

Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni

Alberto Giovannini*

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il contesto generale: la formazione di una cultura del partenariato pubblico privato - 3. Il codice e la costruzione della fattispecie - 4. Il finanziamento e le ragioni di attrattività del PPP - 5. La fase esecutiva e la lezione della pandemia.

1. Premessa.

È già stato affermato che con il nuovo codice (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36) si è perseguito l'obiettivo di "cambiare il paradigma"⁽¹⁾ rispetto al passato, al fine di superare una visione del diritto pubblico dei contratti quale limite, contenimento - spesso quasi irragionevole - per la discrezionalità dell'Amministrazione, erigendo, invece, il *public procurement* a strumento di progresso economico e sociale, nella consapevolezza che questo costituisce uno dei principali mezzi di politica economica per il rilancio dell'economia nazionale ed europea, in particolare dopo la contrazione causata dalla pandemia e dalla guerra.

Che il nuovo codice comporti una vera e propria "rivoluzione" nel settore delle commesse pubbliche (2), pare affermazione ancora prematura, considerato che non sarebbe la prima volta che il *law in action* si discosta dal *law in book*.

È, però, certamente vero che con questo testo normativo si supera quella visione, un po' "provinciale" e non del tutto conforme all'impostazione pur propria dell'Unione europea, del principio di concorrenza inteso quale "fine" dell'ordinamento, riconducendolo, più prosaicamente, a "mezzo", strumento per il perseguimento della finalità, unica ed effettiva, dell'Amministrazione in questo settore che, come oggi ricorda l'art. 1 del codice, consiste nell'"*affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo*".

Il nuovo codice va, quindi, salutato positivamente, proprio per il cambiamento di prospettiva che consente (*rectius*, impone) agli apparati pubblici chia-

(*) Avvocato dello Stato.

Testo dell'intervento svolto al convegno "Il codice dei contratti pubblici (prime impressioni)", organizzato dalla Società Italiana Avvocati Amministrativisti, tenutosi presso il T.a.r. Calabria, Catanzaro, in data 13 luglio 2023.

(1) CARBONE L., "La scommessa del "codice dei contratti pubblici" e il suo futuro", Relazione introduttiva al Convegno dell'Istituto Jemolo "Il nuovo codice degli appalti - La scommessa di un cambio di paradigma: dal codice guardiano al codice volano?", Avvocatura dello Stato, 27 gennaio 2023.

(2) CARINGELLA F., "Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?", Relazione al convegno sul "nuovo codice dei contratti pubblici", organizzato dall'AIGA, Cagliari, 9-10 giugno 2023.

mati alla sua applicazione, ma merita di essere apprezzato anche perché, a fronte di un susseguirsi continuo, frenetico e spesso contraddittorio di interventi normativi nella materia *de qua*, mira a “consolidare” l’esistente e a strutturarla con una organicità che prima non era mai stata neanche tentata nel settore. È, quindi, un codice abbastanza “maturo” e, nonostante la ristrettezza dei tempi in cui è stato redatto, non certamente “frettoloso”.

Di questa maturità è indice quel particolare schema di contratto pubblico rappresentato dal partenariato pubblico privato (PPP), che costituisce un punto di osservazione privilegiato sotto plurimi profili (3).

In primo luogo, questo modulo contrattuale diviene, su sollecitazione europea, uno strumento imprescindibile - e, conseguentemente, uno degli strumenti principali - per perseguire quell’obiettivo di rilancio dell’economia cui si accennava poc’anzi, anche per l’“effetto leva” che tale tipologia di operazione negoziale consente sul mercato, rientrando certamente fra quei modelli efficienti di allocazione e gestione delle risorse pubbliche alla cui applicazione il PNRR chiama tutte le Amministrazioni (4).

In tal senso era orientata la stessa legge delega (l. 78/2022), che indicava quale criterio la “razionalizzazione, semplificazione [...] ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, [...], 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, [...]” (lett. aa)), nell’ottica del rilancio di detto strumento (5), vero e proprio “volano per la ripresa economica” (6).

(3) Su tale modello contrattuale la dottrina è piuttosto nutrita. Fra i contributi più interessanti, senza pretesa alcuna di esaustività, si segnalano: CARTEI G.F. - RICCHI M. (a cura di), “Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato”, Napoli, 2015; CHITI M.P. (a cura di), “Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni”, Napoli, 2009; CONTESSA C., “PPPC: modello generale”, in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo V, 2019; DI CRISTINA F., “Il Partenariato pubblico-privato quale «archetipo generale»”, in *Giorn. dir. amm.*, 4/2016, pp. 482 ss.; DI GIOVANNI A., “Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà”, Torino, 2012; FANTINI S., “Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità”, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; LICATA G.F., “Partenariati e innovazione”, in *www.giustamm.it*, 1/2017; NICOLAI M. - TORTORELLA W. (a cura di), “Partenariato Pubblico-privato e Project Finance. Nuove regole giuridiche, finanziarie e contabili”, Rimini, 2019; RICCHI M., “L’Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016, Relazione tenuta il 15 marzo 2016, in occasione del Seminario SVI-MEZ su La nuova legge sugli Appalti. Aperture al diritto della concorrenza e opportunità per il Mezzogiorno”; TRAVI A., “Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria”, in CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di), “Negoziazioni Pubbliche - Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati”, Milano, 2013; VICICONTE G., “I contratti di partenariato e la locazione finanziaria (artt. 179-182, 187)”, in CLARICH M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2019.

(4) Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, pp. 248 e 249. Sul punto, cfr. anche ADESSO C., “Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l’in house”, Relazione in occasione del convegno “5ª rassegna di diritto pubblico dell’economia”, Varese 17 e 18 giugno 2022.

In secondo luogo, il partenariato pubblico privato è, allo stato, nell'ambito del codice l'operazione contrattuale più complessa e tecnicamente difficile da porre in essere da parte delle pubbliche Amministrazioni ed è, quindi, una delle principali e più interessanti sfide che si prospettano per l'immediato futuro, imponendo la compartecipazione di professionisti di diversa estrazione (giuristi, economisti, ingegneri e tecnici vari). Di questo il codice è ben consapevole e proprio per tale motivo prevede una ampia congerie di misure atte a garantire la corretta definizione, a monte, degli atti di gara e la corretta gestione, a valle, del rapporto contrattuale.

In terzo luogo, - ed è il motivo sicuramente più affascinante - il partenariato pubblico privato dà la stura alla concreta affermazione di un modello di pubblica Amministrazione assai lontano da quello tradizionale, imponendo una sempre più ampia compartecipazione del privato e della società alla definizione, alla realizzazione e alla cura degli interessi generali, nell'ottica della reciproca fiducia, come oggi ricorda l'art. 2 del codice. Vengono così ad essere concretizzati il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.) (7) e, con riferimento almeno al tipo del "*Partenariato sociale*" (8), oggi codificato all'art. 201, quella "*demarchia*" all'epoca quasi utopicamente delineata da Benvenuti (9).

Ciò, sul piano procedimentale, si traduce in un ampio spazio riconosciuto a moduli di confronto diffuso, e con gli operatori economici (si veda, in particolare, l'art. 183, comma 7, a mente del quale, fermi l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi, "*l'ente concedente può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti*", negozia-

(5) Cfr., in termini, anche la relazione di accompagnamento al codice, p. 219.

(6) Cfr. già Cons. St., Adunanza della Commissione speciale, 29 marzo 2017 n. 775, "*Parere sullo schema di linee guida recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato"*".

(7) Sul principio di sussidiarietà orizzontale, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda, in particolare: ARENA G., "*Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*", in "*Studi in onore di G. Berti*", vol. I, Napoli, 2005; BENVENUTI F., "*Il nuovo cittadino*", Padova, 1994; BERTI G., "*Sussidiarietà e organizzazione dinamica*", in "*Jus*", 2004, pp. 171 ss.; CASSESE S., "*L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*", in *Foro it.*, 5/1995, c. 373 ss.; CERULLI IRELLI V., "*Sussidiarietà (dir. amm.)*", in *Enc. giur.*, Agg. XII, Roma, 2004; DONATI D. - PACI A. (a cura di), "*Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per gestione dei beni comuni*", Bologna, 2010; FROSINI T.E., "*Profili costituzionali della sussidiarietà in senso orizzontale*", in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 1/2000; MASSA PINTO I., "*Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*", Napoli, 2003; PASTORI G., "*Amministrazione pubblica e sussidiarietà orizzontale*", in "*Studi in onore di Giorgio Berti*", Milano, 2005, pp. 1749 ss.; RESCIGNO G.U., "*Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*", in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 5 ss.; SICO L., "*Principio di sussidiarietà (diritto comunitario)*", in *Enc. dir.*, Agg. V, Milano, 2001, pp. 1062 ss.

(8) Su cui, cfr. DE NICTOLIS R., "*Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*", in www.giustizia-amministrativa.it, 2018; cfr. anche BERRETTINI A., "*La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*", in *Federalismi.it*, n. 27 del 19 ottobre 2022.

(9) Il riferimento è ovviamente a BENVENUTI F., "*Il nuovo cittadino*", cit.

zioni “condotte di regola attraverso un dialogo competitivo ai sensi dell’articolo 74”, nonché chiaramente la finanza di progetto), e con la società territoriale di riferimento (le opere indicate, difatti, come obbligatoriamente soggette a dibattito pubblico dalla tabella 1 di cui all’allegato I.6 al codice si prestano, per la gran parte, ad essere oggetto di contratti di PPP).

2. Il contesto generale: la formazione di una cultura del partenariato pubblico privato.

Prima di confrontarsi con le novità apportate dal novello codice, è necessario delineare il contesto in cui questo viene ad inserirsi, in quanto, come segnalato in apertura, l’applicazione concreta di un istituto non sempre corrisponde alla previsione astratta dello stesso.

A tal fine, in primo luogo, occorre rilevare che il mercato del PPP oggi ha un valore certamente importante, ma ancora assolutamente insufficiente, specie se raffrontato con quello degli appalti, per come segnalato, in particolare, dal D.I.P.E. (Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri), nella relazione sull’attività svolta nel 2021 (10).

Sulla base dei dati forniti dall’E.P.E.C. (Centro europeo di consulenza per i partenariati pubblico-privato presso la B.E.I.), che tiene conto, però, dei soli PPP di valore superiore ai dieci milioni di euro, il mercato delle operazioni di partenariato, nel 2021, in Europa ha fatto registrare un valore aggregato di otto miliardi di euro con un calo del 13% rispetto al 2020 (9,2 miliardi euro), per un numero di operazioni pari a quaranta. Fra queste, l’operazione di PPP più rilevante sul piano economico è italiana ed è rappresentata dalla realizzazione dell’Autostrada Pedemontana Lombarda per un valore di 2,1 miliardi di euro.

In Italia, al D.I.P.E. - che conosce, però, solo le operazioni che allo stesso sono state comunicate - risultano aggiudicati venti PPP (registrati) per un valore di circa 402,8 milioni di euro, cui si aggiungerebbero ulteriori trentuno progetti per un ulteriore valore stimato di circa 500 milioni di euro (per operazioni non registrate).

Si tratta di un dato sicuramente importante - pari, in totale, ad oltre tre miliardi di euro, stimati, come detto, di gran lunga in difetto -, ma pur sempre estremamente lontano dal valore complessivo del mercato degli appalti che, secondo la relazione sull’attività svolta nel 2022 presentata dall’A.N.A.C. al Parlamento l’8 giugno 2023, risulta, invece, pari a circa 290 miliardi di euro (a fronte dei 208 dell’anno precedente, con un incremento di circa il 39% e del 56% rispetto al 2020) (11).

(10) <https://www.programmazioneeconomica.gov.it/homeppp/>. Allo stato non è ancora stata pubblicata la relazione per l’anno 2022 e non si rinvergono dati più aggiornati.

(11) <https://www.anticorruzione.it/-/relazione-annuale-2023>.

Il D.I.P.E. individua due principali cause che spiegherebbero il non adeguato sviluppo del PPP in Italia, ossia, da un lato, l'incertezza e l'eccessiva lunghezza dei processi autorizzativi, incertezza che è *“tecnica (continua revisione e aggiornamento delle normative costruttive, tecnico-realizzative, impiantistiche, antisismiche), amministrativa (procedure, norme e regolamenti attuativi in continuo mutamento) ed economico-finanziaria (per citarne alcuni: stanziamenti erogati in parte, decaduti, non utilizzati interamente, nonché tagli di bilancio o riallocazioni di risorse)”*; dall'altro, la *“sovente carente e inadeguata definizione delle clausole contrattuali”*, oltre che *“la difficoltà di indicare in maniera puntuale gli obblighi e le responsabilità delle parti, che aumenta il rischio di contenziosi e scoraggia gli investitori”*.

A queste cause si aggiunge quello che è certamente il maggiore ostacolo alla diffusione di questo modello contrattuale, ossia l'assenza, allo stato, di una vera e propria *“cultura del PPP”*, che passa necessariamente attraverso una diversa formazione dei funzionari delle stazioni appaltanti e, quindi, in una qualificazione delle stesse stazioni, come suggerito anche dalla Corte dei conti europea già nella relazione speciale n. 9/2018, *“Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati”* (12).

Occorrono, dunque, stazioni appaltanti qualificate - e in tale direzione va appunto il nuovo codice, che espressamente prevede, all'art. 174, comma 5, che questi tipi di contratti *“possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'articolo 63”* (13) -, ma, affinché queste siano in grado di gestire operazioni contrattuali così complesse come quelle di PPP, è necessaria altresì una vera e propria compartecipazione delle migliori risorse nazionali.

All'uopo, già prima del nuovo codice, il legislatore era intervenuto articolando una serie di uffici a livello centrale chiamati funzionalmente ad assistere tutte le pubbliche Amministrazioni, centrali e locali, nel percorso prodromico alla stipulazione di un contratto di PPP e, poi, in fase di esecuzione dello stesso.

Da parte l'attività consultiva generale di competenza dell'A.N.A.C., accanto al già citato D.I.P.E. (in cui è confluita la precedente Unità Tecnica Finanza di Progetto) (14), che ha, fra gli altri, il compito di curare la promozione e la diffusione di modelli di PPP, di assicurare il supporto gratuito alle pubbliche Amministrazioni, nonché di predisporre la raccolta dei dati e il monito-

(12) <https://www.eca.europa.eu/it/publications?did=45153>. Insistevano sul punto anche le Linee guida n. 9, recanti: *“Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato”*, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 28 marzo 2018, n. 318 e depositate presso la Segreteria del Consiglio in data 6 aprile 2018.

(13) Ai sensi dell'art. 3, comma 5 dell'Allegato II.4, è richiesta *“almeno una qualificazione di livello L2”* e deve essere garantita *“la presenza di almeno un soggetto con esperienza di tre anni nella gestione di piani economici e finanziari e dei rischi”*.

(14) Cfr. art. 1, comma 589, l. 28 dicembre 2015, n. 208, recante la Legge di stabilità per il 2016.

raggio delle operazioni *de quibus* ai fini della stima dell'impatto sul bilancio pubblico, occorre ricordare il ruolo assegnato al Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, che, oltre a gestire insieme al primo il “*Portale per il monitoraggio delle operazioni di Partenariato Pubblico privato*” (oggi art. 175, commi 6 e 7), di concerto con il D.I.P.E. rende il parere preventivo, obbligatorio e non vincolante, per i “*progetti di interesse statale o finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia prevista l'espressione del CIPESS, [...] il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo pari o superiore a 50 milioni di euro e inferiore a 250 milioni di euro*” (art. 175).

Per i “*progetti di interesse statale oppure di progetti finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia già previsto che si esprima il CIPESS [...] di importo pari o superiore a 250 milioni di euro*”, invece, il nuovo codice prevede il parere, preventivo ed obbligatorio (15), di due altri organi pubblici, ovverossia lo stesso C.I.P.E.S.S. (Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile) e il N.A.R.S. (Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità) (16), organismo, quest'ultimo, cui compete anche, ai sensi dell'art. 192, comma 3, di pronunciarsi sulla revisione contrattuale “*nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato*”, intervenendo nella formazione del parere adottato di concerto sempre dal D.I.P.E. e dalla R.G.S.

Peraltro, la Ragioneria Generale dello Stato si era già fatta promotrice, nella vigenza del precedente codice, di una salutare iniziativa di *soft regulation*, in affiancamento a quella già svolta dall'ANAC in materia, mercé la redazione di uno schema di “*contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato*”, con annessa “*Guida alla redazione*” (2021) (17).

(15) Si segnala la diversità di formulazione del primo alinea del comma 3 dell'art. 175 rispetto a quella del terzo alinea, nel quale si fa espresso riferimento all'applicazione della formula del “*silenzio assenso*” di cui all'art. 16, comma 2 l.p.a., in caso di mancato riscontro alla richiesta di parere da parte del D.I.P.E. e della R.G.S. In verità, trattandosi quest'ultima di previsione generale, l'eventuale esclusione della sua applicazione per l'ipotesi di cui al primo alinea - pur in astratto ragionevole - non può essere argomentata sulla base del mero dato testuale e, conseguentemente, deve ritenersi che anche in questo caso possa formarsi il silenzio assenso.

(16) Organismo tecnico di consulenza e supporto alle attività del C.I.P.E.S.S., coordinato dal D.I.P.E. e composto da rappresentanti delle seguenti amministrazioni: Ministero dell'economia e delle finanze; Ministero delle infrastrutture e dei trasporti; Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica; Ministero delle imprese e del made in Italy; Ministro delegato per gli affari europei, il sud, le politiche di coesione e il PNRR; Ministro delegato per gli affari regionali e le autonomie; Ministro delegato per la pubblica amministrazione; Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano.

(17) Cfr., sul punto, anche il parere reso dal Consiglio di Stato, sez. I, 28 aprile 2020, n. 823, ai sensi dell'art. 17, comma 25, lett. c), l. 15 maggio 1997.

Oggi, con disposizione innovativa nel contesto del codice (ma che traduce una prassi che, come detto, già ha iniziato a formarsi negli anni precedenti), si prevede espressamente che dell'ausilio fornito da tali organi "*specializzati*", mercé richiesta del parere preventivo siccome sopra delineato, possano avvalersi anche le Regioni e gli enti locali, "*quando la complessità dell'operazione contrattuale lo richieda*" (art. 175, comma 4), con una quanto mai opportuna condivisione delle esperienze nel settore pubblico.

3. Il codice e la costruzione della fattispecie.

In questo, che è, dunque, il contesto generale, si inserisce il nuovo codice, che ha, in primo luogo, certamente il merito di dare una struttura finalmente compiuta all'istituto del partenariato pubblico privato, eletto a schema generale di contratto pubblico, del tutto alternativo all'appalto e a cui viene ricondotto, anche sul piano topografico, il contratto di concessione.

Il libro IV del codice si apre, difatti, con la definizione generale del partenariato pubblico-privato, "*operazione economica*" che si sviluppa in un rapporto contrattuale di lungo periodo, nel quale "*la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata*", su cui deve essere allocato il rischio operativo e cui "*spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione*" (art. 174).

Il legislatore, con una scelta non proprio felice, ripropone, poi, a livello normativo la categorizzazione, di ascendenza europea, fra partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale - l'unico disciplinato dal codice - e PPP di tipo istituzionale, così traducendo sul piano del diritto positivo una distinzione di natura prettamente dottrinale e dalla portata più propriamente descrittiva. Con la nozione di PPP di tipo istituzionale si fa, infatti, riferimento, come noto, alla "*creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica*" e, quindi, ad un fenomeno non rientrante nell'ambito del codice e di cui si occupa - senza, peraltro, che tale definizione ivi ricorra -, in particolare, il testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175).

Ciò che in questa sede interessa è, quindi, esclusivamente il PPP di tipo contrattuale, *genus* cui il codice - sulla falsariga, in verità, di quanto già proposto dal precedente - riconduce i vari tipi della concessione (che del PPP costituisce in un certo qual modo il paradigma) (18), della locazione finanziaria

(18) La bibliografia sul contratto di concessione è estremamente ampia. Sia sufficiente, ai fini del presente scritto, il rinvio a GRECO G., "*Concessioni di lavori e servizi. Profili generali*" in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo V, 2019 e a BOTTO A., CASTROVINCI ZENNA S., "*I principi e le procedure (artt. 164-173)*", in CLARICH M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit.

(c.d. *leasing in costruendo*) (19) e del contratto di disponibilità (20), “*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*”.

Al di là della superfluità del riferimento agli “*interessi meritevoli di tutela*”, che, ai sensi dell’art. 1322 c.c., devono comunque sorreggere la causa di qualsiasi contratto atipico, ivi certamente compresi quelli che hanno come parte una pubblica Amministrazione (e ciò anzi vale *a fortiori* per quest’ultima, venendo in rilievo anche l’interesse pubblico sotteso a detti negozi giuridici), si tratta di norma che, - pur non essendo innovativa rispetto al passato codice (art. 180, ult. co., d.lgs. 50/2016) - ha il merito di ribadire il principio di autonomia contrattuale, che oggi è stato positivizzato nell’art. 8 del codice.

Ed è principio particolarmente rilevante nell’ambito in esame, se sol si pensa che, ancor prima della espressa previsione in tal senso, già la dottrina e la giurisprudenza (21) avevano ricondotto al modello del PPP i contratti, appunto atipici, di rendimento energetico (*energy performance contract* - EPC), prima inseriti nel d.lgs. 50/2016 dal “*decreto semplificazioni*” (d.l. 76/2020) e oggi previsti dall’art. 200 del codice.

La scelta operata, sul piano generale, dal codice dei contratti - sviluppando quanto *in nuce* delineato già nel precedente codice del 2016 - di eleggere a vero e unico modello alternativo all’appalto il partenariato pubblico privato (di tipo contrattuale), anche a livello di struttura dello stesso codice, è particolarmente meritoria, in quanto rappresenta un tentativo di categorizzazione, di costruzione delle fattispecie, che va oltre le indicazioni europee.

Con una vera e propria “*fuga in avanti*” (22), il legislatore nazionale cioè positivizza la figura del PPP, sconosciuta invece al diritto positivo europeo (23), ove pure questo rintraccia le proprie origini (24). Non pare, difatti, su-

(19) Su cui si vedano, in particolare, CINTIOLI F., “*PPPC tipizzati. Locazione finanziaria*”, in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo V, cit.; VICICONTE G., “*I contratti di partenariato e la locazione finanziaria (artt. 179-182, 187)*”, in CLARICH M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit.

(20) Per tale modulo contrattuale valga il rinvio a GIOVANNINI A., “*Il contratto di disponibilità, la sussidiarietà, il baratto amministrativo e la cessione di immobili (artt. 188-191)*”, in CLARICH M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit.; CONTESSA C., “*Gli altri PPPC tipizzati*”, in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo V, cit.

(21) Cfr., Cons. St., sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1327.

(22) In tal senso, cfr. VICICONTE G., “*I contratti di partenariato e la locazione finanziaria (artt. 179-182, 187)*”, in CLARICH M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 1183.

(23) Se non a fini contabili; cfr. Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell’Unione europea Testo rilevante ai fini del SEE.

(24) “*Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*”, COM (2004).

perfluo ricordare che la direttiva 2014/23/UE (così come la direttiva 2014/24/UE), di cui anche questo codice ovviamente costituisce attuazione, è dedicata alle concessioni e non fa alcun cenno al PPP.

Si tratta di impostazione da valutare positivamente e che il legislatore dovrebbe adottare più spesso, in quanto consente, *in primis*, di dare contenuto alla terminologia quasi sempre troppo generica utilizzata nella regolamentazione europea (ma ciò è inevitabile, stante la necessità di garantire la ricezione della disciplina in tutti gli Stati dell'Unione) e, in secondo luogo, di offrire una struttura concettuale, ancor prima che strettamente giuridica, agli istituti che nella stessa vanno formandosi.

Proprio per questo, non può che confessarsi una qual certa perplessità dinnanzi alla definizione generale del PPP come “*operazione economica*”, con espressione dal contenuto giuridico pressoché nullo e che si spiega solo perché il legislatore ha voluto dettare una qualificazione non generale, ma generalissima della figura, alla stessa appunto avendo voluto ricondurre anche il PPP di tipo istituzionale (25).

Un maggior rigore definitorio sarebbe, dunque, stato preferibile, senza che per questo risultasse tradito il criterio di cui alla lettera *a*) della legge delega, che imponeva il “*perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee [...]*”.

Con il nuovo codice deve ritenersi ormai cristallizzata la alternatività fra partenariato pubblico privato e appalto (26), sulla scorta dell'insegnamento europeo (27): il *discrimen* fra le due fattispecie negoziali è rappresentato dalla sussistenza o meno di un “*rischio operativo*” in capo all'operatore economico.

Non rileva, invece, necessariamente la struttura del contratto, trilaterale o bilaterale, atteso che il codice fuga ogni dubbio circa la possibilità che anche le c.d. opere fredde, ossia quelle per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla pubblica Amministrazione e trae la propria

(25) Nella consapevolezza che “*la nozione di partenariato ha una duplice dimensione, negoziale ed economica, in quanto costituisce un fenomeno economico-finanziario che trova disciplina giuridica nel relativo contratto*” (Cons. St., parere della Commissione speciale, n. 855 del 21 marzo 2016).

(26) Questo lo specifica anche il codice, là dove, all'art. 175, comma 2, ultimo alinea, impone all'Amministrazione di valutare la opportunità di ricorrere a tale modulo anziché a quello dell'appalto.

(27) Corte di Giustizia U.E., 15 ottobre 2009, sentenza C-196/08, *Acoset S.p.A.*, § 39; cfr., da ultimo, Corte di Giustizia U.E., sez. VIII, 10 novembre 2022, sentenza C-486/2021, *Sharengo*, che afferma che la concessione di servizi si distingue da un appalto pubblico per l'attribuzione al concessionario del diritto, eventualmente accompagnato da un prezzo, di gestire i servizi oggetto della concessione: “*costituisce una «concessione di servizi» l'operazione mediante la quale un'amministrazione aggiudicatrice intende affidare la creazione e la gestione di un servizio di noleggio e condivisione di veicoli elettrici a un operatore economico il cui contributo finanziario sia prevalentemente destinato all'acquisto di tali veicoli, e nella quale gli introiti di detto operatore economico proverranno principalmente dalle tariffe pagate dagli utenti del servizio in parola, dal momento che caratteristiche del genere sono tali da dimostrare che il rischio legato alla gestione dei servizi oggetto della concessione è stato trasferito a detto operatore economico*”.

remunerazione solo da pagamenti effettuati dalla stessa (ospedali, carceri, scuole *et similia*) (28), possano essere oggetto di un contratto di PPP.

Nel contratto di appalto, come noto, il rischio per il privato è solo di costruzione, ossia il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera.

Il rischio operativo si ricollega, invece, ai sensi dell'art. 177, dettato in materia di concessioni, alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda, da intendersi come "*domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto*", o dal lato dell'offerta, ossia "*in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto*", cui è da ricondurre anche il rischio di disponibilità (29), o da entrambi (comma 1).

Affinché un contratto sia qualificabile come PPP il rischio rilevante è solo "*quello che deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti*", mentre "*non rilevano rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a cause di forza maggiore*" (così testualmente il comma 3 che riproduce pedissequamente il considerando n. 20 della direttiva).

Il legislatore, assai opportunamente, si discosta dalla scelta effettuata con il codice del 2016, là dove si dettava una tassonomia estremamente analitica dei rischi allocabili in capo alle parti dei contratti di partenariato (già in sede definitoria; cfr. art. 3, d.lgs. 50/2016), abbozzandone invece solo i tratti generali - conformemente alla direttiva n. 23 - e demandandone la specificazione ad atti amministrativi generali, come bandi-tipo, capitolati-tipo ovvero contratti-tipo redatti dall'A.N.A.C. (art. 222; cfr., con particolare riferimento al PPP, l'art. 197 in tema di contratto di disponibilità), ovvero alla prassi amministrativa (cui oggi sarà da ricondurre, ad esempio, l'elaborazione della c.d. "*matrice dei rischi*") (30).

La corretta allocazione dei rischi è indispensabile per qualificare il contratto come concessione (e, quindi, PPP) e questa passa necessariamente dalla attenta definizione del piano economico finanziario (P.E.F.), strumento indispensabile per verificare la concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico-finanziario del contratto stesso (31), "*intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria*". L'equilibrio

(28) Cfr. relazione di accompagnamento, p. 211.

(29) Cfr. già Cons. St., Comm. spec., n. 855/2016.

(30) Cfr. Linee guida A.N.A.C. n. 9, cit.

(31) Cfr., fra le più recenti, Cons. St., sez. IV, 23 febbraio 2023, n. 1867; *Id.*, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042.

economico-finanziario sussiste, ai sensi dell'art. 177, comma 5, “*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*”.

4. Il finanziamento e le ragioni di attrattività del PPP.

Proprio la corretta distinzione fra PPP e appalto è indispensabile al fine di garantire - e questo è uno dei principali motivi di attrattività del primo - la possibilità per le pubbliche Amministrazioni di contabilizzare l'operazione fuori bilancio (*off balance*) e, quindi, di non creare debito pubblico, in conformità alla funzione precipua di tale modulo contrattuale, diretto a garantire, come sovra ricordato, il finanziamento di un'opera o di un servizio pubblico da parte del privato (32).

A tal fine, il nuovo codice, superando l'impostazione precedente, maggiormente attenta ad un profilo quantitativo, piuttosto che qualitativo, non pone alcun limite fisso al valore dell'eventuale contributo pubblico previsto quale parte del corrispettivo contrattuale e si limita a rinviare alla disciplina dettata dalle decisioni *Eurostat* (33), valorizzando così anche le finalità sociali perseguite (c.d. *value for society*), nonché le esigenze di tutela della piccola e media impresa.

Nel caso in cui i criteri ivi previsti siano violati dalle operazioni contrattuali poste concretamente in essere, occorre procedere alla riqualificazione del rapporto negoziale come fonte di indebitamento (34), riqualificazione e non nullità del contratto, come in passato invece erroneamente sostenuto da una certa giurisprudenza (35) e come, invece, oggi chiarito anche dall'art. 177, comma 6.

Al riguardo, non pare superfluo sottolineare come, sulla base dei rilievi formulati dall'I.S.T.A.T., incaricato di compilare ed inviare ad *Eurostat* il “*questionario sulle tabelle relative alla notifica della procedura per i disavanzi eccessivi*”, la cui tabella 11 è appunto relativa ai PPP, nel 2022 ben l'87% dei contratti di PPP è stato riclassificato *on-balance sheet*, in ragione del mancato

(32) Cfr., Cons. St., sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809.

(33) L'art. 177, comma 7, diversamente dal precedente art. 180, comma 6 (che disponeva che il contributo pubblico non potesse superare il “*quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo*”), infatti, rinvia *tout court* ai contenuti delle decisioni *Eurostat*, prevedendo solo 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*”. Su questo, cfr. anche la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 10 luglio 2019, con la quale si definiscono i criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico privato ai sensi dell'art. 44, comma 1 *bis* del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248.

(34) Corte dei conti, delibera n. 15/SEZAUT/2017/QMIG del 13-23 giugno 2017.

(35) T.a.r. Sardegna, sez. I, 10 marzo 2011, n. 213, secondo cui un contratto di concessione posto in essere senza una efficace allocazione dei rischi in violazione dei principi comunitari sarebbe nullo per illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 c.c. (contratto in frode alla legge), in quanto utilizzato allo scopo di conseguire un risultato precluso dall'ordinamento.

trasferimento dei rischi al soggetto privato, e tale percentuale sale addirittura al 100% per i contratti di EPC.

Tanto valga ad evidenziare, ancora una volta, la complessità per le pubbliche Amministrazioni di disegnare contratti quali quelli di specie.

Proprio alla natura (anche) di strumento di finanziamento di questi contratti, si ricollega, poi, l'istituto della finanza di progetto (36).

Il codice, in primo luogo, precisa definitivamente che questa non è un tipo di contratto di partenariato pubblico privato (come erroneamente veniva indicato dall'art. 180, comma 8 del vecchio codice), ma una particolare e articolata procedura bifasica - di scelta del progetto e di affidamento del contratto, e oggi di tutti i contratti di PPP (art. 198, comma 1) -, che si connota per la peculiarità di essere avviata (solo) su iniziativa degli operatori economici privati (essendo stata espunta la modalità ad iniziativa pubblica, ritenuta condivisibilmente del tutto superflua) e di operare sia in relazione a progetti già presenti nel (nuovo) programma triennale delle esigenze pubbliche (cfr. art. 175, comma 1), sia per iniziative ivi non previste.

Come chiarito dalla stessa relazione di accompagnamento allo schema definitivo del codice, pertanto, *“non si tratta di due tipi contrattuali diversi, come nella struttura dell'impianto codicistico del 2016. È il medesimo contratto di concessione che può essere finanziato, sia in 'corporate financing', sia in 'project financing'”* (p. 203).

Con riferimento alla prima fase, di scelta del promotore di una procedura di finanza di progetto, è pacifico che non si tratti di *“un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, quanto piuttosto [di] uno strumento tramite il quale l'amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da realizzare”* (37), tanto che l'Amministrazione può sempre decidere di non dare corso alla procedura di gara per l'affidamento del contratto (38).

In secondo luogo, occorre segnalare il criticabile arretramento compiuto

(36) Su cui cfr. MALINCONICO C., *“Finanza di progetto”*, in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo V, cit.; nonché RAGANELLI B., *“La finanza di progetto”*, in CLARICH M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit.

(37) Cfr., da ultimo, Cons. St., sez. V, ord. 7 giugno 2023, n. 5615, con cui è stata rimessa alla Corte di giustizia UE la seguente questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE: *“se l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è contrario al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo”*. Detta problematica è oggi venuta meno, in quanto il termine di novanta giorni previsto dall'art. 193, comma 2 - che, in verità, nel progetto originario era stato sostituito dall'avverbio *“tempestivamente”* - non è più indicato come perentorio.

(38) Cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 19 settembre 2022, n. 8072; si veda anche T.a.r. Calabria, Catanzaro, 14 luglio 2022, n. 1312.

dal legislatore rispetto al testo proposto dalla Commissione, con particolare riferimento alla soluzione da questa indicata con riferimento ad uno dei principali problemi che affligge il modulo della finanza di progetto, costituito dalla previsione del diritto di prelazione a favore del promotore, spesso di ostacolo, nella pratica, alla partecipazione di altri operatori alla seconda fase della procedura.

La Commissione, per ovviare a tale effetto, aveva inserito, quale alternativa al diritto di prelazione, la possibilità di riconoscere al promotore un punteggiaggio premiale (c.d. sistema alla cilena), da riferirsi anche al valore innovativo del progetto stesso, nella consapevolezza che nessuna opzione è comunque priva di difetti, atteso che anche questa, pur incentivando la partecipazione e la qualità progettuale, comporterebbe inevitabilmente un generale aumento dei costi (cfr. pag. 231-232 della relazione) (39).

Sarebbe stato certamente preferibile consentire alla stazione appaltante la ponderazione fra detti interessi in concreto, avuto riguardo alle peculiarità dell'opera oggetto del progetto, piuttosto che escludere *ex lege* la stessa possibilità di ricorrere a tale modalità alternativa di valorizzazione della posizione del promotore.

Pare, invece, condivisibile la scelta del legislatore di prevedere l'obbligo di costituzione di una società di scopo (e la nuova denominazione rispetto a quella di società di progetto ha il dichiarato fine di ricondurre la finanza di progetto al modello europeo dello *special purpose vehicle*) solo per gli affidamenti di lavori sopra soglia e non, invece, quale regola generale, come originariamente proposto dalla Commissione, così lasciando una maggiore libertà alle stazioni appaltanti e agli stessi operatori economici, cui, d'altra parte, oggi l'art. 198, comma 2 riconosce sempre il diritto di "*avvalersi, anche al di fuori della finanza di progetto, della facoltà di costituire una società di scopo*".

5. La fase esecutiva e la lezione della pandemia.

In questa breve panoramica, inevitabilmente incompleta, merita un cenno la disciplina dettata dal codice in materia di esecuzione dei contratti di partenariato (40), di cui al titolo III della parte II del libro *de quo*, dedicata alle concessioni, ma applicabile a tutti i PPP *ex art.* 174, comma 3.

(39) Cfr. anche il comunicato del Presidente dell'A.N.A.C. del 12 gennaio 2022, sull'indagine conoscitiva svolta sulle procedure di *project financing* nei servizi.

(40) Sull'esecuzione dei contratti di concessione (e, quindi, dei contratti di PPP), con riferimento al previgente codice, cfr., per tutti, URBANO G., "*L'esecuzione delle concessioni (artt. 174-178)*", in CLARICH M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, 2019, oltre che SCIAUDONE F., "*Esecuzione. Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*", in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo V, cit. In generale, cfr. anche ZOPPOLATO M., COMPARONI A., "*Revisione dei prezzi trattato sui contratti pubblici*", in SANDULLI M.A., DE NICTOLIS R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo IV, 2019.

Ciò per due principali motivi: da un lato, questi contratti - come ci ricorda anche l'art. 178 - costituiscono rapporti di durata, spesso molto ampi nel tempo, in quanto devono remunerare gli investimenti, effettuati e da effettuare, dall'aggiudicatario; dall'altro, per la particolare attenzione che negli ultimi anni, a causa del fenomeno pandemico e dalla guerra, è stata tributata, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, proprio alla fase esecutiva dei contratti, anche pubblici.

In primo luogo, occorre rilevare che, in ossequio al criterio di cui alla lett. ff) della legge delega, il codice ha sancito il divieto di proroga dei contratti di PPP, salvo nel caso di revisione degli stessi (art. 178, comma 5; su cui *infra*).

Non è stata, invece, prevista la proroga c.d. tecnica (ad eccezione per l'ipotesi, speciale, delle concessioni autostradali), diversamente da quanto disposto dall'art. 120, comma 11 per gli appalti.

Attese la auto-conclusività del libro IV del codice, l'assenza di rinvii interni e la natura eccezionale di tale tipo di proroga (41), si dovrebbe, dunque, ritenere che oggi - diversamente dal passato - sia preclusa alle Amministrazioni la facoltà di disporre la proroga c.d. tecnica dei contratti finanche "*nei casi eccezionali nei quali risultino oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della procedura di affidamento del contratto*".

Tale soluzione, imposta dalla legge delega, si spiega proprio con la durata tendenzialmente lunga del contratto - che deve essere chiaramente predefinita ex art. 178, comma 1 -, che dovrebbe consentire alle Amministrazioni di predisporre per tempo l'avvio di una nuova procedura ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione del contratto per il periodo successivo alla scadenza.

La prassi consentirà di verificare quanto tale proposito potrà essere in concreto soddisfatto, ma non si può che avanzare qualche dubbio sull'opportunità di una sì rigida preclusione.

In secondo luogo, con il codice si è persa l'occasione di dare un contenuto concreto alla disposizione di cui all'art. 175 del codice previgente, oggi tradotta, pur con qualche modifica - più terminologica, che di sostanza - nell'art. 189, disciplinante la modifica del contratto durante il periodo di efficacia.

La disposizione sconta, evidentemente, una eccessiva "*fedeltà*" al contenuto della direttiva n. 23 (art. 43), frutto forse di una lettura anch'essa eccessivamente rigida del criterio di delega sovra richiamato. La estrema genericità della terminologia adoperata nel diritto positivo europeo, come sovra rilevato, necessita di essere colmata attraverso il rinvio alle categorie tradizionali nazionali, senza che per questo ne sia tradita l'origine, così da cercare di quanto meno ostacolare quella eclissi del diritto (civile) o, comunque, quella crisi della fattispecie da più parti denunciate (42).

(41) Cfr., fra le tante, Cons. St., sez. V, 23 settembre 2019, n. 6326.

(42) Il riferimento è, ovviamente, a CASTRONOVO C., *Eclissi del diritto civile*, 2015 e a IRTI N., *Crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, 1, 36 ss.

Ciò vale, in particolar modo, per il concetto di “*natura generale della concessione*” che assume valenza di limite generale per le ipotesi di modifica disciplinate dal comma 2 dell’art. 189, oltre che per quelle di cui al comma 1, lett. a) e c).

Né nel codice, né nella presupposta direttiva n. 2014/23/UE si rinviene una definizione della “*natura generale*” del contratto, né la stessa risulta specificamente affrontata dalla giurisprudenza nazionale - e ciò si spiega perché, come rilevato anche nella relazione di accompagnamento, tale previsione ha avuto nella prassi scarsissima applicazione.

Inoltre, di assai difficile definizione risulta il rapporto fra tale concetto e quello di “*modifica sostanziale*” del contratto (rilevante ai sensi del comma 1, lett. e)), specie oggi che il comma 4 dell’art. 189, quasi filosoficamente, afferma che una modifica sarebbe da ritenersi tale “*se la natura della concessione muta nella sua essenza rispetto a quella inizialmente conclusa*”.

Se è vero che tale previsione è comunque preferibile a quella della direttiva, che tautologicamente dispone che la modifica è da considerarsi sostanziale se “*muta sostanzialmente la natura della concessione rispetto a quella inizialmente conclusa*”, forse avrebbe meritato di essere conservato, almeno *in parte qua*, lo sforzo qualificatorio effettuato dal precedente art. 175, comma 7, che definiva “*sostanziale*” la modifica che “*altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto*”, così richiamando categorie un po’ più note al nostro ordinamento.

Con maggior rigore dogmatico, si potrebbe tentare di ricondurre la nozione di “*natura generale*” del contratto a quella, ben conosciuta, di causa, funzione del contratto; sicché si avrebbe incisione sulla stessa allorché, ad esempio, le modifiche comportino un sostanziale svuotamento del rischio operativo sotteso alla originaria concessione, sì da trasformarla in un appalto, ovvero allorquando si inseriscano nell’oggetto del contratto una serie di prestazioni allo stesso totalmente estranee (43).

Particolare ipotesi di modifica del contratto - senza che, però, di tale rapporto si curi il legislatore nazionale, in assenza di indicazioni da parte della direttiva - è la revisione, disciplinata oggi da una disposizione autonoma (art. 192), diversamente rispetto al codice precedente, che alla stessa riservava solo un limitatissimo spazio (artt. 165, comma 6 e 182, comma 3).

L’origine di tale scelta, innovativa, è chiaramente da rinvenirsi nelle ben note problematiche sorte con riferimento a tutti i contratti di durata e, quindi,

(43) Cfr., delibera A.N.A.C. n. 758 del 30 settembre 2020: “*la natura generale di una concessione di lavori avente ad oggetto la realizzazione di una specifica opera (palasport), deve ritenersi mutata ove, durante l’efficacia della concessione si intendano realizzare opere supplementari di diverso oggetto (come parcheggi e percorsi ciclopedonali), serventi anche ulteriori impianti rispetto a quelli originari (una più ampia area sportiva) e funzionali ad una differente esigenza pubblica (il miglioramento della viabilità locale)*”.

anche per quelli pubblici, nel periodo pandemico, che hanno imposto una rinnovata riflessione circa la necessaria previsione in via generale di rimedi manutentivi del rapporto sinallagmatico a fronte di sopravvenienze non previste e non prevedibili al momento della stipulazione (44).

A tale esigenza rispondono oggi, in via generale, la innovativa previsione del principio di “*conservazione dell’equilibrio contrattuale*”, cristallizzato all’art. 9 del codice, nonché la disposizione di cui all’art. 60, che ripropone (45) l’obbligo di inserimento di clausole di revisione prezzi in tutti i contratti pubblici, sulla falsariga delle clausole di *hardship* note al commercio internazionale, che si attivano automaticamente al ricorrere dei presupposti ivi previsti (e che, a quanto consta, dovrebbero ritenersi vincolanti sia nell’*an* che nel *quantum*).

La medesima *ratio* è, come si è detto, sottesa alla disposizione, speciale per i contratti di PPP, di cui all’art. 192, che sancisce il diritto dei concessionari - ma si deve ritenere che sia diritto proprio anche della stazione appaltante - di chiedere la revisione degli stessi in caso di “*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*”.

Anche in questo caso non può che censurarsi la scarsa definizione dei concetti di “*natura generale*” del contratto e di “*modifica sostanziale*”, ergendosi questi, anche per la revisione, a confini di legittimità (in questo caso, però, unici; cfr. art. 192, comma 2).

Meritoria è, invece, la ripulitura lessicale operata con l’art. 190, che ha opportunamente espunto, anche con riguardo ai contratti di concessione (e, quindi, di PPP), il tratteggio riferimento alla revoca del contratto, ancora presente nell’art. 176 del vecchio codice. Conformemente a quanto già disposto per l’appalto, è stato, infatti, previsto, in luogo del potere autoritativo, pubblicistico, di revoca, il diritto potestativo, di natura privatistica, di recesso, cui oggi è appunto dedicato l’art. 190, commi da 4 a 7.

(44) Sul punto, si rammenta che già, nelle Linee guida A.N.A.C. n. 9 del 28 marzo 2018, rubricate “*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*”, le epidemie ed i contagi erano espressamente indicati come eventi di forza maggiore suscettibili di determinare la revisione del P.E.F. (§ 3.3). Nel periodo pandemico, spicca una previsione, pur eccezionale, quale quella di cui all’art. 28 *bis* del d.l. 34/2020, convertito con l. 77/2020, che impone l’avvio “*automatico*” della procedura di revisione per le concessioni per la somministrazione di alimenti e bevande tramite distributori automatici collocati presso gli istituti scolastici e università e gli uffici pubblici rimasti chiusi durante l’emergenza al superamento di una determinata soglia di riduzione del fatturato. In generale, non si può non richiamare la relazione tematica n. 56 dell’8 luglio 2020, redatta dall’Ufficio del massimario della Corte di Cassazione e specificamente dedicata alle “*Novità normative sostanziali del diritto “emergenziale” anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*”, che, pur non occupandosi di contratti pubblici, detta principi di valenza generale.

(45) Cfr., in origine, art. 6, comma 4, l. 537/1993; poi, art. 115 d.lgs. 163/2006; più di recente, art. 29, comma 1, lett. a), d.l. 4/2022, convertito in l. 25/2022. Sul punto, si veda, da ultimo, Cons. St., sez. V, 6 settembre 2022, n. 7756.

Ciò consente di abbandonare, definitivamente, la lettura tradizionale pubblicistica della concessione - che ancora una parte della dottrina e della giurisprudenza propugnava, anche nella vigenza del codice del 2016 -, per abbracciarne una qualificazione come vero e proprio contratto, al pari di quello di appalto.

Si tratta, peraltro, di ripulitura lessicale che è, al contempo, anche contenutistica, in quanto, superando il testo dell'art. 44 della direttiva, che fa riferimento alla nozione, genericissima, di *termination of concessions*, il legislatore ha appunto ricondotto le diverse ipotesi previste dalla stessa direttiva agli istituti, ben noti al nostro codice civile, del recesso e della risoluzione.

Proprio dalla disciplina della risoluzione recata dal nuovo art. 190, peraltro, emerge, ancora una volta, il *favor* che il legislatore tributa ai contratti di partenariato. Al fine, infatti, di favorirne la finanziabilità, si prevede una ipotesi di modifica del contratto di concessione *a parte subiecti*, ulteriore rispetto a quelle di cui all'art. 189 sopra richiamate (e non contemplata nella direttiva), che consente il c.d. *step in-right*, ossia il subentro di altro operatore economico, indicato dagli enti finanziatori, prima di addivenire alla risoluzione del contratto per inadempimento dell'originario aggiudicatario (cfr. art. 190, comma 3, che riproduce la previsione di cui all'art. 176, comma 8 del precedente codice, ma ampliando il termine nel quale l'ente finanziatore deve operare tale indicazione e specificando il procedimento con cui il subentro avviene).

Le disposizioni da ultimo richiamate si inscrivono, dunque, nell'alveo di quella impostazione che si è avuto modo di valutare positivamente e che il legislatore dovrebbe avere il coraggio di adottare più spesso. In tale direzione, di conseguenza, non può che essere l'auspicio.