*aux termes des dispositions de l'art. 2 de la L. n° 2001-1168 du 11 déc 2001: «les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Toutefois, le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi». 1°) Il résulte de ces dispositions, qui ont pour objet, en vue d'une bonne administration de la justice, d'éviter que le contentieux des marchés publics puisse être porté, selon le cas, devant l'un ou l'autre ordre de juridiction, que le législateur n'a pas entendu opérer une distinction entre les marchés conclus en application du C. marchés dans la rédaction que lui a donnée le Décr. no 2001-210 du 7 mars 2001 et ceux qui ont été conclus en application de ce code dans sa rédaction antérieure et que seuls les litiges qui relevaient de la compétence du juge judiciaire avant la date d'entrée en vigueur de ces dispositions et ont été portés devant lui avant cette date demeurent de sa compétence. 2°) Aux termes du 1er al. du I de l'art. 1er C. marchés dans sa rédaction issue du Décr. du 7 mars 2001: «Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'art. 2, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (...)». Les marchés qui [étaient] conclus sans formalités préalables après l'entrée en vigueur du Décr. du 7 mars 2001, alors qu'ils entrent dans le champ d'application du C. marchés tel qu'il est défini par ses art. 1er et 2 précités issus de ce décret, réserve étant faite des exceptions prévues aux art. 3 et 4, ne peuvent l'être que par l'application des dispositions du code qui l'autorisent. Ils sont donc passés en application du C. marchés, au même titre que les marchés pour la passation desquels le code impose le respect de règles de procédure. Ces marchés demeurent du reste soumis aux principes généraux posés aux deuxième et troisième alinéas du I de l'art. 1er du code, selon lesquels «les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures» et «l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse». En revanche, l'art. 2 préc. de la L. du 11 déc. 2001 ne vise pas les marchés conclus à la seule initiative des*

Tuttavia, ai fini che qui rilevano, è interessante osservare che, da quel momento in poi, il legislatore francese ha inteso allargare il campo degli accordi rientranti nella categoria dei *contrat administratifs*, e tale circostanza è testimoniata dagli atti aventi valore di legge adottati successivamente. In tal senso, ciò che più conta è che, in linea con questa attitudine estensiva, anche il primo insieme di disposizioni dedicate solo ed esclusivamente al *partenariat public privé*, ossia l'*ordonnance* n° 2004-559 del 17 giugno 2004, ha provveduto a qualificare quello che - al tempo - era ancora un *contrat* come "*administratif*".

Il percorso avviato nel 2001 si è concluso, infine, con l'*ordonnance* n° 2015-899 del 23 luglio 2015 e l'*ordonnance* n° 2016-65 del 29 gennaio 2016 che hanno esteso l'ambito di applicazione della qualifica di "*administratif*" a tutti i contratti rientranti nella *commande publique*. Pertanto, ad oggi, i contratti pubblici sono "amministrativi" per legge e sono soggetti alle disposizioni dell'art. L. 6 del *Code*.

Di conseguenza, anche il *marché du partenariat*, che rientra a pieno titolo tra gli strumenti di contrattazione pubblica, ricade sotto l'egida di tale norma, la cui importanza risiede nelle disposizioni che caratterizzano la seconda parte dell'articolo. Si tratta di una serie di principi, valevoli per tutte le tipologie di contratti, che connotano e permeano in profondità la fase esecutiva di un contratto pubblico.

In termini positivi, l'art. L. 6 dispone espressamente che «*a ce titre:*

1° L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat;

2° Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public;

3° Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité;

4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat;

5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat».

Come emerge dal testo della norma, in essa sono racchiusi aspetti essenziali del regime generale dei contratti pubblici della *commande publique* francese. Si tratta, nello specifico, del (*i*) *pouvoir de contrôle* attribuito all'Amministrazione in sede di esecuzione del contratto; (*ii*) il principio della *continuité du service public*; (*iii*) il principio della *poursuit de l'exécution*; (*iv*) il potere di *modifier unilatéralement le contrat*; infine, (*v*) il potere di *résilier unilatéralement le contrat*.

Prima di procedere all'analisi di tali principi, la cui comprensione è funzionale all'analisi della disciplina dettata dal *Code de la commande publique* per la fase esecutiva del *marché de partenariat*, è opportuno evidenziare che, al pari di quanto accade nel Codice dei contratti pubblici italiano, l'art. L. 6 si colloca in apertura dell'intera disciplina. L'annotazione è rilevante poiché testimonia quanto anche nel sistema francese la regolamentazione dei

cocontractants selon l'une des procédures prévues par le C. marchés, lorsque ces marchés n'entrent pas dans le champ d'application de ce code. Pour les marchés conclus avant l'entrée en vigueur du Décr. du 7 mars 2001, le champ d'application de la règle fixée à l'art. 2 préc. de la L. du 11 déc. 2001 comprend les marchés qui étaient de nature à se voir appliquer les dispositions du code des marchés publics en vertu de dispositions particulières ou des règles jurisprudentielles applicables, y compris ceux qui échappaient aux règles de passation prévues par ce code du seul fait de leur montant».

contratti pubblici sia condizionata dal rispetto di principi guida, i quali sono ormai parte integrante della disciplina sostanziale di dettaglio.

Peraltro, l'analogia sistematica consente di porre in risalto con maggior facilità quale sia l'impostazione prescelta dal legislatore nazionale rispetto a quello del *Code*.

2. I principi che governano la fase dell'esecuzione del contratto pubblico.

L'art. L. 6 del *Code de la commande publique* racchiude principi che devono essere applicati a tutti i contratti stipulati secondo le disposizioni del *Code* stesso e, pertanto, queste si applicano ai *marché du partenariat*. Ai fini del presente scritto, l'importanza della norma risiede nel fatto che i principi citati permeano di valore le disposizioni dettate in tema di *exécution* e, pertanto, non è possibile prescindere da una loro – seppur sintetica – analisi.

In tal senso, occorre muovere dal presupposto per cui questi non trovano la propria origine nell'esperienza creativa del legislatore quanto, piuttosto, nella tradizione giurisprudenziale dell'ordinamento francese. Ciò significa, in definitiva, che per dare contenuto ai principi citati occorre fare riferimento, soprattutto, alle sentenze dei Tribunali amministrativi e del *Conseil d'État*.

Richiamando il contenuto dell'art. L. 6 (*supra*, Parte III, §1), la disamina non può che prendere le mosse dal *pouvoir de contrôle* attribuito all'Amministrazione in sede di esecuzione del contratto. Tale potere discende dal principio della «*délégation de service public*», il quale impone al concessionario di comunicare all'Amministrazione tutte le informazioni necessarie sui beni oggetto di concessione affinché questa possa svolgere il proprio potere di controllo.

In una nota sentenza, il *Conseil d'État*, esprimendosi sulle "*concessions de distribution d'électricité ou de gaz consenties par les collectivités territoriales*", ha dato contenuto al principio, stabilendo espressamente che dall'analisi delle norme rilevanti per il caso di specie[7] discende «*le concessionnaire est tenu, pour permettre à l'autorité concédante d'exercer son contrôle sur le service public concédé, de lui communiquer, à sa demande, toutes informations utiles, notamment un inventaire précis des ouvrages de la concession, avec la détermination de leur valeur brute, de leur valeur nette comptable et de leur valeur de remplacement; que, par suite, en jugeant que la société ERDF n'était pas tenue de communiquer à la commune de Douai un inventaire des biens de la concession, la cour a commis une erreur de droit; que, dès lors, son arrêt doit être annulé dans cette mesure*» (*Conseil d'État*, *ass.*, 21 dicembre 2012, *Cne de Douai*, n° 342788 A).

Passando al principio della *continuité du service public*, vi è da dire che esso è stato prima elevato a principio fondamentale dal *Conseil d'État* (Id., 18 luglio 1913, *Synd. Nat. des chemins de fer de France et des Colonies*) e, poi, a principio costituzionale dal *Conseil constitutionnel* (Id., 25 luglio 1979, n° 79-105 DC, *continuité du service public de la radiotélévision*).

[7] Il Conseil d'État ha espressamente preso in considerazione «*l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales [qui] dispose : " (...) les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité et de gaz en application de l'article 6 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie et de l'article 36 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions. / Les autorités concédantes précitées assurent le contrôle des réseaux publics de distribution d'électricité et de gaz. A cette fin, elles désignent un agent du contrôle distinct du gestionnaire du réseau public de distribution. / Chaque organisme de distribution d'électricité et de gaz tient à la disposition de chacune des autorités concédantes précitées dont il dépend les informations d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique utiles à l'exercice des compétences de celle-ci, dans les conditions prévues par les dispositions de l'article 20 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité et de l'article 9 de la loi du 3 janvier 2003 relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie. Il communique chaque année, notamment, la valeur brute, la valeur nette comptable et la valeur de remplacement des ouvrages concédés*».

A prescindere dal rango di tale principio, la giurisprudenza, in ogni caso, sembra aver trovato dei contemperamenti da applicarvi connessi alla natura contrattuale del rapporto che lega privato e Amministrazione. Infatti, in *Conseil d'État*, 3 marzo 2017, *Cne de Clichy-sous-Bois*, n° 398901, si può leggere che «*dans le cadre d'une concession, les principes de continuité du service public et d'égalité des usagers devant le service public ne s'imposent au concessionnaire que dans les limites de l'objet du contrat et selon les modalités définies par ses stipulations. Dans l'hypothèse où le bénéfice de la prestation est subordonné à l'existence d'une relation contractuelle avec le concessionnaire et au versement d'une rémunération, le concessionnaire n'est pas tenu, sauf stipulations contractuelles contraires, d'assurer sa mission au profit des usagers qui cessent de remplir les conditions pour en bénéficier. Par suite, la continuité du service public et l'égalité des usagers, si elles peuvent constituer un motif d'intérêt général justifiant une modification unilatérale du contrat par l'autorité concédante, dans le respect de son équilibre financier, ne peuvent, en revanche, justifier qu'il soit fait usage des stipulations du traité de concession relatives aux sanctions coercitives applicables au concessionnaire en cas de méconnaissance de ses obligations contractuelles et que, sur ce fondement, celui-ci soit mis en demeure de poursuivre une prestation non prévue par le contrat*».

Strettamente funzionale al principio della continuità del servizio è la "*théorie jurisprudentiel*" della *imprévision*. Si tratta di un principio nato in via pretoria - e ormai stabilmente presente nella codificazione della *commande publique* – secondo cui «*un événement imprévisible, extérieur aux parties, bouleversant l'économie du contrat peut conduire le juge à accorder au cocontractant une indemnité d'imprévision. Cette indemnité d'imprévision ne couvre pas toutes les pertes du cocontractant, mais seulement une partie – importante – de celles-ci. La situation d'imprévision est nécessairement une situation provisoire: le contrat doit pouvoir être exécuté aux conditions initiales une fois passé le moment critique. S'il est impossible de revenir à ces conditions, l'imprévision se transforme en force majeure*» (si è riportata la celebre sentenza di *Conseil d'État*, 30 marzo 1916, *Cie gén. d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928 A).

Anche oggi, per potersi configurare una fattispecie di *imprévision*, occorre che si concretizzino determinati requisiti. In primo luogo, è necessario che i fatti che abbiano dato vita allo squilibrio economico-finanziario del contratto siano "imprevisti" e, in ogni caso, non addebitabili alla condotta del concessionario. In secondo luogo, il concessionario è tenuto a continuare l'esecuzione del contratto, a prescindere dall'intensità degli eventi che hanno determinato la necessità di un intervento delle parti.

L'*imprévision* si fonda, in sostanza, sulla possibilità che il soggetto privato riceva un indennizzo per colmare in parte (non tutte) le perdite che ha subito a causa dell'evento imprevisto[8]. Tale circostanza ha condotto il Giudice amministrativo ad affermare espressamente che «*le droit à indemnité que détient l'entrepreneur au titre de l'imprévision, en vue d'assurer la poursuite de l'exécution du contrat et ainsi la continuité du service public, n'est pas remis en cause par les dispositions issues des directives du 26 février 2014 permettant et encadrant la modification des marchés ou des contrats de concession en cours, qui ne créent qu'une faculté pour le titulaire d'un marché ou le concessionnaire de demander la modification de son contrat, notamment lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles. Inversement, ce droit à indemnisation extracontractuel ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de ces mêmes dispositions*» (*Conseil d'État*, *avis*, 15 settembre 2022, n° 405540).

[8] Cfr. *Conseil d'État*, 21 ottobre 2019, *Sté Alliance,* n° 419155, secondo cui «*une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un évènement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat. Le concessionnaire est alors en droit de réclamer au concédant une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de lui faire supporter. Cette indemnité est calculée en tenant compte, le cas échéant, des autres facteurs qui ont contribué au bouleversement de l'économie du contrat, l'indemnité d'imprévision ne pouvant venir qu'en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles*».

La differenza rispetto alla revisione di cui all'art. 192 del Codice dei contratti pubblici italiano non potrebbe essere più evidente. Di qui, se ne ricava una disciplina – quella nostrana – evidentemente tesa al raggiungimento di un risultato e, soprattutto, improntata alla concessione di un maggior grado di flessibilità in capo all'Amministrazione cui corrisponde, per converso, un più alto grado di "responsabilizzazione" in capo al privato.

Venendo, infine, al tema dei poteri attribuiti all'Amministrazione, occorre considerare la portata del *pouvoir de modification unilatérale* e il *pouvoir de résiliation unilatérale*.

Sotto il primo aspetto, occorre innanzitutto dire che il potere riconosciuto all'Amministrazione di modificare unilateralmente il contratto rappresenta «*une des «règles générales applicables aux contrats administratifs*» (*Conseil d'État*, 2 febbraio 1983, *Union des transports publics, n° 34027 A*). Ciò posto, la portata di tale facoltà non è illimitata, ma incontra limiti ben precisi e, soprattutto, opportune garanzie patrimoniali a favore del contraente privato.

Sul punto, infatti, appare del tutto evidente quanto il complessivo sistema francese sia interessato più alla salvaguardia delle reciproche posizioni economiche che vengono in gioco nell'ambito del rapporto contrattuale, che non, invece, alla visione "globale" che dovrebbe caratterizzare un contratto pubblico. Tutto ciò è sintetizzato in quella giurisprudenza che afferma che «*en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut unilatéralement apporter des modifications à un tel contrat dans l'intérêt général, son cocontractant étant tenu de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat ainsi modifié tout en ayant droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. La personne publique peut ainsi, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité. Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge*» (Conseil d'État 8 marzo 2023, *Synd. intercommunal de la périphérie de Paris pour les énergies et les réseaux de communications*, n° 464619 B).

Sotto il secondo aspetto, invece, è sufficiente ricordare che l'Amministrazione, in forza delle regole generali applicabili ai "*contrats administratifs*", può sempre risolvere il contratto se vengono in considerazione motivi di interesse pubblico. Sul punto, la giurisprudenza è chiara e netta nell'affermare che «*la personne publique cocontractante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier unilatéralement un tel contrat, sous réserve des droits à indemnité de son cocontractant. Dans le cas particulier d'un contrat entaché d'une irrégularité d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge*». Di contro, a seguito della risoluzione del contratto, «*le cocontractant peut prétendre, sur un terrain quasi contractuel, pour la période postérieure à la date d'effet de la résiliation, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé. Si l'irrégularité du contrat résulte d'une faute de l'administration, le cocontractant peut, en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration. Saisi d'une demande d'indemnité sur ce second fondement, il appartient au juge d'apprécier si le préjudice allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice*». (Conseil d'État, 10 luglio 2020, *Sté Comptoir Négoce Équipements*, n° 430864 A).

Anche in questo caso, emerge con evidenza la differenza sussistente tra l'istituto della risoluzione del Codice italiano rispetto agli analoghi principi che muovono il *Code de la commande publique*.

Ciò posto, una volta compresi i principi che governano i "*contrats administratifs*", è ora possibile affrontare la disciplina di dettaglio dedicata all'esecuzione del *marché de partenariat*.

3. Le disposizioni dedicate dal *Code de la commande publique* alla *exécution du marché de partenariat*.

Il Codice dei contratti pubblici italiano regola la fase esecutiva di un contratto di Partenariato Pubblico-Privato solo ed esclusivamente con riferimento alla sua "sorte", ossia predisponendo gli strumenti necessari affinché sia possibile gestire le sopravvenienze che possano impattare sulla stabilità dell'equilibrio economico-finanziario raggiunto pattiziamente dalle parti coinvolte nella più ampia e globale operazione economica. Al di fuori di tali aspetti, il d.lgs. n. 36 del 2023 non si occupa di normare nessun altro elemento che possa riguardare l'esecuzione dell'accordo contrattuale.

Viceversa, il *Code de la commande publique* dedica alla *exécution du marché de partenariat* una disciplina articolata che, in modo tangenziale, copre vari aspetti patrimoniali della fase esecutiva della cooperazione tra Pubblico e privato. Il Titolo III del Libro II, infatti, contiene ben 5 capitoli (6 se si considera anche quello dedicato all'*arbitrage*) i quali trattano, rispettivamente (*i*) della *acquisition des biens et cession de contrats* (Article L2231-1), (*ii*) della *exécution financière* (Articles L2232-1 à L2232-7), (*iii*) della *valorisation domaniale par le titulaire du marché de partenariat* (Articles L2233-1 à L2233-3), (*iv*) dei *suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat* (Articles L2234-1 à L2234-3), e, infine, (*v*) della *indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du marché de partenariat* (Articles L2235-1 à L2235-3).

Per quanto riguarda il primo aspetto (*acquisition des biens et cession de contrats*), l'Art. L. 2231-1 prevede che «*sur décision de l'acheteur, le titulaire du marché de partenariat peut être chargé d'acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par voie d'expropriation. Il peut se voir céder, avec l'accord du cocontractant concerné, tout ou partie des contrats passés par l'acheteur pouvant concourir à l'exécution de sa mission*». La norma, in sostanza, attribuisce all'Amministrazione la facoltà di decidere, in modo del tutto discrezionale, di affidare al privato il compito di procedere all'acquisto dei beni necessari all'espletamento degli obblighi contrattuali e tale possibilità amplia, senza dubbio, la portata della gestione spettante al privato e, di conseguenza, la responsabilizzazione su di esso gravante.

In relazione al secondo aspetto, invece (*exécution financière*), l'art. 2232-1 dispone che in deroga all'art. L. 2213-8 «*les marchés de partenariat peuvent donner lieu à des versements à titre d'avances et d'acomptes*». La norma rappresenta una deroga espressa al divieto generale che caratterizza la *commande publique* di consentire all'Amministrazione di pagare anticipatamente somme rispetto alla conclusione dell'opera, con l'evidente finalità di agevolare la partecipazione del soggetto Pubblico al finanziamento del contratto.

Il successivo art. L. 2232-2, invece, prevede che «*la rémunération due par l'acheteur peut être cédée conformément aux dispositions des articles L. 313-29-1 et suivants du code monétaire et financier*». Tale disposizione positivizza il meccanismo del c.d. "*cession Dailly*", consistente nella possibilità di cedere crediti a mezzo della creazione di una polizza fideiussoria in relazione ad un prestito erogato da una banca o altro istituto di credito.

La sola cessione del credito comporta la sostituzione di un creditore al posto di un altro senza modificare la sostanza dell'obbligazione. Quindi, l'Amministrazione alla quale la cessione è stata notificata potrà continuare ad opporre tutte le eccezioni sorte dall'esecuzione del contratto di PPP, ossia, nello specifico, le penalità dovute dal privato a causa della errata gestione dell'opera.

Pur essendo consentito che la P.a. possa sottoscrivere l'accettazione di una tale tipologia di accordo, resta un problema specificamente legato al contratto di partenariato. Infatti, come è stato osservato, resta il fatto che «*dans le cadre d'un marché de partenariat, l'acceptation par l'acheteur de la cession par le titulaire à l'établissement de crédit des créances correspondant à la rémunération contractuellement prévue pose problème, dans la mesure où elle tend à priver d'effet le lien qui doit être obligatoirement établi entre la rémunération versée au titulaire et les objectifs de performance qui lui sont imposés*»[9].

In linea con quanto detto, l'art. 2232-3 consente che «*le financement des investissements peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-bail. Dans ce cas, le contrat comporte des clauses permettant de préserver les exigences du service public*». La norma serve a superare le riserve espresse dalla giurisprudenza circa l'utilizzo di un contratto di leasing in ambito di PPP (*Conseil d'État*, *avis*, 30 marzo 1989, *financement du TGV Sud-Est*) e ad allinearsi alla giurisprudenza costituzionale in tema di "*service public*", secondo cui «*un contrat de crédit-bail* […] *devra comporter des clauses approuvées par l'État et lui permettant de faire obstacle à ce que les prérogatives du crédit-bailleur ne soient incompatibles avec le bon fonctionnement du service public*» (*Conseil constitutionnel*, 22 agosto 2002, n° 2002-460 DC).

Ai sensi del successivo art. L. 2232-4, è previsto che «*les ouvrages sur lesquels le titulaire dispose de droits réels ou dont il est propriétaire ne peuvent être hypothéqués qu'en vue de garantir des emprunts contractés pour financer la réalisation des obligations qu'il tient du marché de partenariat. Le contrat constituant l'hypothèque doit, à peine de nullité, être approuvé par l'acheteur et, le cas échéant, par la personne propriétaire du domaine. Seuls les créanciers hypothécaires peuvent exercer des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution sur les droits immobiliers résultant du contrat*». La norma, in sostanza, riconosce che in capo all'operatore economico privato sussistano dei diritti reali i quali, tuttavia, per essere esercitati, devono rispondere a precisi requisiti.

In passato, soprattutto con riferimento a fattispecie simili a quelle del PPP, ossia il c.d. "*bail emphytéotique*", le clausole che prevedevano diritti del genere non hanno incontrato il favore della giurisprudenza. Per essere precisi, il Giudice amministrativo ha dichiarato che tali clausole sono «*incompatibles avec les principes de la domanialité publique comme avec les nécessités du fonctionnement d'un service public, doivent être regardées comme nulles ; qu'elles ont eu un caractère déterminant dans la conclusion des conventions et sont indivisibles des autres dispositions de ces conventions ; qu'elles ont donc pour effet d'entacher de nullité l'ensemble desdites conventions*» (*Conseil d'État*, 6 maggio 1985, 41589 41699, *publié au recueil Lebon*).

Ancora in termini patrimoniali si esprime l'art. L. 2232-5, secondo cui «*l'acheteur peut donner mandat au titulaire pour encaisser, en son nom et pour son compte, le paiement par l'usager de prestations exécutées en vertu du contrat*». La norma deroga espressamente al fatto che «*le principe de l'exclusivité de compétence du comptable public pour procéder au recouvrement des recettes et au paiement des dépenses publiques doit être regardé comme un principe général des finances publiques applicable à l'ensemble des collectivités territoriales et de leurs établissements publics*» (*Conseil d'État*, *avis*, 13 febbraio 2007, n° 373788).

[9] Cfr. (a cura di) G. ECKERT, *Code de la commande publique*, LexisNexis, Paris, 2024, pp. 545.

Il successivo art. L. 2232-6 dispone che «*le titulaire constitue, à la demande de tout prestataire auquel il est fait appel pour l'exécution du contrat, un cautionnement auprès d'un organisme financier afin de garantir au prestataire qui en fait la demande le paiement des sommes dues*». Anche in questo caso, la norma ha una portata derogatoria ed è specificamente volta a superare l'idea per cui «*le titulaire d'un contrat de partenariat assurerait, dans tous les cas, la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser, alors même qu'il en résulte nécessairement que, pour l'application de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, à laquelle l'ordonnance n'a nullement pour effet de déroger, les entreprises chargées, par le titulaire du contrat, de la réalisation de tels travaux auront en principe la qualité, non de sous-traitants de la personne publique, mais d'entrepreneurs principaux*» (*Conseil d'État*, 29 ottobre 2004, *Sueur et a.*)

Infine, l'art. L. 2232-7 prevede che «*par dérogation aux dispositions des articles L. 441-10 à L. 441-13 du code de commerce, les prestations mentionnées à l'article L. 2213-14 sont payées par le titulaire du marché de partenariat, dans des délais fixés par voie réglementaire*».

Venendo, quindi, al terzo aspetto (*valorisation domaniale par le titulaire du marché de partenariat*), l'art. L. 2233-1 dispone che «*afin de valoriser une partie du domaine, l'acheteur peut, après avoir procédé, s'il y a lieu, à une délimitation des biens appartenant au domaine public, autoriser le titulaire:*

1° A consentir des autorisations d'occupation du domaine public;

2° A consentir des baux de droit privé pour des biens appartenant au domaine privé et à y constituer tous types de droits réels à durée limitée;

3° A procéder à des cessions pour des biens qui lui ont été préalablement cédés.

L'accord de l'acheteur doit être expressément formulé pour chacune des autorisations ou des baux mentionnés aux 1° et 2° du présent article».

Innanzitutto, occorre considerare che la giurisprudenza ha negato la possibilità di utilizzare a mezzo di locazione beni appartenenti al demanio pubblico per scopi commerciali, anche qualora la medesima P.a. abbia indotto il privato a stipulare tale locazione[10]. La disposizione, pertanto, ha – ancora una volta – carattere derogatorio e il contratto concluso con l'operatore economico privato titolare del contratto di PPP ha natura di contratto privato.

Infine, merita accennare che gli artt. 2233-2 e 2233-3 prevedono, rispettivamente, che «*lorsque le marché de partenariat est conclu par l'acheteur pour la réalisation d'une opération répondant aux besoins d'une autre personne morale de droit public ou privé pour l'exercice de ses missions ou lorsque l'opération est réalisée sur le domaine d'une autre personne morale de droit public ou privé, le titulaire peut être autorisé à valoriser une partie du domaine, après accord du propriétaire du domaine*» e che «*lorsque les baux sont consentis par le titulaire pour une durée excédant celle du marché de partenariat, les conditions de reprise du bail par l'acheteur doivent faire l'objet d'une convention entre l'acheteur, le titulaire, le preneur et, le cas échéant, le propriétaire du domaine*».

In relazione al quarto aspetto (*suivi et contrôle de l'exécution du marché de partenariat*), l'art. L. 2234-1 prevede che «*le titulaire du marché de partenariat établit un rapport annuel permettant d'en suivre*

[10] *Conseil d'État*, 4 novembre 2014, n° 352402, *Publié au recueil Lebon*, ha stabilito che «en raison du caractère précaire et personnel des titres d'occupation du domaine public et des droits qui sont garantis au titulaire d'un bail commercial, un tel bail ne saurait être conclu sur le domaine public; que, lorsque l'autorité gestionnaire du domaine public conclut un "bail commercial" pour l'exploitation d'un bien sur le domaine public ou laisse croire à l'exploitant de ce bien qu'il bénéficie des garanties prévues par la législation sur les baux commerciaux, elle commet une faute de nature à engager sa responsabilité; que cet exploitant peut alors prétendre, sous réserve, le cas échéant, de ses propres fautes, à être indemnisé de l'ensemble des dépenses dont il justifie qu'elles n'ont été exposées que dans la perspective d'une exploitation dans le cadre d'un bail commercial ainsi que des préjudices commerciaux et, le cas échéant, financiers qui résultent directement de la faute qu'a commise l'autorité gestionnaire du domaine public en l'induisant en erreur sur l'étendue de ses droits».

l'exécution. Ce rapport est adressé, chaque année, à l'acheteur dans les quarante-cinq jours suivant la date anniversaire de la signature du contrat». Il contenuto specifico che il *rapport ennuel* deve avere è disciplinato agli artt. da R. 2234-1 a 2234-4 e ciò che più conta dire in questa sede è che tale normativa rappresenta attuazione del relativo principio del potere di controllo della fase esecutiva del contratto di PPP attribuito all'Amministrazione.

Infatti, il successivo art. L. 2234-2 precisa proprio che «*l'acheteur exerce un contrôle sur l'exécution du marché de partenariat*» e che tale controllo «*intervient, au minimum, en cours et à la fin de chacune des phases d'exécution des missions prévues par le contrat et donne lieu à un compte rendu*». Come per altre disposizioni, anche in questo caso la disciplina trova una differenziazione in relazione alla specifica tipologia di "acquirente"[11].

Infine, con riferimento al quinto e ultimo aspetto (*indemnisation en cas d'annulation ou de résiliation du marché de partenariat*), vi è da dire che la relativa disciplina si compone di tre norme.

La prima, di cui all'art. L. 2235-1, prevede che «*en cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le titulaire du marché de partenariat peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'acheteur*».

La seconda, invece, ai sensi dell'art. L. 2235-2, dispone che «*parmi les dépenses mentionnées à l'article L. 2235-1 figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat, y compris, le cas échéant, les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat. La prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes au marché de partenariat, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution du marché*».

Infine, la terza, contenuta all'art. L. 2235-3, prescrive che «*lorsque une clause du marché de partenariat fixe les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation ou de résiliation du contrat par le juge, elle est réputée divisible des autres stipulations du contrat*».

Sul punto, la giurisprudenza ha affermato che «*la convention tripartite appelée "accord autonome", conclue par la personne publique, le titulaire du contrat de partenariat et les établissements bancaires, a pour objet de garantir la continuité du financement du projet, objet du contrat de partenariat, en cas de recours des tiers contre ce contrat ou l'un de ses actes détachables et d'annulation ou de déclaration ou de constatation de nullité du contrat de partenariat par le juge*» (Conseil d'État, 11 maggio 2016, M. Rouveyre, n° 383768 A e 383769 A).

Ancora, sempre in ambito pretorio, si legge che «*le contrat de partenariat est un contrat administratif; que la nature de la créance que le titulaire détient sur la personne publique en exécution de ce contrat n'est pas modifiée par la cession dont elle peut être l'objet ; que l'action du crédit-bailleur, cessionnaire de la créance du titulaire, dirigée contre la personne publique, et tendant au paiement de cette créance, relève donc de la compétence de la juridiction administrative*» (T. conf., 14 maggio 2018, *Sté Batimap c/Cne de Nogent-sur-Marne,* n° 4119).

Infine, da ultimo, occorre ricordare che il giudice amministrativo ha evidenziato che «*les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont*

[11] L'art. L. 2234-3, infatti, prevede che «*pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, le rapport annuel établi par le titulaire mentionné à l'article L. 2234-1 et les comptes rendus des contrôles menés par l'acheteur mentionnés à l'article L. 2234-2 sont transmis à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant et font l'objet d'un débat*».

imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics» (CAA Douai, 16 gennaio 2024, n° 22DA00689)[12].

Alla luce delle norme richiamate, appare del tutto evidente che, da un lato, la disciplina dell'esecuzione del *marché de partenariat* si fonda sui principi di cui all'art. L. 6 del *Code de la commande publique*, prevalentemente protesi alla cura dell'interesse pubblico; dall'altro, che il l'ordinamento francese concepsice il rapporto di tipo partenariale come un mero strumento di carattere finanziario, dove flessibilità e responsabilizzazione si scorgono solo ed esclusivamente nelle disposizioni che sono volte a tutelare gli aspetti patrimoniali dell'operazione.

Ne discende che il *Code de la commande publique* sembra tutelare aspetti e fattispecie che divergono in modo sensibile dagli obiettivi che, all'opposto, sono resi espliciti dal legislatore del 2023 con l'adozione del vigente Codice dei contratti pubblici.

[12] Cfr. M. UBAUD-BERGERON, *Partenariat public-privé - Indemnisation des surcoûts dans l'exécution des marchés de partenariat*, in *Contrats et marchés publics*, 2024, n. 4.

Capitolo IV
Le controversie sull'operazione di Partenariato Pubblico-Privato

Sommario: 1. Rimedi giurisdizionali; **2.** Rimedi stragiudiziali; **3.** Il sistema francese di risoluzione delle controversie sui contratti di Partenariato Pubblico-Privato: l'*arbitrage* nel *Code de la Commande Publique*.

1. Rimedi giurisdizionali.

Il Partenariato Pubblico-Privato può essere definito, in via di primissima approssimazione, come una forma di cooperazione tra Autorità pubbliche ed il mondo delle imprese, volta a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio[1]. Questa impostazione astratta trova nel Codice dei contratti pubblici - oggi vigente - una sistematizzazione decisamente concreta, a partire dagli aspetti definitori.

L'art. 174 del d.lgs. n. 36 del 2023, infatti, qualifica il PPP come una «*operazione economica*» e tale nozione, lungi dall'avere una portata meramente descrittiva[2], è carica di implicazioni pratiche, che si riflettono sia sulla fase genetica del rapporto partenariale, sia sulla fase di materiale esecuzione. La "disciplina inclusiva e auto-esaustiva" tracciata dal legislatore in materia di cooperazione partenariale, pertanto, è foriera di ben precise conseguenze, a partire dal fatto che il rapporto tra Pubblico e privato ha una portata "globale".

L'accezione di globalità cui si fa riferimento è quella secondo la quale il PPP rappresenta una modalità di realizzazione di opere e servizi pubblici dove il privato viene coinvolto come *partner* nei meccanismi di *governance* dell'intera operazione, dalla programmazione fino all'esecuzione[3]. Di riflesso, la committenza pubblica legata al PPP è descrivibile come un vero e proprio "ciclo", che prende avvio dalla fase di programmazione, passa dalla fase di progettazione, prosegue con la selezione del *partner* privato e giunge fino alla esecuzione del risultato così come concepito dalle parti.

Tutto ciò avviene attraverso la stipula di contratti tipici e/o atipici, a mezzo dei quali Pubblico e privato modellano e, soprattutto, regolano l'operazione economica a seconda del risultato concreto che viene in considerazione nello specifico caso. La conseguenza più evidente di tale sistema, tuttavia, è che la globalità che caratterizza la cooperazione partenariale si manifesta mediante una ampia gamma di istituti ed atti giuridici.

Detto altrimenti, il tratto della "globalità" non permea solo le fasi "sostanziali" della genesi e dell'esecuzione del PPP, ma anche la (eventuale) fase "contenziosa". Infatti, in termini giuridici, alla varietà cui si è accennato corrispondono, simmetricamente, una pluralità di

---

[1] Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee "*Relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*", Bruxelles, 30 aprile 2004, COM(2004) 327 definitivo.

[2] Cfr. M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritti comune*, in (ID. a cura di) *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni*, Napoli, 2009, p. 5, secondo cui, all'epoca della sua prima formulazione nel Codice dei contratti pubblici del 2006, il PPP rappresentava «*una nozione descrittiva con cui ci si riferisce, senza particolari conseguenze giuridiche, ad ogni tipo di situazioni – contrattuali o istituzionalizzate – che siano segnate dalla compresenza di soggetti pubblici e privati*».

[3] Cfr. R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006, p. 63, il quale ha evidenziato che l'allora "contratto di partenariato" non si caratterizzava per il trasferimento del rischio relativo alla gestione dell'opera o del servizio quanto, piuttosto, per il suo carattere di globalità, nel senso che il privato è responsabile della progettazione, del finanziamento, della realizzazione e della gestione dell'intervento.

posizioni giuridiche soggettive, qualificabili come diritti e/o interessi legittimi, cui l'ordinamento appresta tutele di tipo diverso.

Il problema cui si fa riferimento, in realtà, prima ancora che sul piano dei rimedi concreti che le parti possono invocare al fine di porre rimedio a situazioni patologiche, attiene all'individuazione del Giudice dotato della necessaria giurisdizione a risolvere le controversie sorte sull'operazione di Partenariato Pubblico-Privato, secondo il modello predisposto dall'art. 103 della Costituzione. La disposizione appena citata, infatti, divide la giurisdizione tra Giudice amministrativo e Giudice ordinario, attribuendo al primo il potere di conoscere e decidere le «*particolari materie indicate dalla legge*», per tali intendendosi i vari ambiti di attività in cui rientra la controversia[4].

Muovendo da tale presupposto, in passato, si è negata la possibilità che le controversie attinenti al PPP potessero essere ricondotte *de plano* nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo. Il fattore impediente, nello specifico, era stato individuato nella portata non sostanziale della nozione di Partenariato Pubblico-Privato[5].

Ebbene, nella vigenza dell'attuale Codice dei contratti pubblici, il carattere di globalità della cooperazione partenariale, opportunamente definita – come detto – «*operazione economica*», sembra incidere anche su questo specifico aspetto, laddove si consideri che Pubblico e privato sono chiamati a svolgere funzioni nettamente distinte e, soprattutto, soggette a regimi giuridici diversi, ma tuttavia funzionalizzate al perseguimento di un medesimo risultato. Peraltro, un ulteriore elemento che certamente impatta sull'individuazione del Giudice dotato del potere di decidere una eventuale controversia è rinvenibile nel fatto che, dal punto di vista sistematico, tutta la disciplina del Partenariato Pubblico-Privato è modellata sulla figura del contratto di concessione.

L'osservazione non è affatto secondaria, se solo si considera che, in tema di rapporto concessorio, il Giudice amministrativo può esercitare giurisdizione esclusiva anche con riferimento alla fase di esecuzione[6]. La regola processuale da seguire, infatti, è quella posta

---

[4] Corte Cost., n. 204 del 2004, ha evidenziato che «*il vigente art. 103, primo comma, Cost. non ha conferito al legislatore ordinario una assoluta ed incondizionata discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, ma gli ha conferito il potere di indicare "particolari materie" nelle quali "la tutela nei confronti della pubblica amministrazione" investe "anche" diritti soggettivi: un potere, quindi, del quale può dirsi, al negativo, che non è né assoluto né incondizionato, e del quale, in positivo, va detto che deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie. Tale necessario collegamento delle "materie" assoggettabili alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con la natura delle situazioni soggettive - e cioè con il parametro adottato dal Costituente come ordinario discrimine tra le giurisdizioni ordinaria ed amministrativa - è espresso dall'art. 103 laddove statuisce che quelle materie devono essere "particolari" rispetto a quelle devolute alla giurisdizione generale di legittimità: e cioè devono partecipare della loro medesima natura, che è contrassegnata della circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo. Il legislatore ordinario ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità: con il che, da un lato, è escluso che la mera partecipazione della pubblica amministrazione al giudizio sia sufficiente perché si radichi la giurisdizione del giudice amministrativo (il quale davvero assumerebbe le sembianze di giudice "della" pubblica amministrazione: con violazione degli artt. 25 e 102, secondo comma, Cost.) e, dall'altro lato, è escluso che sia sufficiente il generico coinvolgimento di un pubblico interesse nella controversia perché questa possa essere devoluta al giudice amministrativo*».

[5] Cfr. F. MASTRAGOSTINO, *I profili processuali comuni ai vari istituti*, in (a cura di) ID., *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 75, dove l'A. rileva che «*proprio la carenza di una effettiva portata sostanziale della definizione di partenariato, che nel vigente ordinamento nazionale pare assumere un valore meramente definitorio a cui non è connessa una autonoma identità giuridica, si pone quale primo, significativo ostacolo (peraltro ex se non preclusivo) alla riconducibilità di tutte le controversie inerenti il rapporto di collaborazione pubblico-privato nell'ambito della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo*».

[6] Cons. Stato, sez. sez. III, 15 dicembre 2022, n. 11000, analizza nel dettaglio questi aspetti e, pertanto, è opportuno riportarne per intero i passaggi salienti. In particolare, secondo il Giudice amministrativo, occorre ricordare che «*il proprium della concessione è quello di essere uno strumento attraverso il quale vengono svolte da un privato*

dall'art. 133, co. 1, lett. *e*), n. 1), c.p.a., secondo cui sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo «*le controversie* […] *relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative*».

Nel PPP, dove la scelta del *partner* privato è, in ogni caso, inquadrabile nel novero delle procedure di affidamento, appare evidente il ricorrere della giurisdizione del Giudice amministrativo. Oltre che per il tenore letterale della norma, tale soluzione sembra quella corretta anche in considerazione del fatto che, nell'ambito di quel determinato modulo procedimentale, l'Amministrazione svolge attività di diritto pubblico.

Viceversa, per le fasi e/o per le questioni dell'operazione economica globalmente intesa nelle quali non viene esercitato potere amministrativo inteso in senso stretto, è più opportuno configurare la giurisdizione del Giudico ordinario[7]. In questi casi, infatti, Pubblico e privato operano come soggetti (formalmente) equiordinati e, pertanto, pare più corretta l'attribuzione al G.O. del potere di risolvere eventuali controversie[8].

---

direttamente nei confronti dei cittadini funzioni di interesse pubblico. Il rapporto tra Amministrazione concedente, privato concessionario e utenti, viene quindi permeato in una dimensione triangolare, dai forti caratteri pubblicistici, i quali non si esauriscono, come avviene nel caso dell'appalto, nella fase di selezione del contraente, ma permangono anche con riferimento al periodo di esecuzione, ove si tratta di assicurare la corretta erogazione o fruizione delle prestazioni secondo i canoni del servizio universale, ovvero in una logica volta a garantire eguaglianza, imparzialità, continuità, diritto di scelta e partecipazione (CGARS n. 935 del 2020; Cons. Stato, sez. V, n. 8100 del 2020; id., sez. III, n. 1084 del 2020 e n. 5589 del 2022). Le funzioni di "vigilanza e controllo nei confronti del gestore", sulle quali l'art. 133 estende la giurisdizione esclusiva, si esplicano, appunto, proprio nella fase esecutiva del rapporto di concessione, poiché è in questo momento che la pubblica amministrazione concedente svolge la sua attività autoritativa in funzione di regolazione del rapporto concessorio per tutta la sua durata, al fine di verificare costantemente la rispondenza dell'attività svolta dal concessionario ai canoni del servizio pubblico. È sempre in questa fase che si coglie, poi, quella commistione indissolubile tra posizioni giuridiche - di diritto soggettivo in capo al concessionario esecutore della prestazione ed esercizio di potere autoritativo in funzione di regolazione da parte dell'Amministrazione concedente - che rappresenta la ragione stessa della devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle questioni che sorgono in tale ambito. Se, dunque, non è dubitabile, applicando l'ordinario criterio di riparto della giurisdizione, che le controversie insorte nella fase esecutiva di un appalto siano da devolversi alla giurisdizione del giudice ordinario, fatto salvo solo l'esercizio, dopo la sottoscrizione del contratto, di un potere autoritativo che incida sul procedimento di selezione del contraente, tale regola non può essere riportata, pedissequamente, al diverso istituto della concessione. Ed il fatto che, su impulso del diritto euro-unitario, la differenza tra appalto e concessione si sia andata riducendo per effetto della loro comune riconduzione al genus del "contratto a titolo oneroso", comunque non legittima una completa assimilazione tra i due istituti, in quanto tale avvicinamento riguarda sostanzialmente il procedimento di selezione del contraente, o del concessionario. Resta fermo che nella successiva fase esecutiva il ruolo della pubblica amministrazione si atteggia diversamente: in un caso, quale soggetto appaltante, alla stregua delle regole privatistiche; nell'altro caso, quale soggetto concedente una pubblica funzione rivolta direttamente ai cittadini, alla stregua delle regole pubblicistiche di vigilanza autoritativa».

[7] Cfr. F. CINTIOLI, *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, su *Federalismi.it*, 10 marzo 2021, osserva che «*il criterio di riparto che si è affermato nel corso degli ultimi decenni a proposito delle controversie in materia di contratti pubblici è quello che fissa come spartiacque la stipula del contratto e che separa le due fasi: quella procedimentale, che spetta al giudice amministrativo, e quella negoziale, che spetta al giudice ordinario. Abbiamo così due blocchi temporali lungo i quali si divide la giurisdizione*».

[8] Di recente, TAR Umbria, sez. I, 26 aprile 2024, n. 281, ha ribadito che «*rientrano nella giurisdizione ordinaria anche in tema di concessioni di servizi pubblici, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, sia se implicanti la costruzione (e gestione) dell'opera pubblica, sia se non collegate all'esecuzione di un'opera. Al giudice ordinario spetta di giudicare sugli adempimenti e inadempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell'amministrazione e del concessionario; e quindi è al giudice ordinario che competono le controversie riguardanti indennità, canoni ed altri corrispettivi, controversie alle quali appartengono quelle relative alla fase esecutiva (anche) dei rapporti di concessione di pubblico servizio, ivi comprese le questioni inerenti agli adempimenti e alle relative conseguenze indennitarie, vertendosi nell'ambito di un rapporto paritetico tra le parti che si colloca a valle dell'esercizio del potere di cui è espressione la fase costitutiva del rapporto di impronta pubblicistica, ferma restando la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei casi in cui la P.A. eserciti poteri autoritativi tipizzati dalla legge e impugnati dal privato*».

A prescindere da questa – ormai tradizionale – bipartizione, resta il fatto che, per poter mettere ordine, da un punto di vista dell'inquadramento giurisdizionale, alla complessiva operazione di Partenariato Pubblico-Privato, il criterio guida potrebbe essere quello della «*distinzione per blocchi di materie*»[9]. Seguendo tale criterio, ne discende che l'operazione di PPP, in ragione del suo carattere "globale", viene attratta (quantomeno per la maggior parte delle questioni) nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Ciò significa, in definitiva, che i rimedi giurisdizionali esperibili nel corso della fase c.d. "patologica" della cooperazione partenariale trovano disciplina negli articoli che il Codice del processo amministrativo dedica ai contratti pubblici. Più precisamente, le operazioni di partenariato Pubblico-Privato, in quanto fondate sul modello della concessione, sono soggette, in termini processuali, allo speciale rito[10] disciplinato dal combinato disposto degli artt. 120 – 125 c.p.a.[11].

La prima peculiarità che viene subito in considerazione è che il rito in questione si caratterizza per la sua indubbia rapidità, nonché maggiore celerità nelle fasi cruciali del giudizio rispetto al rito ordinario. L'art. 119, co. 2, c.p.a, infatti, prevede che tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati, mentre il successivo art. 120, co. 2, c.p.a., prescrive il termine di 30 giorni (in luogo dei canonici 60) per presentare l'impugnazione degli atti soggetti al rito *de quo* a mezzo di ricorso, principale o incidentale, e di motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati.

Un aspetto peculiare del rito speciale in materia di contratti pubblici è il ruolo, talvolta discrezionale, che il Giudice amministrativo è chiamato a svolgere in relazione alla sorte del contratto il cui previo provvedimento di aggiudicazione è stato annullato in sede giurisdizionale. In relazione all'operazione di Partenariato Pubblico-Privato, la questione può essere riguardata con riferimento alla flessibilità che l'ordinamento riconosce non più al soggetto Pubblico o al privato ma, appunto, al Giudice amministrativo nella fase genetica dell'operazione economica.

La riflessione trae origine dalle disposizioni che disciplinano specificamente la "sorte" del contratto e, segnatamente, la sua inefficacia quale conseguenza della pronuncia di annullamento per vizi di legittimità affliggenti la fase di evidenza pubblica e, di conseguenza, l'aggiudicazione. Il Codice del processo amministrativo distingue i casi di "violazioni gravi",

---

[9] Cfr. F. CINTIOLI, *Il decreto semplificazioni* cit., p. 104, dove l'A. auspica che «*il criterio di fondo enunciato nella storica sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale possa irrorare anche questo settore di giurisdizione esclusiva*».

[10] Per una analisi approfondita, cfr. N. PAOLANTONI, *Il rito abbreviato*, in (a cura di) F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023; M.A. SANDULLI, *Il contenzioso sui contratti pubblici*, su *www.giustizia-amministrativa.it*, 28 marzo 2023; F.G. RUSSO, *I rimedi giurisdizionali nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici tra la trasparenza e la buona fede*, su *www.giustizia-amministrativa.it*; N. DURANTE (a cura di), *Relazione sulle ricadute del nuovo Codice dei Contratti Pubblici sul processo amministrativo*, Ufficio Studi e Formazione della Giustizia Amministrativa, 2023, su *www.giustizia-amministrativa.it*.

[11] Tale soluzione appare del tutto coerente con Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22, dove, analizzando le norme di cui agli artt. 120 – 125 c.p.a., si afferma che «*la ratio del rito speciale in questione, agevolmente identificabile nell'esigenza della sollecita definizione dei giudizi aventi a oggetto provvedimenti amministrativi riferibili all'esercizio di funzioni pubbliche che implicano la cura di interessi generali particolarmente rilevanti (e che, come tali, non tollerano una prolungata situazione giudiziaria di incertezza), risulta riferibile nella stessa misura alle controversie relative agli appalti e a quelle concernenti le concessioni. Anche gli atti che incidono su quest'ultima formula contrattuale, infatti, necessitano di una cognizione giurisdizionale rapida, al pari di (o, comunque, non inferiore a) quelli che riguardano gli appalti, con il duplice corollario che un'esegesi che li escludesse dall'ambito applicativo del rito speciale finirebbe per vanificare la predetta (palese) finalità e che, viceversa, una compiuta soddisfazione dell'anzidetto interesse pubblico impone una lettura degli artt. 119 e 120 c.p.a. che vi comprenda anche le controversie relative alle concessioni. Non solo, ma le ineludibili esigenze sistematiche di sicurezza giuridica e di coerenza ordinamentale impongono di assoggettare al rito speciale anche le procedure concernenti le concessioni, al fine di evitare ogni incertezza circa le regole processuali applicabili ai contratti misti*».

dove la dichiarazione di inefficacia ad opera del Giudice è vincolata, dai c.d. "altri casi", dove la sorte del contratto è invece rimessa alla discrezionalità del decisore.

Nel primo caso, l'art. 121 c.p.a. elenca le fattispecie tassative al ricorrere delle quali il Giudice è tenuto alla dichiarazione di inefficacia, perimetrandole ai casi di (*i*) aggiudicazione avvenuta senza pubblicazione del bando o dell'avviso con cui si indice una gara; (*ii*) aggiudicazione avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti che abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara; (*iii*) contratto stipulato senza rispettare il termine dilatorio dello *stand still*, qualora tale violazione abbia impedito al ricorrente di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; (*iv*) contratto stipulato senza rispettare lo *stand still* qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

L'art. 121, co. 2, c.p.a., consente al Giudice di precisare, in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante o dell'ente concedente e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia sia limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o se essa operi in via retroattiva. Detto altrimenti, la norma attribuisce al Giudice un certo grado di discrezionalità al fine di calibrare nel modo che ritiene più opportuno gli effetti dell'inefficacia.

L'art. 122 c.p.a., invece, si occupa dei casi "residuali" di inefficacia del contratto, lasciando al Giudice che ha dichiarato illegittima l'aggiudicazione il compito di stabilire se dichiarare anche inefficace il contratto. La flessibilità riconosciuta al G.A. si estende fino alla fissazione della decorrenza della inefficacia stessa, per la quale occorre, comunque, tenere conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Il meccanismo descritto, pertanto, implica che Pubblico e privato si trovino dinanzi alla necessità di compiere una scelta. Ovviamente, tutto ciò si riflette sulla sorte dell'operazione economica e sul risultato da essa perseguito.

Sul versante del soggetto privato, secondo Cons. Stato. sez. V, 7 novembre 2022, n. 9785, questi, in caso di illegittima mancata aggiudicazione, alla stregua dell'art. 124 c.p.a., può ricorrere ad una articolata struttura rimediale. La scelta sullo strumento da utilizzare in concreto è rimessa, in base all'ordinario canone dispositivo, alla domanda di parte (cfr. artt. 30, 40, co. 1, lett. *b*) ed *f*); 41 e 64 c.p.a., in relazione all'art. 99 c.p.c. e 2907 c.c.)[12].

[12] Secondo Cons. Stato. sez. V, 7 novembre 2022, n. 9785 cit., contestualmente alla impugnazione a mezzo di azione di annullamento (art. 29 c.p.a.), «*ad esito prospetticamente demolitorio, dei "provvedimenti concernenti le procedure di affidamento" (art. 119, comma 1 lettera a) e 120 cod. proc. amm.) – è rimessa all'impresa pregiudicata l'opzione: a) per una "tutela in forma specifica", a carattere integralmente satisfattorio, affidata alla 'domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto' (art. 124, comma 1, prima parte), il cui accoglimento: a1) postula, in negativo, la sterilizzazione ope judicis, in termini di "dichiarazione di inefficacia", del contratto eventualmente già stipulato inter alios (essendo, per ovvie ragioni, preclusa la reduplicazione attributiva dell'unitario bene della vita gestito dalla procedura evidenziale); a2) richiede, in positivo, un apprezzamento di spettanza in termini di diritto al contratto, con la certezza che, in assenza del comportamento illegittimo serbato dalla stazione appaltante, il ricorrente si sarebbe senz'altro aggiudicato la commessa; b) per un "risarcimento del danno per equivalente" (art. 124, comma 1, seconda parte), e ciò: b1) sia nel caso in cui il giudice abbia riscontrato l'assenza dei presupposti per la tutela specifica (e, in particolare, non abbia ravvisato, ai sensi degli artt. 121, comma 1 e 122 cod. proc. amm., i presupposti*

Sul versante del Pubblico, invece, vi è da dire che l'Amministrazione conserva una posizione di maggior favore, in quanto anche dopo l'aggiudicazione del contratto conserva la facoltà di esercitare poteri autoritativi. Nello specifico, il potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa da parte della stessa Amministrazione procedente, va riconosciuto anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, con conseguente inefficacia di quest'ultimo, stante la stessa consequenzialità tra aggiudicazione e stipulazione del contratto (Cons. Stato, sez. V, 22 agosto 2023, n. 7896).

Alla luce del quadro normativo analizzato e delle disposizioni disciplinanti il rito speciale applicabile ai contratti pubblici, nonché all'operazione economica di Partenariato Pubblico-Privato, appare evidente quanto sia rilevante il ruolo che il Giudice può esercitare in determinate fasi del rapporto cooperativo. Da quest'angolo prospettico, diventa del tutto condivisibile l'idea per cui «*il giudice diventa così arbitro del difficile equilibrio degli interessi in gioco, stabilendo di volta in volta un rapporto di priorità tra questi, in base al proprio apprezzamento*»[13].

Il margine di manovra delle parti di un'operazione di PPP sembra ridursi ulteriormente qualora oggetto dell'accordo sia la realizzazione di un'infrastruttura c.d. "strategica". Tale tipologia di opera rientra nell'ambito della disciplina tracciata dagli articoli sopra richiamati, con l'aggiunta della peculiarità per cui, ai sensi dell'art. 125, co. 3, c.p.a., la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comportano la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente.

La disposizione ha una portata non poi così ristretta, soprattutto se si considera che la sua applicazione è stata estesa anche alle operazioni che ricadono nell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (c.d. "PNRR"). La norma appare di interesse per il presente scritto in quanto costituisce un chiaro esempio di responsabilizzazione in capo al privato circa la gestione dell'opera di cui risulta ormai aggiudicatario[14].

Peraltro, la disposizione si inserisce chiaramente nel solco del principio del risultato, pur essendo stata inserita nel Codice del processo amministrativo in epoca ben più risalente all'adozione del d.lgs. n. 36 del 2023[15]. È stato il Consiglio di Stato, peraltro, a rilevare già in passato che «*i principi generali di un settore esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine*

---

per dichiarare inefficace il contrato stipulato ovvero, sotto distinto profilo, non abbia elementi sufficienti a formulare un obiettivo giudizio di spettanza); b2) sia nel caso in cui la parte abbia ritenuto di non formalizzare la domanda di aggiudicazione (né si sia resa comunque "disponibile a subentrare nel contratto", anche in corso di esecuzione), nel qual caso la "condotta processuale" va anche apprezzata in termini concausali (cfr. art. 124, comma 2, in relazione al richiamato art. 1227 cod. civ.)».

[13] Cfr. E. MORLINO, *I contratti pubblici*, in (a cura di) L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012, p. 258 – 259, dove si legge anche che «*rispetto al passato, emerge quindi un nuovo ruolo del giudice amministrativo, che si caratterizza per quattro elementi: a) ampliamento del sindacato giurisdizionale al contratto, in presenza di un provvedimento di annullamento; b) ampliamento dei suoi poteri, che includono la dichiarazione di inefficacia, la graduazione dell'inefficacia, la possibilità di scegliere tra sanzioni alternative e di graduarne l'applicazione; c) attribuzione del compito fondamentale di apprezzamento degli interessi rilevanti e di bilanciamento tra questi; d) esercizio di un'ampia discrezionalità nelle valutazioni in concreto*».

[14] Cfr. TAR Milano, sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681, che ribadisce che «*nel caso in cui l'appalto riguardi una infrastruttura strategica, la mancata deduzione da parte del ricorrente a sostegno della richiesta di dichiarazione dell'inefficacia del contratto della sussistenza di una delle ipotesi delineate dall'art. 121 c. proc. amm. - relativo all'inefficacia del contratto per gravi violazioni e rilevante anche in tema di infrastrutture strategiche, secondo la previsione dell'art. 125 c. proc. amm. - comporta che l'unica tutela conseguibile sia quella risarcitoria per equivalente, nei limiti in cui sia dedotto un danno subito e provato, con la conseguenza che va rigettata la domanda diretta ad ottenere l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto*».

[15] D'altronde, Corte Cost. 26 giugno 1956, n. 6, ha rilevato come debbano essere considerati «*principii dell'ordinamento giuridico quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente*».

giuridico, che hanno una memoria del tutto che le singole e specifiche disposizioni non possono avere e ai quali esse sono riconducibili; sono inoltre caratterizzati da una eccedenza di contenuto deontologico in confronto con le singole norme, anche ricostruite nel loro sistema, con la conseguenza che essi, quali criteri di valutazione che costituiscono il fondamento giuridico della disciplina considerata, hanno anche una funzione genetica ("nomogenetica") rispetto alle singole norme» (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 13 del 2013).

Il rilievo è interessante nella misura in cui si può affermare che anche il processo amministrativo è orientato a ricercare un "risultato"[16] e che, pertanto, esso potrebbe ben legarsi all'idea della globalità – anch'essa funzionalizzata ad un ben preciso scopo – che caratterizza il Partenariato Pubblico-Privato.

2. Rimedi stragiudiziali.

L'operazione economica di Partenariato Pubblico-Privato, nella misura in cui si fonda su contratti pienamente ascrivibili alla categoria dei contratti pubblici, è soggetta alle disposizioni del d.lgs. n. 36 del 2023. Ciò significa, in concreto, che la cooperazione partenariale può trovare soluzione non solo per via giudiziaria, ma anche per via stragiudiziale.

In tal senso, come detto, vengono in considerazione i "rimedi" offerti dal Codice dei contratti pubblici. Ovviamente, dato il carattere peculiare della fisionomia dell'operazione di PPP, non tutti i rimedi sembrano essere esperibili (come accade, ad esempio, per l'accordo bonario di cui agli artt. 210 – 211 del Codice).

Il primo strumento che viene in considerazione è quello della transazione, di cui all'art. 212 del Codice, secondo cui le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture possono essere risolte mediante transazione nel rispetto del Codice Civile solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale[17]. La disposizione enuncia, come evidente, un criterio di residualità e sussidiarietà della transazione nell'ambito dell'esecuzione dei contratti pubblici, che, invero, può essere utilizzata soltanto qualora non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale.

Seppur residuale, la transazione ha una sfera di applicazione che copre espressamente la fase esecutiva di tutti i contratti pubblici (sia di lavori, sia di servizi, sia di forniture) e, in ogni caso, la sua disciplina di riferimento è quella del Codice Civile. Ciò significa che occorre fare riferimento all'art. 1965 c.c., laddove si prevede che la transazione «*è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro*» e che con le reciproche concessioni «*si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti*».

Ai sensi dell'art. 212, co. 2, qualora il valore dell'importo oggetto di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000 euro, ovvero a 200.000 euro in caso di lavori pubblici, qualora si tratti di Amministrazioni centrali, occorre acquisire il parere dell'Avvocatura dello Stato oppure, qualora si tratti di amministrazioni *sub* centrali, di un legale interno alla struttura o, in mancanza di legale interno, del funzionario più elevato in grado competente per il

[16] Cfr. M. ABRUZZESE, *Effettività della tutela e principio del risultato nel processo amministrativo*, su *www.giustizia-amministrativa.it*, 2024.

[17] È principio consolidato quello per cui «*la transazione è possibile anche in materia di concessioni o appalti di servizi, a norma dell'art. 239 del codice dei contratti pubblici, ma deve svolgersi in relazione a diritti disponibili delle parti e non consente di derogare alle disposizioni cogenti fissate dal suddetto codice*» (Cons. Stato, sez. VI, 21 giugno 2012, n. 3642).

contenzioso. La norma richiama, come altre disposizioni del Codice (cfr. art. 175 del Codice, anche dopo le modifiche apportate dal d.lgs. n. 209 del 2024) la necessità di procedere con l'esperimento di una fase consultiva, al termine della quale ottenere un parere tecnico finalizzato a rendere certa l'azione dell'Amministrazione prima di procedere su determinate questioni di rilevanza statale.

Il co. 3 precisa che, in applicazione del principio di tendenziale parità delle posizioni negoziali delle parti nella fase esecutiva, l'*iter* transattivo può essere avviato, tramite una proposta, tanto dal dirigente della stazione appaltante (sentito il responsabile unico del progetto), quanto dal soggetto aggiudicatario. Il co. 4, infine, codifica il principio di necessaria forma scritta *ad substantiam* della transazione, il cui mancato rispetto è espressamente sanzionato con la sua nullità.

L'art. 213 del Codice disciplina, poi, l'istituto dell'arbitrato e, al co. 1, perimetra esattamente i confini dell'arbitrato nell'ambito dei contratti pubblici: è previsto, infatti, che siano deferibili ad arbitri le sole controversie inerenti ai diritti soggettivi (e, pertanto, non quelle attinenti a interessi legittimi) e derivanti dall'esecuzione di tutte le tipologie di contratti pubblici (relativi a lavori, servizi e forniture), sottraendo, per tal via, al meccanismo arbitrale l'area della procedura ad evidenza pubblica.

La possibilità di arbitrato, d'altra parte, è estesa espressamente, nei medesimi ambiti prima descritti, al fine di garantire una massima fruibilità dell'istituto nella fase esecutiva, anche a contratti in cui sia parte una società a partecipazione pubblica oppure una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'art. 2359 del c.c., ovvero che, ad ogni modo, siano relativi a opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici.

Il co. 2, invece, attribuisce alla stazione appaltante o all'ente concedente la facoltà di indicare previamente nel bando o nell'avviso con cui indice la gara oppure nell'invito, per le procedure senza bando, se il contratto conterrà o non conterrà la clausola compromissoria; è esclusa l'imposizione della predetta clausola, giacché è prevista la facoltà per l'aggiudicatario di rifiutarla entro il termine di venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione; è precisato che, in ogni caso, le parti conservano la facoltà di compromettere la lite in arbitrato nel corso dell'esecuzione del contratto.

Il co. 3 commina la nullità della clausola compromissoria inserita nel bando, nell'avviso o nell'invito senza la necessaria, previa e motivata autorizzazione dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice, essendo in tal guisa centralizzata al livello decisionale più elevato la scelta circa il potenziale utilizzo dell'arbitrato per la definizione di future e possibili controversie.

I co. 4, 5 e 6 disciplinano in modo dettagliato la procedura di nomina degli arbitri (demandando alla Camera arbitrale un ruolo primario) al fine di garantire la professionalità dei soggetti prescelti, nonché il rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione, stabilendo altresì una chiara incompatibilità tra le funzioni arbitrali e una serie di soggetti che direttamente o indirettamente abbiano partecipato alla fase di evidenza pubblica o della fase esecutiva ovvero che abbiano avuto pregresse tipologie di rapporti professionali con le parti ovvero che siano magistrati ordinari, amministrativi contabili e militari in servizio, avvocati e procuratori dello Stato in servizio, nonché magistrati e giudici tributari.

Il co. 7, al fine di presidiare il rispetto della procedura e delle incompatibilità recate dai commi 4, 5 e 6, sanziona con la nullità del lodo la nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione di siffatte disposizioni.

Il co. 8 valorizza vieppiù nella fase di scelta del collegio arbitrale il ruolo della Camera arbitrale, presso cui devono confluire tutti i relativi atti delle parti e che determina l'acconto del corrispettivo degli arbitri e nomina, ove necessario, il segretario dell'arbitrato, eventualmente scegliendolo tra il personale interno all'Autorità nazionale anticorruzione.

Il co. 9 codifica il principio di libertà delle parti nella scelta della sede del collegio arbitrale, prevedendo altresì che, laddove non sia espressa alcuna indicazione al riguardo ovvero se non vi sia accordo fra le parti, la sede è automaticamente stabilita presso la sede della Camera arbitrale.

Il co. 10 sottopone l'arbitrato, per quanto non disciplinato dal codice dei contratti pubblici, alle disposizioni del Codice di procedura civile, affermando espressamente l'ammissibilità di tutti i mezzi di prova ivi previsti, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme.

Il co. 11 codifica il principio per cui la perentorietà dei termini che gli arbitri abbiano fissato alle parti per le loro allegazioni e istanze istruttorie sussiste soltanto nei casi in cui vi sia una previsione in tal senso nella convenzione di arbitrato o in un atto scritto separato o nel regolamento processuale che gli arbitri si sono dati.

I co. 12 e 13 dettano precise disposizioni circa la sottoscrizione, il deposito, l'efficacia del lodo e il versamento di una somma a carico delle parti e a cura degli arbitri all'Autorità nazionale anticorruzione, sancendo inoltre che il deposito del lodo in materia di contratti pubblici presso la Camera arbitrale deve precedere il deposito presso la cancelleria del tribunale di cui all'art. 825 del Codice di procedura civile.

Il co. 14 consente espressamente un'ampia impugnabilità del lodo tanto per motivi di nullità, quanto per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia; la facoltà d'impugnazione è sottoposta a due termini decadenziali: un possibile termine breve di novanta giorni decorrente dall'eventuale notificazione del lodo e un ineludibile termine lungo decorrente dal deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

Il co. 15 introduce delle peculiarità al rito d'impugnazione dinanzi alla Corte d'Appello al fine di garantire una massima celerità nella definizione della vicenda, nonché una più ampia possibilità di sospensione dell'efficacia esecutiva del lodo, che deve essere seguita da un ancor più rapida definizione della controversia.

Inoltre, la norma fa espresso rinvio all'apposito allegato V.1 per la disciplina relativa ai compensi degli arbitri[18].

---

[18] L'art. 214 del Codice disciplina ulteriori aspetti dell'arbitrato. Nello specifico, la disposizione prevede che «*1. Presso l'ANAC è istituita la Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture. 2. La Camera arbitrale cura la formazione e la tenuta dell'Albo degli arbitri per i contratti pubblici, redige il relativo codice deontologico e provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale. 3. Sono organi della Camera arbitrale il Presidente e il consiglio arbitrale. 4. Il consiglio arbitrale, composto da cinque membri, è nominato dall'ANAC fra soggetti dotati di particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per garantire l'indipendenza e l'autonomia dell'istituto, nonché dotati dei requisiti di onorabilità stabiliti dalla medesima Autorità. Al suo interno, l'ANAC sceglie il Presidente. L'incarico ha durata quinquennale ed è retribuito nella misura determinata dal provvedimento di nomina nei limiti delle risorse attribuite all'Autorità stessa. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'articolo 1, comma 42, lettera l), della legge 6 novembre 2012, n. 190, durante il periodo di appartenenza, e nei successivi tre anni, i soggetti iscritti all'Albo non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte. 5. Per l'espletamento delle sue funzioni la Camera arbitrale si avvale di una struttura di segreteria con personale fornito dall'ANAC. 6. La Camera arbitrale cura annualmente la rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici e li trasmette all'Autorità e alla Cabina di regia di cui all'articolo 221. 7. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 18, della legge 6 novembre 2012, n. 190, possono essere iscritti all'Albo degli arbitri della Camera arbitrale i soggetti appartenenti alle seguenti categorie: a) magistrati ordinari, amministrativi, contabili, militari, magistrati e giudici tributari a riposo; b) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di Cassazione; c) tecnici in possesso del diploma di*

Tra i rimedi di carattere stragiudiziale, il Codice annovera anche il Collegio Consultivo Tecnico (c.d. "CCT"), la cui disciplina è prevista dagli artt. 215 – 219 ss.[19]. Le norme sul

laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno dieci anni e iscritti ai relativi albi; d) professori universitari, anche in quiescenza, nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti delle pubbliche amministrazioni, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. 8. Sul sito dell'ANAC sono pubblicati l'elenco degli arbitrati in corso e definiti, i dati relativi alle vicende dei medesimi, i nominativi e i compensi degli arbitri e dei periti. 9. L'iscrizione all'Albo degli arbitri e all'elenco dei periti ha validità triennale e può essere nuovamente ottenuta decorsi due anni dalla scadenza del triennio. Sono fatti salvi i casi di ricusazione di cui all'articolo 815 del codice di procedura civile. L'ulteriore disciplina relativa all'Albo degli arbitri, all'elenco dei periti e all'elenco dei segretari è disposta dall'allegato V.1.».

[19] Le norme citate, dopo l'intervento del Correttivo, prevedono espressamente che «*Articolo 215 (Collegio consultivo tecnico) 1. Per prevenire le controversie o consentire la rapida risoluzione delle stesse o delle dispute tecniche di ogni natura che possano insorgere nell'esecuzione dei contratti, ciascuna parte può chiedere la costituzione di un collegio consultivo tecnico, formato secondo le modalità di cui all'allegato V.2 in modo da garantire l'indipendenza di giudizio e valutazione. Per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche, incluse quelle realizzate tramite contratti di concessione o di partenariato pubblico-privato, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea la costituzione del collegio è obbligatoria.[In sede di prima applicazione del codice, l'allegato V.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.]*

2. Il collegio consultivo tecnico esprime pareri o adotta determinazioni eventualmente aventi valore di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile. Se la pronuncia assume valore di lodo contrattuale, l'attività di mediazione e conciliazione è comunque finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte.

3. L'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali. L'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa.

Articolo 216 (Pareri e determinazioni obbligatorie)

1. Nei casi di iscrizione di riserve, di proposte di variante e in relazione ad ogni altra disputa tecnica o controversia che insorga durante l'esecuzione di un contratto di lavori di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, è obbligatoria l'acquisizione del parere o, su concorde richiesta delle parti, di una determinazione del collegio. Se le parti convengono altresì che le determinazioni del collegio assumono natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del Codice di procedura civile, è preclusa l'esperibilità dell'accordo bonario per la decisione sulle riserve.

2. L'acquisizione del parere è obbligatoria nei casi di risoluzione contrattuale. Se, per qualsiasi motivo, i lavori non possono procedere con il soggetto designato, prima di risolvere il contratto la stazione appaltante acquisisce il parere del collegio consultivo tecnico, anche in ordine alla possibilità che gravi motivi tecnici ed economici rendano preferibile la prosecuzione con il medesimo soggetto.

3. Nel parere il collegio consultivo tecnico valuta anche la possibilità di decidere:

a) se procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera;

b) se interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato;

c) se indire una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera;

d) se proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

4. Quando la sospensione è imposta da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti, entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori oppure della causa che potrebbe determinarla, il collegio consultivo tecnico accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori e indica le modalità, tra quelle di cui ai commi 2 e 3, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. In tal caso la pronuncia assume l'efficacia di lodo contrattuale solo se tale possibilità non sia stata espressamente esclusa ai sensi di quanto disposto dall'articolo 217.

Articolo 217 (Determinazioni facoltative)

1. Quando l'acquisizione del parere o della determinazione non è obbligatoria, le determinazioni del collegio consultivo tecnico assumono natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del codice di procedura civile se le parti, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del collegio, non abbiano diversamente disposto. La possibilità che la pronuncia del collegio consultivo tecnico assuma natura di lodo contrattuale è esclusa nei casi in cui è richiesta una pronuncia sulla risoluzione, sulla sospensione coattiva o sulle modalità di prosecuzione dei lavori.

2. Se le parti, ai sensi di quanto disposto dal comma 1, escludono che la determinazione possa valere come lodo contrattuale, la stessa, anche se facoltativa, produce comunque gli effetti di cui al comma 3 dell'articolo 215.

3. Le determinazioni aventi natura di lodo contrattuale sono impugnabili nei casi e nei modi indicati dall'articolo 808-ter, secondo comma, del codice di procedura civile.

Collegio consultivo tecnico (CCT) danno attuazione al criterio direttivo della legge delega concernente "*estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto*".

L'istituto, temporaneamente introdotto dagli articoli 4 e 5 del d. l. 16 luglio 2020, n. 76, come successivamente modificato e integrato, è confermato come rimedio generale per dirimere sul nascere i possibili contenziosi tra committente e appaltatore che rischierebbero di pregiudicare l'esecuzione tempestiva e a regola d'arte del contratto di appalto.

La creazione, obbligatoria per gli appalti sopra soglia, di un organismo consultivo e di mediazione e conciliazione destinato ad accompagnare l'esecuzione del contratto sin dal momento iniziale e per tutta la sua durata, è volta appunto ad evitare che dispute e contrasti che possono insorgere tra le parti ritardino o ostacolino l'esatto adempimento della prestazione contrattuale.

Sostanzialmente, le norme mettono a regime il sistema già disegnato dagli articoli 4 e 5 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, come integrato dalle linee guida predisposte dal Consiglio superiore dei lavori pubblici e approvate con D.M. del Ministero delle infrastrutture e mobilità sostenibili del 17 gennaio 2022.

Rimane nella disponibilità delle parti decidere se limitare il Collegio consultivo tecnico ad una funzione soltanto consultiva o attribuire alle sue decisioni valore di determinazione direttamente costitutiva di diritti e obblighi in capo alle parti stesse. In ogni caso, l'inosservanza delle pronunce (pareri o determinazioni) del Collegio consultivo tecnico è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; l'osservanza delle determinazioni del CCT, invece, è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.

Il rimedio è esteso agli appalti di servizi e forniture ed è posto un limite ai compensi spettanti ai singoli membri. Infine, vi è un rinvio ad un apposito allegato V.2 per la disciplina di dettaglio sulle modalità di costituzione del Collegio.

È interessante osservare come secondo attenta dottrina, nel CCT, «*evidentemente la celere e diligente esecuzione del contratto è sempre e comunque interesse prioritario che deve, quindi, informare l'intera azione del CCT, persino nella sua veste di collegio arbitrale. D'altra parte, il CCT, per meglio assicurare il risultato, anche nella sua veste arbitrale, può ben optare per soluzioni conciliative, i.e., può ben operare secondo la nota attitudine dell'arbitrato irrituale a ricercare una "amichevole composizione"*»[20].

Articolo 218 (Costituzione facoltativa del collegio consultivo tecnico)

1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, tramite il RUP, possono costituire, secondo le modalità di cui all'allegato V.2, un collegio consultivo tecnico, formato da tre componenti, per risolvere problemi tecnici o giuridici di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

Articolo 219 (Scioglimento del collegio consultivo tecnico)

1. Il collegio consultivo tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto oppure, nelle ipotesi in cui non ne è obbligatoria la costituzione, anche in un momento anteriore su accordo delle parti.

1-bis. Il contratto si considera eseguito alla data della sottoscrizione dell'atto di collaudo o regolare esecuzione, salvo che non sussistano riserve o altre richieste in merito al collaudo medesimo; in quest'ultimo caso, il collegio è sciolto con l'adozione della relativa pronuncia.

[20] Cfr. F. GOISIS, *Il collegio consultivo tecnico come strumento di conciliazione e di arbitrato nell'interesse della celere ed esatta esecuzione del contratto*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2024, fasc.1, pp. 147 ss.. Sui limiti del CCT, cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 giugno 2022, n. 4650 secondo cui «*il collegio consultivo tecnico previsto dagli artt. 5 e 6, d.l. n. 76 del 2020, convertito dalla l. n. 120 del 2020, interviene con funzione consultiva nelle sole ipotesi previste dall'art. 5, comma 1, lett. a) - d), tra le quali non rientra quella del grave inadempimento dell'appaltatore ad obblighi contrattuali, nonché nell'ipotesi*

Infine, l'art. 220 si occupa dei pareri di precontenzioso dell'Anac. L'art. 220 riscrive la disciplina del parere di precontenzioso dell'ANAC, già previsto dall'art. 211 del d. lgs. n. 50 del 2016, con talune significative innovazioni[21].

Le modifiche introdotte si pongono l'obiettivo di un rafforzamento dell'istituto, in attuazione del criterio direttivo contenuto nell'art. 1, comma 2, lett. *ll*) della lelgge delega n. 78 del 14 giugno 2022, che assegna al legislatore delegato il compito di provvedere all'estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto.

A tali metodi alternativi (ADR) ben può essere assimilato, infatti, il parere di precontenzioso dell'Anac, che ha funzione di prevenzione della causa, e dunque condivide con i citati ADR la finalità deflattiva rispetto al contenzioso giurisdizionale.

Al co. 1 si chiarisce, anzitutto, che il parere di precontenzioso viene espresso su richiesta della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una o più delle altre parti. Vengono poi introdotte importanti modifiche.

Da un lato, infatti, è eliminato l'inciso che rendeva il parere vincolante per le parti che avessero preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito.

Dall'altro lato, è consentito all'operatore economico (non anche alla stazione appaltante o ente concedente) che abbia richiesto il parere e vi abbia aderito di impugnarlo "esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia", dunque unicamente per profili sostanziali e non anche per vizi formali o procedurali nell'emissione del parere stesso: ciò in applicazione estensiva della regola di non annullabilità dettata in generale dall'art. 21-*octies*, co. 2, della l. n. 241 del 1990.

---

dello stesso art. 5, comma 4, quando « la prosecuzione dei lavori ... non possa procedere con il soggetto designato » (la cui interpretazione preferibile, malgrado l'inciso « per qualsiasi motivo », induce ad escludere la fattispecie della risoluzione per grave inadempimento dell'appaltatore); allo stesso collegio consultivo tecnico, poi, l'art. 6, comma 1, riserva « funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso », con il compito di adottare delle « determinazioni » volte appunto a risolvere tali dispute e controversie; queste « determinazioni » vanno tenute distinte dai « pareri » di cui al precedente art. 5; alle « determinazioni » del collegio consultivo tecnico il comma 3 dell'art. 6 attribuisce, infatti, la natura di « lodo contrattuale previsto dall'art. 808 ter c.p.c., salva la diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse »; si tratta, cioè, di un arbitrato irrituale che, salvo tale diversa volontà delle parti (e salvo ricorra una delle cause di annullabilità dell'art. 808 ter, comma 2, c.p.c.), sottrae la controversia alla giurisdizione ordinaria».

[21] Oggi, l'art. 220 del Codice prevede che «*Art. 220. (Pareri di precontenzioso e legittimazione ad agire dell'ANAC)*

1. Su iniziativa della stazione appaltante, dell'ente concedente o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. L'operatore economico che abbia richiesto il parere o vi abbia aderito lo può impugnare esclusivamente per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. La stazione appaltante o l'ente concedente che non intenda conformarsi al parere comunica, con provvedimento da adottare entro quindici giorni, le relative motivazioni alle parti interessate e all'ANAC, che può proporre il ricorso di cui al comma 3.

2. L'ANAC è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

3. Se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del codice l'ANAC emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Con il regolamento di cui al comma 4, l'Autorità individua un termine massimo, che decorre dall'adozione o dalla pubblicazione dell'atto contenente la violazione, entro il quale il parere può essere emesso. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante. Se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a trenta giorni dalla trasmissione, l'Autorità può presentare ricorso, entro i successivi 30 trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104.

4. L'ANAC, con proprio regolamento, può individuare i casi o le tipologie di provvedimenti, anche relativi alla fase esecutiva, con riferimento ai quali esercita i poteri di cui ai commi precedenti».

È chiara la *ratio* legislativa di un rafforzamento del parere, di cui l'operatore economico può ottenere l'annullamento in sede giudiziale solo quando esso sia "sbagliato" nella sostanza.

Sempre nel comma 1 sono inserite altre due importanti novità rispetto alla disciplina di cui all'art. 211 del d. lgs. n. 50 del 2016.

La prima riguarda l'abrogazione della norma che imponeva al giudice, in caso di rigetto del ricorso avverso il parere, di valutare il comportamento della parte ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 26 del c.p.a.

Si trattava, infatti, di disposizione da un lato inutile, se intesa nel senso di imporre al giudice di valutare la sussistenza degli estremi della lite temeraria, in quanto già il citato art. 26 del c.p.a. impone al giudice di effettuare una simile valutazione in riferimento a ogni causa che venga portata al suo esame.

Dall'altro lato, la disposizione in discorso era di dubbia costituzionalità, se intesa nel senso che essa ricollegasse una presunzione di temerarietà alla pura e semplice proposizione di un ricorso contro il parere, che fosse stato respinto dal giudice adito.

La seconda importante novità riguarda l'obbligo, per la stazione appaltante o l'ente concedente che non intendano conformarsi al parere, di comunicare entro quindici giorni le relative motivazioni alle parti interessate e all'Anac, che può proporre ricorso contro tale determinazione negativa. Anche in tale previsione si esprime la *ratio* legislativa di rafforzare lo strumento in esame e il Legislatore si serve a tal fine di una regola di trasparenza, che impone alla stazione appaltante o ente concedente di rendere pubbliche le ragioni del loro rifiuto.

In coerenza con la regola generale dell'art. 3 della l. n. 241 del 1990, che impone l'obbligo di motivazione per i provvedimenti amministrativi, la decisione di non conformarsi al parere dell'Anac assume la veste di provvedimento.

Il Consiglio di Stato ha segnalato che, come già il co. 1 dell'art. 211 del d. lgs. n. 50 del 2016, il co. 1 dell'art. 220 assegna all'Anac un termine di 30 giorni dalla ricezione della richiesta per esprimere il parere senza ricollegare alcun significato all'inerzia serbata dall'Autorità sulla richiesta. In difetto di un'esplicita previsione di silenzio significativo, l'inerzia stessa va qualificata quale silenzio inadempimento, con il corollario dell'esperibilità nei suoi confronti dei rimedi previsti in via generale dall'ordinamento.

La formulazione dei commi 2, 3 e 4 dell'art. 220 ricalca quella dei commi 1-*bis*, 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 211 del D. lgs. n. 50 del 2016. Le sole novità si ravvisano nel co. 3 dell'art. 220, che ripropone il potere dell'Anac di esprimere un parere motivato quando ravvisi che la stazione appaltante ha adottato un provvedimento affetto da gravi violazioni del Codice, specificando nel parere i vizi di legittimità riscontrati.

Una prima novità è costituita dalla previsione di un potere in capo all'Autorità di stabilire con proprio regolamento il termine massimo, comunque decorrente dall'adozione o pubblicazione dell'atto che contiene la violazione, per emettere il parere.

Una seconda novità è rappresentata dal termine assegnato alla stazione appaltante per conformarsi al parere, che è dimezzato rispetto a quello previsto dall'art. 211 (non più 60 ma 30 giorni), secondo una logica di velocizzazione dei tempi del procedimento.

Sul valore da attribuire ai pareri di precontenzioso, si ricorda che una recentissima sentenza del Consiglio di Stato ha stabilito che «*il parere di precontenzioso Anac che si esprima nel senso della illegittimità degli atti di gara, in ragione delle funzioni di vigilanza e controllo che la legge conferisce all'Autorità nel settore dei contratti pubblici (art. 213 del Codice dei contratti pubblici), determina*

l'attenuazione del dovere di motivare sulla sussistenza di un interesse pubblico specifico e concreto all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione; in queste ipotesi, infatti, l'amministrazione appaltante non deve argomentare in maniera diffusa sulla sussistenza di un interesse pubblico a procedere all'autoannullamento, dovendo, anzi, provvedere (sempre) ad annullare gli atti ritenuti illegittimi dall'Autorità, a meno che non emerga un interesse pubblico specifico e concreto a non provvedere all'autoannullamento dell'atto; in altri termini, in questi casi, la valutazione che deve essere effettuata dall'amministrazione si volge non alla ricerca, in positivo, di una ragione di interesse pubblico per annullare in autotutela, ma alla ricerca, in negativo, di una ragione per non annullare» (Consiglio di Stato sez. V, 08/01/2024, n.253).

3. Il sistema francese di risoluzione delle controversie sui contratti di Partenariato Pubblico-Privato: l'*arbitrage* nel *Code de la Commande Publique*.

Nel *Code de la commande publique* francese, a differenza di quanto accade nel Codice dei contratti pubblici italiano, è presente una disposizione specificamente dedicata al *partenariat* e alle modalità di risoluzione delle controversie. Si tratta dell'art. L. 2236-1, che consente il *recours à l'arbitrage*, disponendo che «*les parties peuvent recourir à l'arbitrage pour le règlement des litiges relatifs à l'exécution des marchés de partenariat, avec application de la loi française*».

La norma rappresenta un derivato dell'art. 2197-6, secondo cui «*par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'Etat, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet*». Tale disposizione consente di ricorrere all'arbitrato per le questioni finanziarie che attengono ad un contratto pubblico.

La differenza con l'art. 2236-1 è che tale norma estende la portata della facoltà a tutta la fase di *exécution del marché de partenariat*. Tuttavia, rimane esclusa ogni controversia che attenga alla fase della *passation*.

È interessante rilevare che l'*arbitrage* ricade sotto la competenza del Giudice amministrativo. Secondo la giurisprudenza, infatti, «*considérant, d'une part, que les marchés publics sont au nombre des contrats qui relèvent d'un régime administratif d'ordre public ; que, dans l'hypothèse où le litige né de l'exécution ou de la rupture d'un tel contrat, conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, est soumis à l'arbitrage et donne lieu à une sentence arbitrale rendue en France, le recours dirigé contre cette sentence, qui implique le contrôle de sa conformité aux règles impératives du droit public français auxquelles sont nécessairement soumis de tels contrats, relève de la compétence du juge administratif et est porté devant le Conseil d'Etat en application de l'article L. 321-2 du code de justice administrative ; que, dans le cas où la sentence arbitrale a été rendue par une juridiction siégeant à l'étranger, la juridiction administrative française est en revanche incompétente pour connaître d'un recours dirigé contre cette sentence*».

Ciò significa che, a differenza di quanto accade nell'ordinamento italiano, quello francese ha risolto il problema dell'individuazione del Giudice dotato di giurisdizione. E la scelta è ricaduta sul Giudice amministrativo e, d'altronde, non avrebbe potuto essere altrimenti, dal momento che «*nel sistema francese, affine a quello italiano, è affidata al giudice amministrativo la cognizione dell'azione pubblica tanto nel momento autoritativo che in quello paritetico*» (Corte Cost. n, 204 del 2004).

Infine, è opportuno rilevare che il *recours à l'arbitrage* nell'ambito del *marché de partenariat* rappresenta una delle deroghe più rilevanti al divieto di ricorso all'arbitrato da parte di un

soggetto di diritto pubblico. Come noto nell'ambito dell'ordinamento francese, «*l'état du droit, affirmé par l'avis adopté par l'assemblée générale du Conseil d'Etat le 6 mars 1986, est d'ailleurs en ce sens : en principe, les personnes publiques, y compris celles exerçant une activité industrielle ou commerciale, ne peuvent recourir à l'arbitrage, ni par la voie du compromis, ni par celle de la clause compromissoire, ni pour les litiges de nature commerciale, ni pour ceux qui sont de nature administrative*»[22]. Tuttavia, si è anche riconosciuta la validità di tale strumento[23] e, pertanto, il legislatore francese ha cercato di ampliarne quanto più possibile l'utilizzo.

Ad oggi, quindi, il *Code de la commande publique* conosce solo uno strumento espressamente dedicato alla soluzione delle controversie in materia di *partenariat* e tale circostanza rappresenta una delle differenze più vistose rispetto al Codice dei contratti pubblici italiano.

[22] Cfr. *Colloque du 30 septembre 2009 organisé par la Chambre Nationale pour l'Arbitrage Privé et Public.*

[23] Cfr. *Colloque* cit., dove si legge che «*l'arbitrage autorise le recours à un tiers neutre, connu et apprécié pour ses compétences techniques dans un domaine déterminé, à la décision duquel les parties choisissent de se conformer. Il n'est, de plus, pas exclusif de l'utilisation des autres modes de règlement des litiges. La célérité est le troisième avantage habituellement attribué au processus d'arbitrage. Celle-ci peut certes n'être que relative, mais le procédé conventionnel qui permet le recours à ce mode de règlement des conflits offre naturellement la possibilité de prévoir les délais dans lesquels le ou les arbitres choisis, devront rendre leur décision. Ce sont à l'évidence ces atouts qui ont conduit le législateur à organiser en droit interne, depuis fort longtemps, des dérogations ponctuelles à la prohibition du recours à l'arbitrage pour les personnes morales de droit public*».

Conclusioni

In Premessa il lettore è stato messo in guardia sul fatto che l'esigenza di indagare il fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato nasce, sostanzialmente, da un problema evidente: i meccanismi che regolano il PPP, storicamente, sono tanto affascinanti quanto incapaci di far esprimere appieno le potenzialità della cooperazione partenariale. È cosa nota, infatti, che l'interazione tra Pubblico e privato ha in più occasioni stentato nel far risaltare, da un lato, il ruolo di guida – anche politica - dell'Amministrazione e, dall'altro, il beneficio che un singolo operatore economico può apportare alla collettività.

Eppure, il fenomeno partenariale è, ormai da lungo tempo, rivisto come la soluzione idonea a dare concretezza al concetto che Adam Smith definiva come "risultato non intenzionale", ossia la possibilità di generare utilità per l'intera collettività sociale, muovendo dal perseguimento, talvolta egoistico, di un interesse individuale. È evidente, infatti, che quando Pubblico e privato si incontrano sono, in realtà, mossi da esigenze ontologicamente diverse, le quali, tuttavia per il principio dell'eterogenesi dei fini, possono (*recte*, devono) condurre alla soddisfazione di altrettanto precisi interessi pubblici, con un percorso ideale che il d.lgs. n. 36 del 2023 ha sintetizzato nella formula di "principio di risultato".

Sempre in Premessa, si è detto che tali problematiche, seppur attinenti a questioni e piani tra loro diversi, hanno un'origine comune che, sul piano sistematico, si concretizza nell'assenza di una nozione precisa. Il sintagma Partenariato Pubblico-Privato, infatti, è sempre sfuggito dai vari tentativi di imprimerne l'essenza all'interno di una nozione dai confini certi e, soprattutto, prescrittivi in termini di diritto positivo.

È proprio su questo specifico aspetto che il Codice dei contratti pubblici sembra aver apportato il contributo maggiore, avendo intercettato l'essenza del PPP e averne restituito l'immagine non di strumento prettamente giuridico ma, anzi, socio economico. Detto in altri termini, il legislatore sembra essersi reso conto che la cooperazione partenariale non è un istituto giuridico ma, all'opposto, è un fenomeno che si compone di vari istituti giuridici, dando vita ad una relazione nella quale il diritto è funzionale alla disciplina del partenariato, e non viceversa.

Quando il Codice parla di "operazione economica" rende manifesta la scelta del legislatore di consegnare all'Amministrazione e agli operatori economici privati, che di essa diverranno *partner*, non una nozione giuridicamente precisa e dettagliata, ma un vero e proprio "scopo" da perseguire. Si tratta, quindi, della presa d'atto, più o meno manifesta, che il Partenariato Pubblico-Privato, prima ancora che scelta giuridica, è una scelta di politica economica e sociale.

Coinvolgere i privati nelle decisioni un tempo riservate alla sola P.a. non riguarda più unicamente la scelta sul se avvalersi o meno di risorse – tecniche ed economiche – del privato, ma attiene alla volontà – o meno – di far assurgere gli operatori economici a centro decisionale del perseguimento degli interessi pubblici. Ciò significa, in concreto, ripensare il ruolo dell'Amministrazione.

È consequenziale, pertanto, che la nozione di PPP contenuta all'art. 174 del Codice sia asimmetrica rispetto a quella dettata dal legislatore europeo e, soprattutto, dal *Code de la commande publique*.

Nel primo caso, infatti, lo scopo cui mira la disciplina della cooperazione partenariale è ritrarre risorse dal settore imprenditoriale privato e, allo stesso tempo, preservare l'unità del c.d. "mercato unico" attraverso la tutela di quello che, ormai, è a tutti gli effetti un bene giuridico, ossia la concorrenza.

Nel secondo caso, invece, il *partenariat* riflette una visione del rapporto tra Amministrazione e amministrati ben precisa, ossia la scelta di conservare il ruolo di guida della prima nei confronti dei secondi, i quali sono chiamati in causa solo ed esclusivamente per apportare risorse finanziarie. La testimonianza più evidente di tale assunto, che va al di là dell'analisi delle singole disposizioni del *Code*, è rintracciabile nel fatto che il contratto sottostante al fenomeno di PPP è qualificato come *marché*, ossia appalto, e non certo come *concession* o come "cooperazione".

Al di là di queste prime considerazioni di inquadramento, vi è da dire che il vero tratto caratterizzante la nozione di Partenariato Pubblico-Privato come operazione economica sta nel carattere "globale" insito nella definizione stessa. Ciò che si vuole dire è che il coinvolgimento del privato è totalizzante, soprattutto nelle fattispecie – come il *project financing* – che prevedono un intervento del privato sin dalla fase della programmazione delle opere da realizzare, e ciò si riflette, ovviamente, anche sulle fasi che scandiscono l'operazione economica.

La genesi e l'esecuzione di un PPP, infatti, sono ora tra loro legate dalla funzionalizzazione al perseguimento di un risultato e, soprattutto, dalla necessità che l'operazione medesima si mantenga costantemente in equilibrio. La ricerca di tale equilibrio, peraltro, pare essere l'elemento che più di ogni altro dà concretezza all'immagine della cooperazione tra Pubblico e privato.

È a questo punto, allora, che trova risposta il secondo quesito che ci siamo posti in Premessa, ossia se al mutamento concettuale corrisponde un mutamento normativo idoneo a sorreggere il cambio di paradigma che ha investito la cooperazione partenariale. Più precisamente, si è in grado di rispondere alla domanda se, in buona sostanza, Pubblico e privato sono realmente

liberi di modellare l'operazione – per usare le parole del Codice – secondo le proprie intenzioni, pur essendo ovviamente indirizzate alla realizzazione di un obiettivo di natura pubblica.

L'analisi dell'architettura normativa restituisce l'immagine di un'Amministrazione sicuramente più "liquida", più flessibile, più agile di quanto non le fosse concesso di essere in passato. Gli strumenti messi a sua disposizione, come i principi (specie quelli del risultato e della conservazione dell'equilibrio economico finanziario), presentano l'indubbio pregio di superare retaggi tradizionali quali l'impossibilità della P.a. di attivarsi in modo efficiente per condurre negoziazioni idonee a preservare la riuscita dell'operazione stessa.

Specularmente, il privato appare certamente meno "imprenditore" e più "decisore" e, a corredo di tale nuovo ruolo, il legislatore sembra essersi sforzato di fornire i mezzi adeguati per mantenere saldo il controllo del proprio *status*. D'altronde, la gestione dell'operazione economica non è più, come in passato, il mero corrispettivo spettante al privato per bilanciare il sinallagma contrattuale ma, ben più importante, rappresenta il momento nel quale l'operatore economico manifesta appieno la propria posizione di *partner*, se non addirittura di guida dell'operazione.

L'Amministrazione non appare né indebolita né spogliata di un ruolo centrale rispetto all'attività di indirizzo della cooperazione partenariale, ma resta fuori di dubbio che, nel quadro dell'architettura normativa offerta dal legislatore, è preponderante l'esigenza di arrivare al "risultato" e non quello di consentire alla P.a. di esercitare in modo pieno il proprio imperio. Che poi, a ben vedere, questo elemento si aggiunge a quelli che consentono di qualificare come sempre più flessibile l'azione dell'Amministrazione stessa.

Anche in questo caso, la comparazione con il *marché de partenariat* pone immediatamente in risalto i tratti caratterizzanti la nuova disciplina nostrana e, soprattutto, ne fa emergere quei lati che, ad una prima osservazione superficiale, non sono prontamente individuabili. Il carattere derogatorio del *partenariat*, infatti, si manifesta prettamente sulle regole che disciplinano il piano finanziario dell'operazione e non certo quello del coinvolgimento del privato negli aspetti decisionali, che restano riservati *in toto* all'Amministrazione.

Tali considerazioni ci portano alla soluzione del terzo quesito avanzato in Premessa, dove ci si è chiesti se il legislatore sia stato in grado di porre rimedio alle aporie che, troppo spesso, in passato, hanno caratterizzato la disciplina della fase esecutiva di una operazione di Partenariato Pubblico-Privato. In tal senso, dall'analisi delle norme contenute nel Codice, emergono elementi che infondono un certo ottimismo verso una soluzione positiva.

È emblematico, in quest'ottica, il cambio di prospettiva che il legislatore ha assunto sul piano della revisione dell'equilibrio economico-finanziario della cooperazione partenariale. Aver

elevato la pretesa del privato a che l'Amministrazione agisca per ridare stabilità al rapporto sul quale sono intervenute sopravvenienze imprevedibili e averla, addirittura, qualificata come diritto, con tutte le conseguenze di cui tale inquadramento è foriero, testimoniano il deciso cambio di passo verso il concepimento di una P.a. realmente "liquida" e un privato in concreto "responsabilizzato".

In tal senso, il fatto che le analoghe disposizioni del *Code de la commande publique* siano prettamente incentrate sugli aspetti economici dell'operazione, avvalora quanto già detto, ossia che, nel nostro ordinamento, la disciplina dedicata al Partenariato Pubblico-Privato è sicuramente asimmetrica rispetto a quella di altre realtà e altrettanto sicuramente è più votata a disciplinare la dinamica di arretramento e/o di avanzamento dell'Amministrazione rispetto alla analoga posizione assunta dal privato.

Su questo aspetto, tuttavia, la prassi ci insegna che è determinante il ruolo giocato dal giudizio e, quindi, dal Giudice amministrativo, nella soluzione delle eventuali controversie sorte attorno all'operazione e, in definitiva, sull'esito della stessa. I poteri del Giudice non sono affatto secondari ed è notorio quanto il potere giudiziario eserciti un peso – talvolta decisivo – sulle sorti dei contratti sottostanti l'operazione di PPP.

In disparte le eventuali patologie, resta il dato per cui la gestione fisiologica del Partenariato Pubblico-Privato, a mezzo degli strumenti predisposti dal d.lgs. n. 36 del 2023, possa restituire un certo grado di ottimismo rispetto alle problematiche dalle quali la presente analisi ha preso avvio. Ovviamente, in ragione del poco tempo trascorso dall'adozione del Codice, sembra ancora presto azzardare commenti trancianti, essendo necessario attendere di vedere come si porrà la prassi rispetto a tali novità, come la giurisprudenza darà applicazione ad alcune norme di nuovo conio e, soprattutto, se il legislatore confermerà o meno le proprie scelte, come sembra essere già accaduto in sede di adozione del c.d. "Correttivo".

Il percorso, quindi, è ancora lungo, ma ci sono i presupposti per sorridere.

Roberto Schneider

BIBLIOGRAFIA

ABRUZZESE M., *Effettività della tutela e principio del risultato nel processo amministrativo*, su *www.giustizia-amministrativa.it*, 2024;

AICARDI N., *Società miste e affidamento di contratti pubblici*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2020;

ALBERTI C., *Appalti* in house*, concessioni* in house *ed esternalizzazione*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2001, fasc. 3-4;

ALESSI R., *Principi di diritto amministrativo*, vol. II, *I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*, Giuffrè, terza ed., Milano, 1974;

ALPA G. e G.M. ESPOSITO, *Prefazione*, in *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato*, di E. CAMPAGNANO, 2020, Padova;

AMATO G., *Bentornato Stato, ma*, 2021, Bologna;

AMOROSINO S. e R. SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore*, in *Riv. giur. ed.*, 1999;

AMOROSINO S., *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, fasc. 5;

AMOROSINO S., *Profili sistematici del partenariato pubblico-privato per le infrastrutture e le trasformazioni urbanistiche*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2011, vol. 2;

AMORTH A., *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 455, ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1999;

AUBY J.-B., *Le droit administratif français vu du droit comparé*, in *Actualité juridique Droit administratif*, 2013, n. 7;

AUCOC L., *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, 1885;

AVERARDI A., *PNRR, investimenti e partecipate pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, fasc. 3;

BALDI M. e S. FASANO, *Società di scopo, locazione finanziaria, contratto di disponibilità e le altre forme di partenariato*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 6;

BALDI M., *L'esecuzione delle concessioni e la finanza di progetto*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 4;

BALDI M., *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 3;

BASSANINI F. e G. TIBERI, *La tela di Penelope, Primo rapporto ASTRID sulla semplificazione legislativa e burocratica*, Bologna, 2010;

BAZEX M., *L'evolution des relations entre les collectivités locales e les enterprises*, in (a cura di) S. CAUDAL e J.-F. SESTIER, *Le Collectivités locales et l'enterprise*;

BENAZETH E., *Cour des comptes - Poltiques publiques - Rapport public annuel*, cru 2015, *JA*, n. 515;

BERGÈRE F. – X. BEZANÇON – L. DERUY – G. GOULARD – M. FORNACCIARI, *Que faut-il entendre par partenariat public-privé?*, in *Le guide opérationnel des PPP*, Paris, 2010;

BERNARD S., *Les mutations de l'actionnariat public*, *RFDA*, 2019;

BEZANÇON X., *2000 ans d'histoire du partenariat public-privé pour la réalisation des équipements et services collectifs*, 2004;

BIONDI V., *Funzione compensativa e limiti del prezzo nei contratti di partenariato pubblico privato (PPP)*, in *Azienditalia*, 2019, fasc. 12;

BOARDMAN A.E. -C. GREVE-G.A. HODGE, *Comparative Analyses of Infrastructure Public-Private Partnerships*, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*;

BRACCONIER S., *Le futur régime des partenariats public-privé: rupture et clarifications*, *RDP*, 2015;

BRENET F., *Les marches de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015: un nouveau depart pour les partenariats public-privé?*, *DA*, 2015, dossier 3;

BRÉVILLE A., *Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrats complexes*, in *AJDA*, 2004;

BRISSON J.-F., *L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public*, *AJDA*, 2005;

BURDEAU F., *Histoire du droit administrative*, Paris, 1995;

CONTESSA C., *Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni*, in Urbanistica e appalti, 2016, fasc. 8-9;

CAFAGNO M., *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024;

CAFAGNO M., *L'evidenza pubblica tra diritto nazionale e diritto eurounitario. I principi di buona amministrazione e di concorrenza*, in *Economia Pubblica*, FrancoAngeli, 2023;

CAFAGNO M., *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001;

CAILLOSE J., *Les "mises en scéne" juridiques de la décentralisation*, Paris, 2009;

CALCAGNILE M., *Durata delle concessioni di servizi pubblici e regime della gestione*, in *Diritto Amministrativo*. 2020, fasc. 3;

CALCAGNILE M., *L'avvalimento nelle concessioni e la scelta delle amministrazioni aggiudicatrici*, in *Federalismi.it*, 22 novembre 2017;

CAMPAGNANO E., *Gli strumenti per la gestione della fase esecutiva delle concessioni*, in *Contratto e impresa*, 2023, fasc. 2;

CANCRINI A., *La programmazione e la progettazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. 3;

CAPITANT D., *Délégation de service public : régime des biens de retour, commentaire de l'arrêt CE, Ass. 21 décembre 2012, Commune de Douai, n° 342788, Recueil Dalloz*, 2013;

CAPONIGRO R., Parte III Della programmazione, in (a cura di) R. GIOVAGNOLI e G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024;

CARINGELLA F., *I contratti della P.a.*, in ID., *Manuale di diritto amministrativo*, 2023, Napoli;

CARTEI G.F., *I freni negli interventi infrastrutturali. Strumenti di partenariato pubblico-privato e qualità di redazione normativa del Codice dei contratti pubblici*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, fasc. 1;

CARTEI G.F., *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 8 – 9;

CARTEI G.F., *Il principio di equilibrio economico-finanziario e la disciplina del contratto di concessione*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, fasc. 2;

CARTEI G.F., *La disciplina del partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione*, in (a cura di) CARTEI G.F. e D. IARIA, *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023;

CARTEI G.F., *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, fasc. 8;

CARTEI G.F., *Piano economico finanziario e sostenibilità dell'offerta nella disciplina del contratto di concessione*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2022, fasc. 8 – 9;

CARTEI G.F., *Rischio e disciplina nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2018, fasc. 2;

CARULLO A. e V. MACCOLINI, *La disciplina procedimentale della finanza di progetto come risultante dal terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2009, vol. 1;

CASADY C.B. -K. ERIKSSON-R.E. LEVITT-W.R. SCOTT, *(Re)defining public-private partnerships (PPPs) in the new public governance (NPG) paradigm: an institutional maturity perspective*, in *Public Management Review*, 2020;

CASSESE S., *I rapporti tra Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1° gennaio 2001, fasc. 1;

CASSESE S., in *"Le droit tout puissant et unique de la société". Paradossi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, fasc. 4;

CASSESE S., in *Lo stato presente del diritto amministrativo italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2010, fasc. 2;

CASSESE S., *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2002, fasc. 1;

CASSESE S., *Lo Stato ad amministrazione disaggregata*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2020, fasc. 2;

CASSESE S., *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, fasc. 2;

CASSESE S., *Tendenze e problemi del diritto amministrativo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, fasc. 4;

CASSESE S., *Verso un diritto europeo italiano*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2017, fasc. 2;

CAVINA A. e D. GALLI, *Art. 178 Durata della concessione*, in (diretto da) F. CARINGELLA, *Nuovo codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023;

CERULLI IRELLI V., *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it;

CERULLI IRELLI V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *Diritto Amministrativo*, 2003, fasc. 2;

CERUTI M., *Appalti, concessioni rischio operativo: contratti aleatori o commutativi*, in Rivista trimestrale degli appalti, 2016, fasc. 2;

CERUTI M., *Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo*, in *Urbanistica e appalti*, 2016;

CHEVALLIER J., *Loi et contrat dans l'action publique, Cahiers du Conseil constitutionnel n. 17* (Dossier: *Loi et contrat*), marzo 2005;

CHITI M.P., *Il Partenariato Pubblico-Privato. Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni*, Napoli, 2009;

CINTIOLI F., *Il decreto semplificazioni (decreto legge n. 76 del 2020), gli appalti pubblici e il riparto di giurisdizione*, su *Federalismi.it*, 10 marzo 2021;

CINTIOLI F., *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, 2023;

CINTIOLI F., *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Editoriale Scientifica, 2020;

CINTIOLI F., *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, 2020, Rubbettino Editore;

CINTIOLI F., *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, consultabile su www.giustizia-amministrativa.it, 2021;

CLARICH M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto amministrativo*, 2016, fasc. 1-2;

COLTELLACCI M. e M. SMERIGLIO, *Il «Value For Money Assessment»: un metodo per paragonare la convenienza della concessione di costruzione e gestione rispetto all'appalto tradizionale*, in (a cura di) M.M.

CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013;

CONTESSA C., *Partenariato pubblico privato contrattuale, finanza di progetto, infrastrutture strategiche e contraente generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS;

CORI R., *Art 174 Nozione*, in (a cura di) A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, 2024, Torino;

D'ALBERTI M., *Diritto amministrativo comparato*, Bologna, 1992;

D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative*, Napoli, Jovene, 1981, ID., *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, 1988;

D'ORSOGNA M., *Pianificazione e programmazione*, in (a cura di) S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, V, Milano, 2006;

DE MASI C. e A. MASSI, *Finanziamento privato delle opere pubbliche e progettazione*, in *Le innovazioni introdotte dalla Merloni-ter alla legge quadro in materia di lavori pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, fasc. 2;

DE MONTECLER M.-C., *Le oui nuancé du Conseil constitutionnel au partenariat public-privé*, in *Actualité juridique. Droit administratif*, 2003, n. s.n. ;

DE NICTOLIS R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, fasc. 5;

DE NICTOLIS R., *La semplificazione che verrà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, fasc. 5;

DE NICTOLIS R., *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 11;

DE SAINT-PULGENT N., *Economie Générale de l'ordonnance sur les partenariats publics/privés*, *LPA*, 2004;

DE TOCQUEVILLE A., *Nouvelle correspondance*, Paris, Levy, 1866;

DELVOLVÉ P., *Les contrats de la «commande publique»*, *RFDA*, 2016;

DEODATO A., *Il contratto di concessione: il "rischio operativo" e la revisione dell'equilibrio contrattuale*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, fasc. 5;

DICEY A.V., *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, 1905, traduzione italiana, Bologna, 1997;

DIDRICHE O., *La création d'une nouvelle formule contractuelle: le marché de partenariat*, in *AJ Collectivités Territoriales*, 2015;

DIETENHOEFFER J., *Contrats de partenariat - Responsabilité des parties à un contrat de partenariat à l'égard des tiers à l'ouvrage*, *Contrats et Marchés publics*, 2023, dossier n. 5 ;

DIPACE R., *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in (a cura di) LONGOBARDI N., *Il diritto amministrativo in trasformazione: per approfondire*, Torino, 2016;

DIPACE R., *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2024;

DIPACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006;

DIPACE R., *Pianificazione, programmazione e progettazione*, in (a cura di) M. CLARICH, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2019;

DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996;

DUPUY F. e J.-C. THOENIG, *L'administration en miettes*, Fayard, 1985;

DURANTE N. (a cura di), *Relazione sulle ricadute del nuovo Codice dei Contratti Pubblici sul processo amministrativo*, Ufficio Studi e Formazione della Giustizia Amministrativa, 2023, su *www.giustizia-amministrativa.it*;

DWORKIN R., *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982;

ECKERT G., *Code de la commande publique*, LexisNexis, Paris, 2024;

ECKERT G., *Partenariat public-public - Contrôle (très concret) des conditions de recours au marché de partenariat*, in *Contrats et marchés publics*, 2020, dossier n. 3 ;

ERSTEIN L., *Le principe – attaquable – du recours au marché de partenariat*, in *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, 13 gennaio 2020, dossier n. 2 ;

ESPOSITO R.., *Disposizioni generali (artt. 74 – 175)*, in (a cura di) R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Manuale dei contratti pubblici alla luce del nuovo Codice d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, 2023, Nel Diritto Editore;

FABRIZI C. e L. PONZONE, *Programmazione, centralizzazione della committenza e qualificazione delle stazioni appaltanti: verso il rating della P.A.*, in (a cura di) G.F. CARTEI e M. RICCHI, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015;

FATOME E. e L. RICHER, *La commande publique et le domaine public devant le Conseil constitutionnel*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, dossier n. 56 ;

FERRARO V., *Partenariati pubblico-privati ed in house providing*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2010, fasc. 6;

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1986;

FIDONE G., *Il partenariato pubblico-privato: una fuga in avanti del legislatore nazionale rispetto al diritto europeo*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, vol. 29, n. 90, fasc. 2;

FORRER J. – J.E. KEE – K.E. NEWCOMER – E. BOYER, *Public-Private Partnerships and the Public Accountability Question*, in *Public Administration Review*, 2010;

FRACCHIA F. e W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in Diritto dell'economia, 2020, fasc. 2;

FRENI E., *Le privatizzazioni*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo IV, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003;

GASPARI F., *Art. 177. – Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo*, in (a cura di) L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, 2023;

GAUDEMET Y., *La gestion des services publics par des personne privés*, in ID., *Droit administrative*, 2022;

GAUDEMET Y., *Le partenariat public privé en France dans la perspective de la métamorphose de l'intérêt général*, *Recueil Dalloz*, 2007 ;

GAUDEMET Y., *Les contrats globaux et les marches de partenariat*, in *Droit Administratif*, *LGDJ*, Paris, 2024 ;

GAUDEMET Y., *Qualifier de contrats administratifs tous les contrats de la commande publique: une «simplification» contre nature?*, *RDC*, 2024, fasc. 2;

GAUDIN J.-P., *Gouverner par contrat*, 2007;

GIANI R., *Norme sulle aggiudicazioni e sulle garanzie procedurali e impatto sul Codice*, in (a cura di) CARTEI G.F. e M. RICCHI, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo* (1970), Milano, 1993, I, 3ª ed;

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1988.; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1981;

GIANNINI M.S., *I contratti ad oggetto pubblico*, in *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970;

GIANNOTTI V., *La corretta contabilizzazione delle operazioni di partenariato pubblico privato e la rilevanza sul "pareggio di bilancio"*, in *Azienditalia*, 2017, fasc. 5;

GILIBERTI B., *Art. 174.-Nozione*, in (a cura di) L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato - D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, 2023, Wolters Kluwer;

GIORGIANTONIO C. e V. GIOVANNIELLO, *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Questioni di Economia e Finanze (Occasional Papers)*, n. 56, novembre 2009;

GOBBATO I., *Commento all'art. 171*, in (a cura di) L.R. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano, 2017;

GOISIS F. e P. PANTALONE, *La revisione dei prezzi negli appalti pubblici come condizione per l'attuazione del PNRR, tra principi eurounitari e vischiosità normative nazionali*, in *Diritto Amministrativo*, 2023, fasc. 1;

GOISIS F., *Il collegio consultivo tecnico come strumento di conciliazione e di arbitrato nell'interesse della celere ed esatta esecuzione del contratto*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2024, fasc.1;

GOISIS F., *Il rischio economico quale* proprium *del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico* versus *visioni tradizionali*, in *Diritto Amministrativo*, 2015, fasc. 4;

GRECO R., *Programmazione e progettazione: le novità del nuovo codice*, consultabile su *www.giustizia-amministrativa.it*, 20 luglio 2023;

GROSSO E., *Francia. Si governano così*, Bologna, 2006;

GUARINO G., *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994;

HAURIOU M., *Précis de droit administratif*, Pars, 1933;

HODGE G.A. e C. GREVE, *Public-Private Partnerships: An International Performance Review*, in *Public Administration Review*, 2007;

IANNOTTI DELLA VALLE A., *Art. 182. – Bando*, in (a cura di) L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, 2023;

IANNOTTI DELLA VALLE A., *Art. 183. – Procedimento*, in (a cura di) L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato – D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, Wolters Kluwer, 2023;

INGEGNATTI S., *Requisiti di capacità tecnico-professionale e società di progetto*, in *Urbanistica e appalti*, 2024;

KETTL D.F., *The global public management revolution: a report on the transformation of governance*, Washington, Brookings Institution press, 2005;

KOEBEL B., *Passation - Marchés de partenariat: assouplissement et encadrement*, in *Contrats et marchés publics*, 2019, dossier n. 2;

LANGLAIS A., *L'influence du droit Communautaire sur la librté contractuelle du décideur public dans le cadre du contrat de partenariat*, *RDP*, 2006;

LEVOYER L., *La protection des intérêts financiers des personnes publiques*, *RFDA*, 2024;

LIBERTINI M., *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, fasc. 7;

LICHÈRE F., *Contrats de partenariat: pour qui sonne le glas?*, AJDA, 2015;

LICHERE F., *Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé: bis repetita placent*, in *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 2003, dossier n. 4 ;

LINDER S., *Coming to Terms with the Public-Private Partnership: A Grammar of Multiple Meanings*, in *American Behavioral Scientist*, 1999;

LINDITCH F., *Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel*, in *La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2003, n. s.n. ;

LIROSI A., *Articolo 190 Risoluzione e recesso*, in (a cura di) A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024;

MANFREDI G., *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, fasc. 4;

MANZETTI V, *La sostenibilità economico-finanziaria dei progetti PNRR e la contabilizzazione off-balance o on-balance dei contratti di partenariato pubblico privato tra regole EUROSTAT e codice dei contratti pubblici (vecchio e nuovo)*, in *Bilancio Comunità Persona*, 2023, fasc. 1;

MARCHETTI B., *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, Firenze, 2023;

MARGIOTTA G., *Articolo 37 Programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi*, in (a cura di) A. BOTTO e S. CASTROVINCI ZENNA, *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, pp. 380 ss..;

MASSARI A., *La legge delega n. 78/2022 e l'avvio della riforma dei contratti pubblici*, in *Appalti&Contratti*, 27 giugno 2022;

MASSERA A., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2005, fasc. 5;

MASSERA A., *Il quadro della trasposizione delle direttive europee tra obblighi di armonizzazione e opportunità di riordino della normativa nazionale con particolare riferimento alle concessioni lavori e servizi*, in (a cura di) A. FIORITTO, *Nuove forme e nuove discipline di partenariato pubblico privato*, 2017, Torino;

MASTRAGOSTINO F., *I profili processuali comuni ai vari istituti*, in (a cura di) ID., *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011;

MATTEI M.F:, *Commento all'art. 170*, in C. CONTESSA e D. CROCCO, *Appalti e concessioni - Le nuove direttive europee*, Roma, 2015;

MAZZAMUTO M., *Contratti pubblici di diritto privato*, in Diritto dell'economia, 2022, fasc. 2;

MAZZAMUTO M., *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2015;

MÉNÉMÉNIS A., *L'ordonnance sur les contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?*, in *AJDA*, 2004;

MENGOLI V., *Gli accordi amministrativi fra privati e pubbliche amministrazioni*, Milano, 2003;

MERKL A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, in L. MANNORI e B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001;

MERUSI F., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007;

MINARD P., *La fortune du colbertisme, Etat et industrie dans la France des lumières*, Paris, 1998;

MOLITERNI A., *Il Green Deal europeo e le sfide per il diritto dell'ambiente*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2021, fasc. 1;

MOLITERNI A., *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Diritto amministrativo*, 2022, fasc. 2;

MORBIDELLI G., *I principi nel codice dei contratti pubblici*, Introduzione al Convegno di Studi organizzato dalla Fondazione Cesifin su "*I principi nel codice dei contratti pubblici*", Firenze, 14 aprile 2023;

MORBIDELLI G., *Intorno ai principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Munus*, 2023;

MORLINO E., *I contratti pubblici*, in (a cura di) L. TORCHIA, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, Bologna, 2012;

MULAZZANI G., *Il partenariato pubblico privato nel diritto francese: dal contrat de partenariat al marché de partenariat*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2018, fasc. 3-4;

MULLER E., *La fin des alternatives au marché de partenariat*, in *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, in "*Actes du colloque organisé per l'Institut du Droit de l'Espace, des Territoires, de la Culture et de la Communication*" del 25 et 26 settembre 2014, Università di Tolosa;

MULLER E., *Les modifications apportées au régime des marches de partenariat*, in *Contrats et Marchés publics*, 2015;

MULLER E., *Marché de partenariat - Identification du maître de l'ouvrage réalisé dans le cadre d'un contrat de partenariat*, in *Contrats et Marchés publics*, 2021, dossier n. 6, comm. 181;

MULLER E., *Marchés de partenariat*, in *Contrats et marchés publics*, 2019, dossier n. 1;

NAPOLITANO G., *Buona l'ultima? La terza codificazione del diritto dei contratti pubblici alla prova dei risultati*, in AA.VV, *Il nuovo codice degli appalti (D.lgs. n. 36/2023)*, 2023, Wolters Kluwer;

NAPOLITANO G., *Committenza pubblica e principio del risultato*, titolo della relazione tenuta al Convegno dell'Istituto Jemolo dedicato a "*Il nuovo codice degli appalti – La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?*", presso l'Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023;

NAPOLITANO G., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. n. 3;

NAPOLITANO G., *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021;

NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003;

NEVITT K.P., *Project Financing*, trad. it. ad opera di P. DE SURY, Milano, 1983;

NEVITT P.K., *Project financing*, Bari, 1983;

NICOLAI M. – I. PARADISI – W. TORTORELLA, *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance. La disciplina del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. 36/2023) e l'aggiornamento delle regole finanziarie e contabili*, Rimini, 2023;

ORIOU J.-S. e M. PERRITAZ, *Pour une gestion du service public par le titulaire d'un contrat de partenariat*, *AJ Collectivités Territoriales*, 2012 ;

ORSONI G., *Programmazione dei lavori pubblici*, in (a cura di) A. CARULLO e A. CLARIZIA, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 2004;

OSBORNE S.P., *Introduction. The (New) Public Governance: a suitable case for treatment?*, in Id., *The new public governance? Emerging perspectives on the theory and practice of public governance*, Routledge, 2010;

OSBORNE S.P., *Introduction. Understanding public-private partnerships in international perspective: globally convergent or nationally divergent phenomena?*, in Id., *Public-Private Partnerships. Theory and Practice in International Perspective*, Routledge, 2000;

PAJNO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. dir. pubb. com.*, 2015, fasc. 5;

PAOLANTONI N., *Il rito abbreviato*, in (a cura di) F.G. SCOCA, *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023;

PELLIZZER F., *La programmazione e la progettazione*, in (a cura di) F. MASTRAGOSTINO e G. PIPERATA, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Torino, 2023;

PERFETTI L.R., *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urbanistica e appalti*, 2023;

PIPERATA G., *Introduzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, 2011, Torino;

PROTTO M., *Art. 174 Nozione*, in (diretto da) F. CARINGELLA, *Nuovo Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2023;

PROTTO M., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - Il (terzo) nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, fasc. n. 8-9;

PUGLIATTI S., *Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico*, in *Diritto civile. Metodo, teoria e pratica*, Milano, 1951; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966;

QUAGLIA M.A., *Il partenariato pubblico privato: il rischio operativo e l'equilibrio del rapporto*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2023, vol. 3;

RAGANELLI B., *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-privato: un quadro generale*, su *www.giustamm.it*, 2010;

RAMAJOLI M., *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, 2017, fasc. 1;

RANELLETTI O., *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1894, IV, 7 ss., ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. FERRARI e B. SORDI, III, Napoli, Jovene, 1992;

RICCHI M., *Struttura e semantica del PPP: le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice, il D.lgs. n. 36/2023*, in *Urbanistica e appalti*, 2024, fasc. 3;

RICHER L. e F. LICHÈRE, *Le «contractualisme»*, in ID., *Droit des contrats administratifs*, 2021;

RICHER L. e F. LICHÈRE, *Le contrat dans l'action administrative*, in ID., *Droit des contrats administratifs*, 2021;

RICHER L. e F. LICHÈRE, *Sources du droit du marché de partenariat*, in ID., *Droit des contrats administratifs*, 2021;

RISSO F., *Art. 174, Nozione*, in (a cura di) R. GIOVAGNOLI e G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, 2024, Milano;

RISSO F., *Art. 175 Programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio*, in (a cura di) R. GIOVAGNOLI e G. ROVELLI, *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2024;

ROBBE F., *Interventionnisme économique et libre administration des collectivités territoriales*, in (a cura di) S. CAUDAL e J.-F. SESTIER, *Le Collectivités locales et l'enterprise*, Paris, 2002;

ROMANO TASSONE A., *Sulla formula "Amministrazione di risultato"*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, vol. II, 2001, Napoli;

ROPPO V., *Il contratto*, II ed., in (a cura di) G. IUDICA e P. ZATTI, *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011;

RUBINO-SAMMARTANO M., *Il tramonto di un dogma (*project finance*, nonché* build operate transfer *e partenariato pubblico-privato)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2021;

RUMMA F., *Procedura di gara, contratti misti e affidamenti dei concessionari*, in *Urbanistica e appalti*, 2023, fasc. 3;

RUSSO F.G., *I rimedi giurisdizionali nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici tra la trasparenza e la buona fede*, su *www.giustizia-amministrativa.it*;

SANDULLI A., *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021, fasc. 2;

SANDULLI M.A., *Il contenzioso sui contratti pubblici*, su *www.giustizia-amministrativa.it*, 28 marzo 2023;

SANDULLI M.A., *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2021;

SANTI G., *Le operazioni di partenariato pubblico-privato e le concessioni di lavori e di servizi*, in (a cura di) F. MASTRAGOSTINO e G. PIPERATA, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del decreto legislativo n. 36 del 2023*, Torino, 2023;

SARTORIO L., *Le Operazioni di Partenariato Contrattuale tra Interesse Pubblico e Concorrenza: Sviluppo Economico e Ruolo dei Privati in Italia e in Francia*, in (a cura di) M.M. CAFAGNO – A. BOTTO – FIDONE G. – G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013;

SAVAS E.S, *Privatization and Public-Private Partnerships*, New York, Chatham House, 1999;

SCHNEIDER E., *Il ruolo primario delle infrastrutture digitali per la ripresa economica del paese: a che punto siamo?,* in *www.irpa.eu*, Osservatorio sullo Stato digitale;

SCHUMPETER J.A., *Capitalismo, socialismo, democrazia* [1942], 2011, Milano, V ed.;

SCIAUDONE F., *Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019;

SCOCA F.G., *Autorità e consenso*, in *Diritto Amministrativo*, 2002;

SCOCA F.G., *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Le concessioni di servizi*, Atti della Giornata di studio, Roma, 3 dicembre 1987, a cura di F. ROVERSI MONACO, Rimini, Maggioli, 1988;

SENZANI D., *"Amministrazione di risultato" e gestione del rischio finanziario nei contratti pubblici*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2017, vol. 4;

SERPONE M., *Art. 174. Nozione*, in (a cura di) C. CONTESSA e P. DEL VECCHIO, *Codice dei contratti pubblici, Annotato articolo per articolo, D.lgs.31 marzo 2023, n. 36, 2023*, Napoli;

SESSA V., *Art. 174 – Nozione*, in (a cura di) R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici. Annotato con dottrina e giurisprudenza D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*, 2024, Nel Diritto Editore;

SICLARI D., *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2020, fasc. 2;

SIMEOLI D., *Concessioni e servizi di interesse economico generale*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI e R. DE NICTOLIS, Milano, 2019;

SNYDER F., *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques*, in *Modern Law Review 56 Mod. L. Rev.*, 1993, p. 19; ID., *New Directions in European Community Law*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1990;

SORACE D. e C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, 1989, 280 ss.;

SORDI B, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, 2020;

STICCHI DAMIANI E., *La programmazione dei lavori pubblici*, in (a cura di) R. VILLATA, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2004;

SUNSTEIN C.R., *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Harvard, 1993; R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo nel XXI secolo*, tr. it., in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, fasc. 1;

TEISMAN G.R. e E. KLIJN, *Partnership Arrangements: Governmental Rhetoric or Governance Scheme?*, in *Public Administration Review*, 2002;

TORCHIA L., *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009;

TOZZO E., *La valutazione della convenienza del ricorso ai rapporti di PPP e la corretta allocazione dei rischi*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, 2021, fasc. 1;

TRAVI A., *Il Partenariato Pubblico-Privato: i Confini Incerti di una Categoria*, in (a cura di) M.M. CAFAGNO – A. BOTTO – G. FIDONE – G. BOTTINO, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013;

TRIMARCHI BANFI F., *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*, 2013, fasc. 1;

TRIMARCHI F., *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 1967;

UBAUD BERGERON M., *Passation et exécution: le code de la commande publique innove-t-il ?*, in *RFDA*, 2019 ;

UBAUD-BERGERON M., *Conditions étroites de recours au marché de partenariat*, in *Contrats et marchés publics*, 2019, dossier n. 4 ;

VALAGUZZA S., *Governare per contratto. Creare valore attraverso i contratti pubblici*, 2018, Napoli;

VILLATA R., *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata. Profili generali*, Milano, Giuffrè, 1974;

VILLATA R., *Pubblici servizi*, III ed., Milano, Giuffrè, 2003;

VINCENT-LEGOUX M.-C., *La délibération approuvant le principe du recours à un marché de partenariat soumise à un contrôle rigoureux du juge de l'excès de pouvoir*, in *JCP*, 2019, dossier n. 42 ;

VINTI S., *Conservazione dell'equilibrio contrattuale tra diritto e rinuncia preventiva*, su *Federalismi.it*, 4 ottobre 2023;

WETTENHALL R., *The Rhetoric and Reality of Public-Private Partnerships*, in *Public Organization Review: A Global Journal*, 2003, fasc. 3;

YESCOMBE E.R., *Principles of Project Finance*, 2002;

YESCOMBE E.R., *What are Public-Private Partnerships*, p. 2, in Id., *Public-Private Partnerships. Principles of Policy and Finance*, Butterworth-Heinemann, 2007;

ZANGHI BUFFI L., *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, fasc. n. 3;

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, *L'organizzazione amministrativa*, Milano, 1939;

ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. ORLANDO, II, pt. III, Milano, Società editrice libraria, 1935.