



MARZO 2023

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELL'OFFERTA E IL PPP
NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
20 marzo 2023

Legance

PROF. AVV. ALESSANDRO BOTTO



- PREMESSA
- I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELL'OFFERTA
- IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO
- IL CONTRATTO DI CONCESSIONE
- IL PROJECT FINANCING O LA FINANZA DI PROGETTO
- LA LOCAZIONE FINANZIARIA
- IL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ
- ALTRE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PPP

I criteri di aggiudicazione sono i parametri che la stazione appaltante utilizza per la selezione della migliore offerta presentata dall'operatore economico cui affidare l'esecuzione di un contratto pubblico.

Nello schema del Nuovo Codice dei contratti pubblici, l'art. 108 introduce delle modifiche rilevanti rispetto al vigente art.95 del d.lgs.50/2016 che potrebbero aprire, nell'ottica del risparmio della spesa pubblica una continua corsa al ribasso come elemento strutturale degli acquisti.

Il venire meno del tetto massimo per l'attribuzione del punteggio economico entro il limite fissato del 30% rischia di consentire aggiudicazioni basate esclusivamente sulla componente del prezzo perché la discrezionalità della relazione tecnica risulta, astrattamente applicabile ma nel concreto si potrebbe andare verso una notevole riduzione dello spazio riservato alla valutazione dell'elemento qualitativo.



I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELL'OFFERTA



Nel Nuovo Codice dei contratti pubblici i criteri di aggiudicazione sono inseriti nella Parte V «Dello svolgimento delle procedure», Titolo V «la selezione dell'offerente».

l'art. 108 definisce i criteri per l'aggiudicazione degli appalti e per l'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee sulla base di 12 commi in luogo dei 15 previsti dall'art.95 del d.lgs. 50/2016.

I criteri di aggiudicazione rimangono due:

- (i) il criterio di dell'offerta economicamente più vantaggiosa, da intendersi quale *«miglior rapporto qualità/prezzo»*
- (ii) Criterio dell'elemento prezzo o del costo, seguendo la comparazione *«costo/efficacia»*



Il comma 2, dell'art.108, individua le tipologie di contratti da affidare esclusivamente mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quali:

- I contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché, ai servizi ad alta intensità di manodopera;
- I contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a €140.000;
- I contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a €140.000 caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;
- Gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;
- Gli affidamenti di appalto integrato

La Relazione illustrativa chiarisce che le soglie stabilite dal d.lgs. 50/2016 sono state alzate da €40.000 a €140.000 per esigenze di carattere sistematico e in considerazione del mutamento del quadro economico e sociale.

- Il comma 3 dell'art. 108, introduce la possibilità di utilizzare il criterio di aggiudicazione del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato.
- I commi 4, 5 e 6 dell'art. 108, prevedono che nei documenti di gara siano stabiliti i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali: gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali. A differenza della formulazione del c. 6, art. 95, d.lgs. 50/2016 è stata eliminata l'elencazione esemplificativa dei criteri utilizzati che, pertanto, potranno essere eventualmente inseriti in una normativa attuativa di carattere secondario.



Relativamente ai criteri di valutazione dell'offerta, i commi 7 e 8 ribadiscono che i documenti di gara, ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo indicano i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione, anche prevedendo una forbice in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato.

Inoltre, per ciascun criterio possono essere previsti sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi.

Nel caso in cui la ponderazione in questione non sia possibile, la stazione appaltante indicherà nei documenti di gara, in ordine decrescente, l'importanza dei criteri.

Rispetto ai costi aziendali per la manodopera e per la sicurezza, il comma 9, dell'art. 108 dispone che l'operatore, **a pena di esclusione**, sia tenuto ad indicare nell'offerta economica, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale.

Il comma 10, ricalca il testo dell'art.95 c.12, d.lgs. 56/2010 in relazione alla facoltà della stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione del contratto nel caso in cui nessuna offerta sia conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto, tuttavia, in aggiunta, si prevede un termine di 30 giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte per esercitare tale facoltà.

L'art. 108, al comma 11, in relazione agli appalti di lavori aggiudicati tramite l'offerta economicamente più vantaggiosa, conferma quanto già disposto dall'art. 95, comma 14-bis del d.lgs. 50/2016 sottolineando l'impossibilità per le stazioni appaltanti di attribuire punteggi per l'offerta di opere aggiuntive, rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta.

Il comma 12, in modo analogo a quanto previsto dall'art. 95, c. 15 del d.lgs. 50/2016, precisa che l'esclusione di uno o più concorrenti dalle procedure, anche a seguito di pronuncia giurisdizionale, successivamente all'aggiudicazione, non rileva ai fini del calcolo delle medie nella procedura né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte eventualmente stabilita dai documenti di gara e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara.

Rispetto all'art. 95 del d.lgs. 50/2016, sono stati eliminati, per confluire poi negli allegati:

- i) Il comma 6 nella parte in cui esemplifica i criteri di aggiudicazione dell'offerta utilizzabili dalle stazioni appaltanti;
- ii) Il comma 13 nella parte in cui fa riferimento ai criteri premiali dell'offerta;
- iii) Il comma 14, nella parte in cui fa riferimento a ulteriori disposizioni applicabili nei casi di adozione del criterio di aggiudicazione del miglior rapporto qualità/prezzo

È stato soppresso il comma 10-*bis* dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016 che, con l'obiettivo di valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta, disponeva che la stazione appaltante stabilisse un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%. La scelta dell'eliminazione è dipesa dall'analisi economica che ha dimostrato come la stessa contenga degli elementi critici, distorsivi del mercato.

È dunque prevalsa la volontà di rimettere alle stazioni appaltanti la scelta di quanto incida l'aspetto tecnico e quello economico, svincolandole da soluzioni precostituite.

L'obiettivo, come si legge nella Relazione Illustrativa al Nuovo Codice, è quello di consentire la migliore fruizione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, adeguando il peso delle due componenti (prezzo e qualità) alle effettive caratteristiche dello specifico appalto. Pertanto, si tratta di una valutazione rimessa alle stazioni appaltanti, nella consapevolezza che la scelta della formula è espressiva delle preferenze e degli obiettivi perseguiti.



È importante sottolineare che l'ottava Commissione permanente del Senato «Ambiente, transizione ecologica, energia, lavori pubblici, comunicazioni, innovazione tecnologica», nel parere sul nuovo codice, ha chiesto di inserire il limite del 20% per il punteggio economico, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto «è necessario valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta e individuare criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici, evitando ogni formula matematica che finisca per premiare i ribassi più alti.» Infatti, continua la Commissione, «l'individuazione di un tetto massimo al punteggio economico evita il rischio che le stazioni appaltanti trasformino il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in quello del massimo ribasso mascherato, attribuendo rilevanza determinante alla componente prezzo».

Ulteriori disposizioni relative ai criteri di aggiudicazione sono contenute **nell'art.185** inserito nella Parte II, Titolo II in materia di contratti di concessione.

La disposizione recepisce l'art. 41 della direttiva 2014/23/UE, relativo ai criteri di aggiudicazione dei contratti di concessione, a fronte di una non piena omogeneità del testo del d.lgs. 50/2016 al dettato comunitario.

L'aggiudicazione dei contratti di concessione avviene 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.

Come regola generale, si statuisce la necessità che le concessioni siano aggiudicate, ponendo a base di gara almeno un progetto di fattibilità, sulla scorta 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'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore.

Il comma 2 individua i requisiti dei criteri di aggiudicazione, prevedendo che gli stessi:

- siano connessi all'oggetto della concessione;
- non attribuiscano una incondizionata libertà di scelta all'ente concedente;
- includano, tra l'altro, criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione.

In aggiunta, l'ente concedente, è tenuto a verificare la conformità delle offerte ai criteri che devono essere elencati in ordine decrescente di importanza.

Tali criteri devono essere accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore devono poi verificare la conformità effettiva delle offerte ai criteri di aggiudicazione.

Al comma quarto si individua una eccezione generale alla regola del comma primo, tesa a garantire – in coerenza con la natura e l’oggetto delle concessioni – adeguata importanza alle offerte innovative. In dettaglio, si prevede che, se l’amministrazione riceve un’offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un’amministrazione «*diligente*», il soggetto concedente stesso può, in via eccezionale, modificare l’ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa. In tal caso, l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell’ordine di importanza ed emette un nuovo invito a presentare offerte.

In termini di requisiti, viene ribadita 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 presente 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.



La norma si chiude con due previsioni, tese a garantire la correttezza della procedura e la selezione di una proposta adeguata.

In particolare, il comma quinto statuisce che, prima di assegnare il punteggio all'offerta economica, la commissione aggiudicatrice verifichi l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico finanziario.

Il comma sesto, invece, prevede che i componenti delle commissioni di valutazione devono essere altamente qualificati e competenti, quindi dotati di esperienze e qualifiche adeguate all'oggetto dell'esame. Viene specificata, inoltre, in termini di garanzia della riservatezza delle operazioni e degli elementi soggettivi sottesi, la facoltà per il bando di prevedere l'oscuramento dei nomi degli operatori economici che hanno presentato l'offerta.

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI

Lo schema definitivo di Codice dei contratti pubblici prevede una semplificazione dei processi, nonché, l'estensione dell'ambito operativo delle forme di partenariato pubblico privato contrattuale e istituzionale.

L'obiettivo della riforma è quello di rendere il PPP *«più attrattivo per amministrazioni, operatori economici ed investitori istituzionali»* ed evitare politiche di bilancio che hanno incentivato l'uso distorto dello strumento in esame.

Nel Nuovo Codice dei Contratti, il partenariato pubblico privato (PPP) viene disciplinato agli articoli 174 e 175 che sostituiscono integralmente gli articoli 179, 180, 181 e 182 del codice vigente relativi alla disciplina generale dell'istituto in questione.

La Relazione illustrativa al Nuovo Codice dei Contratti sottolinea che nel nuovo Libro IV (che contiene gli articoli da 174 a 208) si è operata un'inversione sistematica rispetto all'impianto contenuto nel d.lgs. 50/2016; pertanto, le disposizioni generali in materia di partenariato pubblico-privato (PPP) precedono la disciplina delle figure contrattuali tipiche, quali la concessione, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità.

Sul piano sistematico, lo schema del Nuovo Codice chiarisce la distinzione tra il PPP di tipo puramente contrattuale (regolato dallo schema medesimo) e il PPP di tipo istituzionale (regolato dal T.U. sulle società partecipate di cui al d.lgs. 175/2016) disponendo, tra l'altro, la previsione di due corpi normativi separati e che i contratti di PPP possano essere stipulati solo da enti concedenti qualificati.

Il contrassegno distintivo unitario della categoria del PPP – nel precedente Codice tratteggiato in modo non esaustivo e con formulazioni poco chiare – è rappresentato 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. Altro elemento identificativo è costituito dal tipo di retribuzione del contraente privato correlato alla gestione dell'opera o del servizio e all'allocazione dei rischi tra le parti contraenti.

Su queste basi, si è operata un'inversione sistematica rispetto al precedente impianto normativo: le disposizioni generali in materia di PPP precedono la disciplina delle figure contrattuali tipiche, quali: la concessione, locazione finanziaria, contratto di disponibilità.

È stato inoltre ribadito il principio di atipicità e non esclusività delle forme contrattuali partenariali.

In forza della capacità generale di diritto privato, l'Amministrazione può infatti elaborare anche schemi negoziali diversi da quelli nominati, purché aderenti, nei contenuti, alla regolazione pubblicistica contenuta nel libro IV.

Sempre sul piano sistematico sono stati meglio precisati i rapporti tra concessione e finanza di progetto. 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*'. In ragione delle peculiarità di tale ultima operazione economica (in cui la società di progetto isola il progetto e consente di schermarlo dai rischi operativi), sono state comunque riservate alla finanza di progetto norme specifiche in tema di aggiudicazione ed esecuzione del contratto (la finanza di progetto è così diventata un capitolo 'interno' alla disciplina della concessione).

Ulteriori disposizioni volte a rendere più attrattivo lo strumento del partenariato pubblico privato sono contenute nel Titolo IV, all'art. 193, dedicato alla finanza di progetto, nonché, nella Parte V, all'art.198.

In particolare, l'art. 198 reca disposizioni finalizzate all'estensione di alcune peculiarità del *project financing* a tutti i contratti di PPP, pertanto, si specifica che le proposte di finanza di progetto possano riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di PPP.

L'ottava Commissione permanente del Senato «Ambiente, transizione ecologica, energia, lavori pubblici, comunicazioni, innovazione tecnologica», nel parere sullo schema del Nuovo Codice, ha chiesto al Governo di valutare l'opportunità di specificare in relazione all'articolo 175, in quali ipotesi nel caso di ricorso alla finanza di progetto, si renda necessario costituire una società di scopo, consentendo ai bandi di configurare il ricorso a tale modulo organizzativo come facoltativo per i contratti di minore importo.

Articolo 174 (Nuovo Codice dei Contratti pubblici)

- 1. Il partenariato pubblico-privato è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche: a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato.*
- 2. Per ente concedente, ai sensi della lettera a) del comma 1, si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 1 della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014.*

3. Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, 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 dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II. Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179.

4. Il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica ed è disciplinato dal decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 e dalle altre norme speciali di settore. 5. I contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'articolo 63.

L'art. 174 comma 1, al contrario dell'impostazione adottata dalle Direttive europee sui contratti pubblici (2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE), esplicita la definizione di partenariato pubblico privato e mette in evidenza le quattro componenti che devono sussistere affinché l'operazione economica possa qualificarsi in termini di PPP.

A tal riguardo, la Relazione illustrativa specifica che il PPP è un *«legame contrattuale in virtù del quale il partner privato fornisce un servizio al pubblico, in luogo, ma sotto il controllo del partner pubblico»*, in aggiunta, si puntualizza che l'elemento della retribuzione del partner privato possa consistere nella *«gestione dell'opera o del servizio»* ovvero, *«nell'allocazione dei rischi tra le parti contraenti»*.

Il comma 1 introduce una nuova nozione generale di partenariato pubblico-privato, comprensiva sia del partenariato pubblico-privato contrattuale, sia del partenariato pubblico-privato istituzionale.

Il comma 1 dispone, quindi, che il PPP è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche:

- 1) un rapporto contrattuale di lungo periodo intercorrente tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati finalizzato al raggiungimento di un risultato di interesse pubblico
- 2) le risorse necessarie per coprire i fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto provengono, in misura significativa, dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima
- 3) il compito di realizzare e gestire il progetto spetta alla parte privata, mentre, la parte pubblica è tenuta a definire gli obiettivi da raggiungere e a verificarne l'attuazione
- 4) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi grava sul soggetto privato.

Il comma 2 dell'art. 174 reca la definizione di «ente concedente» come tali intendendosi le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'articolo 1 della direttiva 2014/23/UE.

In particolare, l'art. 1 citato, senza definire le «amministrazioni aggiudicatrici» o gli «enti aggiudicatori», si limita a delineare l'ambito applicativo della direttiva 2014/23/UE riferito «alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori il cui valore stimato non è inferiore alla soglia indicata all'art. 8» e «all'aggiudicazione di concessioni di lavori o di servizi a operatori economici da: a) amministrazioni aggiudicatrici; b) enti aggiudicatori, purché i lavori o i servizi siano destinati allo svolgimento di una delle attività di cui all'allegato II».

In aggiunta, si specifica che l'art. 1 co. 1 lett. b) dell'Allegato I.1 definisce l'ente concedente come «qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di concessione di lavori o di servizi e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice».

DISTINZIONE TRA PPP CONTRATTUALE E PPP ISTITUZIONALE

Il comma 3 dell'art. 174 individua la figura del PPP contrattuale, precisando che la stessa comprende:

- 1) Le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità;
- 2) 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.

Il comma 3 riproduce grosso modo il disposto dell'attuale art. 180, co. 8 d.lgs. 50/2016;

In particolare, la Relazione illustrativa sottolinea che il comma in esame opera un «rinvio alla capacità generale di diritto privato, e ciò al fine di consentire alle amministrazioni di ricorrere a figure contrattuali atipiche, e non solo ai contratti nominati già previsti nel codice, dando così attuazione alla legge delega che prevede l'estensione delle forme di partenariato pubblico-privato. Tuttavia, per evitare forme di abuso, si è precisato che i contratti devono avere i contenuti di cui al comma 1 e devono essere diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela.»

Il richiamo alla legge delega sembra riferito alla lettera aa) che prevede, tra l'altro, la «razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato».

Rispetto alla disciplina del PPP «contrattuale», il comma 3 rinvia:

- 1) Alle disposizioni di cui ai Titoli II, III, IV della Parte II, per quanto riguarda l'affidamento e l'esecuzione dei contratti
- 2) Agli artt. 177, 178 e 179, per quanto riguarda le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di PPP, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato.

L'art. 174, comma 4, in maniera innovativa rispetto al d.lgs. 50/2016, introduce la definizione di PPP di tipo istituzionale.

In particolare, viene specificato che tale tipologia di PPP:

- 1) Si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente alla parte privata e da quella pubblica
- 2) Si applica la disciplina contenuta nel d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica) e nelle altre norme speciali di settore.

In relazione alla distinzione tra partenariato pubblico privato di tipo contrattuale e di tipo istituzionale, la Relazione illustrativa precisa che in considerazione delle differenze intercorrenti tra i due istituti sono stati introdotti «due corpi normativi separati: i) il Codice dei contratti si occupa del modello partenariale basato sui legami contrattuali delle parti contraenti, di tipo sinallagmatico; ii) il testo unico sulle società partecipate (decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175) e le altre norme speciali di settore si occupano del 'PPP istituzionalizzato', connotato dalla creazione di un'entità terza con compiti di assicurare la fornitura dal partner privato e dal soggetto pubblico, di cui costituiscono l'esempio più noto le società miste».



OBBLIGO DI QUALIFICAZIONE PER LA STIPULA DI CONTRATTI DI PPP



In ultimo, il comma 5 dell'art.174 dispone che i contratti di PPP possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'art. 63 del Nuovo Codice; pertanto, viene introdotto un **obbligo di qualificazione per la stipula di contratti di PPP**.

Nel dettaglio, l'art. 63 rubricato *«qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza»*, prevede che presso l'ANAC venga istituito un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte, in una specifica sezione, anche le centrali di committenza, ivi compresi gli enti aggregatori.

Nel secondo periodo del comma 1 si specifica che *«ciascuna stazione appaltante o centrale di committenza che soddisfi i requisiti di cui all'allegato II.4 consegue la qualificazione ed è iscritta nell'elenco»*.

I requisiti di qualificazione di cui all'allegato II.4 attengono:

- i) all'organizzazione della funzione di spesa e ai processi;
- ii) alla consistenza, esperienza e competenza delle risorse umane, ivi incluso il sistema di reclutamento e la adeguata formazione del personale;
- iii) all'esperienza maturata nell'attività di progettazione, affidamento ed esecuzione di contratti, ivi compreso l'eventuale utilizzo di metodi e strumenti di gestione informativa delle costruzioni



La relazione illustrativa motiva l'obbligo di qualificazione in capo all'ente concedente alla luce della *«complessità di tale istituto giuridico, che richiede competenze specifiche per essere realizzato e gestito»*.

L'art. 175 del Nuovo Codice dei Contratti, rubricato «programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio» dispone che:

« 1. Le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato. Nel programma triennale le pubbliche amministrazioni indicano, per ciascun progetto, le eventuali ragioni che giustificano l'applicazione del criterio premiale in luogo della prelazione.

2. Il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità. La valutazione 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. A tal fine, la valutazione confronta 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.»

«3. Nei casi di 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, gli enti concedenti interessati a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pubblico-privato, il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo superiore a 10 milioni di euro richiedono un parere preventivo, non vincolante, per la valutazione preliminare di cui al comma 2, al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato. Il parere deve essere chiesto 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. Il parere è emesso di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato entro 45 giorni. Decorso il termine si applica l'articolo 16, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il Presidente del Consiglio dei ministri, dopo la valutazione preliminare, può sottoporre 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.

4. Le regioni e gli enti locali possono richiedere il parere del DIPE di cui al comma 3 quando la complessità dell'operazione contrattuale lo richieda»

«5.L'ente concedente, sentito l'operatore economico, nomina un responsabile unico del progetto di partenariato tra soggetti dotati di idonee competenze tecniche. Il responsabile coordina e controlla, sotto il profilo tecnico e contabile, l'esecuzione del contratto, verificando costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni.

6.L'ente concedente esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico, verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico del rischio operativo trasferito. L'operatore economico fornisce tutte le informazioni necessarie allo scopo, con le modalità stabilite nel contratto».

«7. Il monitoraggio dei partenariati pubblici privati è affidato alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica 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. 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 CUP e del CIG, del valore complessivo del contratto, della durata, dell'importo del contributo pubblico e dell'importo dell'investimento a carico del privato.

8. Sul portale di cui al comma 7 sono pubblicati e aggiornati periodicamente le migliori prassi in materia di forme e caratteristiche tecniche di finanziamento di partenariato pubblico-privato più ricorrenti sul mercato.

9. Ai soli fini di contabilità pubblica, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat a cui sono tenute le Pubbliche Amministrazioni di cui all'articolo 1, commi 2 e 3, della legge 196 del 2009»

L'articolo 175 dispone che le pubbliche amministrazioni adottino il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico privato; inoltre, viene disciplinata: i) la valutazione preliminare di convenienza e fattibilità e/o per la predisposizione dello schema di contratto di PPP; ii) la nomina del responsabile unico del progetto di PPP; iii) l'attività di controllo; iv) l'attività di monitoraggio.

La relazione illustrativa evidenzia che l'articolo in esame introduce nuovi strumenti che, secondo gli economisti e i componenti del nucleo partenariato pubblico-privato istituito presso il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri, *«dovrebbero avere l'effetto di rendere le procedure di partenariato pubblico-privato effettivamente più attrattive per gli investitori istituzionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi, così come previsto nella lett. aa) della legge delega».*

Il criterio di delega di cui alla lettera aa) prevede che nell'esercizio della delega si persegua il fine di rendere le procedure di PPP *«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»*

Le disposizioni recate dall'art. 175 perseguono la finalità di estendere le forme di partenariato pubblico privato, da un lato, mediante l'apposizione di strumenti che, in ottica multidisciplinare, incentivino le imprese a partecipare alle gare, dall'altro lato, attraverso una serie di meccanismi volti a semplificare e ad assicurare maggiore certezza alle procedure.

A tal riguardo, nella Relazione sull'attività svolta dal DIPE nel 2021 in materia di PPP si legge che *«uno dei principali elementi che disincentiva gli investimenti privati in Italia risiede nell'incertezza e nell'eccessiva lunghezza dei processi autorizzativi».*



PROGRAMMA TRIENNALE DELLE «POSSIBILITA'» DI PPP



Il comma 1 dell'art.175 introduce disposizioni che non trovano corrispondenza nel Codice vigente.

Il primo periodo stabilisce che **le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di PPP.**

La Relazione illustrativa motiva tale scelta al «*fine di garantire la massima trasparenza nei confronti degli operatori economici, degli investitori istituzionali e della collettività*»; in aggiunta, viene specificato che la pubblicazione del programma triennale «*potrà anche stimolare un dibattito pubblico sui progetti di maggior rilievo sociale*».



Il secondo periodo del comma 1 dispone che nel citato programma le pubbliche amministrazioni indicano, per ciascun progetto, le eventuali **ragioni che giustificano l'applicazione del criterio premiale in luogo della prelazione.**

Secondo quanto previsto nella Relazione illustrativa, l'inserimento di tale regola è finalizzato a *«non disincentivare la presentazione di proposte da parte delle imprese a causa dell'incertezza sulla disciplina della fase successiva alla presentazione della proposta medesima. In questo modo, si fissa la regola secondo la quale il criterio è la prelazione, mentre l'eventuale intenzione di discostarsi dalla regola generale deve essere già giustificata già in sede di programmazione».*



SUPPORTO E VALUTAZIONE PRELIMINARI PER IL RICORSO AL PPP



Il comma 2 art. 175 prevede che il ricorso al PPP è preceduto da una **valutazione preliminare di convenienza e fattibilità**, di cui sono disciplinate le modalità di realizzazione.

La finalità principale della norma in esame è quella di garantire che la scelta di avvalersi dello strumento del partenariato pubblico-privato sia basata su approfondite valutazioni in ordine alla convenienza e fattibilità, per evitare, da un lato, che si intraprendano iniziative non realizzabili, e dall'altro lato, che, prendendo in considerazione tutti gli aspetti dell'operazione economica dette iniziative risultino non convenienti per l'amministrazione.

Al fine di incentivare il ricorso alle più moderne ed efficienti soluzioni tecnologiche, la «*capacità di generare soluzioni*» alternative è inserita tra gli elementi oggetto di valutazione.

I commi 3 e 4 dell'art. 175 prevedono una serie di **meccanismi per l'approfondimento della valutazione preliminare e/o per la predisposizione dello schema di contratto PPP**

Nel dettaglio, il comma 3, dispone che, al fine di supportare l'amministrazione nelle operazioni di maggiore impatto economico, *«nei casi di progetti di interesse statale ovvero finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia già prevista l'espressione del CIPESS, gli enti concedenti interessati a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pubblico-privato, il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo superiore a 10 milioni di euro, debbano richiedere un parere preventivo, non vincolante, per la valutazione preliminare di cui al comma 2, al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza generale dello Stato, e che il parere debba essere chiesto 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».*

Per evitare che tale previsione possa tradursi in un allungamento dei tempi procedurali, si prevede che il parere debba essere reso entro 45 giorni e che, comunque, decorso tale termine debba trovare applicazione l'art.16, comma 2 della legge 7 agosto 1990, n.241, secondo cui *«In caso di decorrenza del termine senza che sia stato comunicato il parere o senza che l'organo adito abbia rappresentato esigenze istruttorie, l'amministrazione richiedente procede indipendentemente dall'espressione del parere.»*



In riferimento al comma 4 dell'art. 175, esso prevede la **facoltà, per regioni ed enti locali, di richiedere il parere del DIPE** quando la complessità dell'operazione contrattuale lo richieda.

Dalla lettura delle nuove norme introdotte all'art.175 emerge chiaramente che si è cercato di coinvolgere e di sfruttare tutte le migliori competenze oggi esistenti nell'ordinamento (DIPE della Presidenza del Consiglio dei ministri, Ministero dell'economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, Consiglio superiore dei lavori pubblici, Consiglio di Stato e Cassa depositi e prestiti), in un'ottica di efficiente collaborazione istituzionale, al fine di assicurare ai progetti di partenariato pubblico-privato il miglior supporto possibile



Focus: le competenze del DIPE

Le competenze del DIPE della Presidenza del Consiglio dei ministri in materia di PPP, ai sensi dell'art. 1, comma 589, legge 28 dicembre 2015, n.208 (legge di stabilità 2016) che ha soppresso l'Unità Tecnica Finanza di Progetto (UTFP), sono:

- La promozione e la diffusione di modelli di PPP
- Il supporto gratuito alle Pubbliche Amministrazioni attraverso la prestazione di servizi di assistenza tecnica, legale e finanziaria, in tutte le fasi dei procedimenti;
- Il supporto al MIT e alle decisioni del CIPESS nei procedimenti, attraverso contratti di PPP, di infrastrutture strategiche;
- La raccolta dei dati e il monitoraggio delle operazioni in PPP ai fini della stima dell'impatto sul bilancio pubblico (deficit e debito) delle operazioni in PPP;
- L'attivazione di rapporti di collaborazione con istituzioni, anche a livello internazionale, enti ed associazioni operanti nei settori di interesse per l'azione del DIPE in materia di PPP e finanza di progetto.



Ai sensi dell'art. 18-*bis* della legge 29 giugno 2022, n.79, il DIPE è competente ad emanare, di concerto con il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato del Ministero dell'Economia e delle Finanze, il parere preventivo, obbligatorio e non vincolante, per le pubbliche amministrazioni che intendono sviluppare progetti di PPP di importo superiore a 10 milioni di euro.

Il parere di cui all'art.18-*bis* cit., si affianca e non sostituisce l'obbligo a carico delle pubbliche amministrazioni di invio al DIPE e alla Ragioneria Generale dello Stato del contratto di PPP, una volta firmato, ai fini del monitoraggio e della verifica *ex post* sull'impatto sui saldi di finanza pubblica, né le competenze del DIPE in termini di affiancamento e di assistenza tecnica durante tutto l'*iter* procedurale, reso ai sensi dell'art.1, comma 589, legge 208/2015.



RESPONSABILE DEL PROGETTO DI PPP E CONTROLLI

Il comma 5 dell'art. 175 prevede che l'ente concedente, sentito l'operatore economico, nomini altresì un responsabile unico del progetto di PPP tra i soggetti dotati di idonee competenze tecniche. Il responsabile coordina e controlla sotto il profilo tecnico e contabile, l'esecuzione del contratto, verificando costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni.

Tale tipologia di controllo ha la finalità di assicurare un intervento tempestivo, eliminando le eventuali inefficienze riscontrate nell'esecuzione dei contratti PPP.

È opportuno segnalare che mentre la Relazione si riferisce ad un «*soggetto terzo*», il comma 5, art. 174 non pone vincoli di estraneità del responsabile del progetto di PPP rispetto alla struttura dell'ente concedente.

L'art. 175, comma 6 riproduce il disposto dell'attuale art. 181, co. 4, d.lgs. 50/2016; in particolare, nel testo attualmente in vigore si precisa che il controllo sull'attività dell'operatore economica viene effettuato attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo le modalità definite da Linee Guida adottate dall'ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze.

Nel comma in esame tale previsione viene, in parte, compensata dal disposto del successivo comma 7 che affida il monitoraggio alla competenza del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei Ministri e alla Ragioneria Generale dello Stato (RGS)

In attuazione dell'art. 181, co. 4, d.lgs. 50/2016, l'ANAC ha emanato le Linee Guida n.9/2018 recanti *«Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»*.

Le linee guida hanno prospettato una nuova classificazione dei rischi, distinguendo:

- i) rischi di progettazione;
- ii) rischi di domanda;
- iii) rischi di disponibilità;
- iv) rischi di forza maggiore.

Tale classificazione è funzionale a chiarire le ipotesi in cui è possibile procedere alla revisione del piano economico-finanziario; in aggiunta, si chiarisce che il *«rischio legato ai cicli economici e sopportato dai produttori nel loro settore di attività non può essere considerato causa di forza maggiore»*.

Le Linee Guida aggiornate individuano nel ricorso ai servizi di assistenza gratuita da parte del DIPE lo strumento di supporto per le Amministrazioni che si concretizza attraverso la redazione di pareri non vincolanti per le Amministrazioni richiedenti.

MONITORAGGIO

Il comma 7 art. 175 affida al DIPE della Presidenza del Consiglio dei Ministri e alla Ragioneria Generale dello Stato l'attività di monitoraggio dei partenariati pubblici-privati, da esercitare tramite l'accesso al portale RGS sul monitoraggio dei contratti di PPP.

Secondo la Relazione illustrativa, il comma 7 *«si giustifica per la necessità, visto il rilevante impatto economico di tali operazioni, di avere, oltre che 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 organismi già dotati 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»*.

Il comma 7 prevede obblighi informativi in capo all'ente concedente; nel dettaglio, esso è tenuto:

- A trasmettere, mediante il portale RGS, le informazioni sui contratti stipulati;
- A dare evidenza dei contratti di PPP 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.

Il comma 8 prevede che sul portale RGS siano pubblicate e aggiornate periodicamente le migliori prassi in materia di forme e caratteristiche tecniche di finanziamento di PPP più ricorrenti sul mercato.

Il comma 9 dispone che, ai soli fini di contabilità pubblica, si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni di cui all'art.1, commi 2 e 3, della legge 196/2009.

Le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato sono state individuate dall'ISTAT, da ultimo, con il comunicato 30 settembre 2022.



Tra le figure di partenariato pubblico privato di tipo contrattuale rientrano:

- 1) il contratto di concessione (art.176)
- 2) il *project financing* o la finanza di progetto (art.193)
- 3) la locazione finanziaria (art.196)
- 4) il contratto di disponibilità (art. 197)

IL CONTRATTO DI CONCESSIONE

Ai sensi dell'art. 2 dell'Allegato I.1, i contratti di concessione sono «i contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto a pena di nullità in virtù dei quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la fornitura e la gestione di servizi a uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

La Relazione illustrativa chiarisce che le disposizioni di cui alla Parte II (**dall'art. 176 all'art. 192**) rappresentano la riscrittura della Parte III del Codice vigente con la quale era stata già recepita la direttiva 2014/23/UE.

Il comma 1 dell'art.176, precisa che la Parte II è dedicata alla disciplina delle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione indette da enti concedenti e alla relativa esecuzione.

Il comma 2 dell'art. 176, dispone l'applicazione delle norme contenute nella Parte II alle concessioni di servizi economici d'interesse generale, mentre, i profili non disciplinati sono soggetti alle disposizioni del testo unico in materia di servizi pubblici locali, nonché, alle altre norme speciali di settore.

A tal proposito, L'ottava Commissione permanente del Senato «Ambiente, transizione ecologica, energia, lavori pubblici, comunicazioni, innovazione tecnologica», nel parere sul Nuovo Codice, ha chiesto di valutare l'opportunità di chiarire, in relazione all'art. 176, comma 2, il coordinamento tra il Codice e la disciplina di cui al testo unico in materia di servizi pubblici locali, specificando che, ferme restando le specifiche esclusioni previste dal Codice dei contratti pubblici, per i profili non disciplinati si applicano le concessioni di servizi economici d'interesse generale le disposizioni di cui al decreto legislativo 23 dicembre 2002, n. 201.

L'art. 177 del Nuovo Codice, rubricato «*contratto di concessione e traslazione del rischio operativo*», dispone che l'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario del rischio operativo (la caratteristica che connota il contratto di concessione) legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda (il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l'opera realizzata) o dal lato dell'offerta (il rischio di disponibilità) o da entrambi.

In aggiunta, vengono disciplinate: i) le condizioni che devono ricorrere per l'assunzione del rischio, ossia, l'assenza di garanzia, in condizioni normali, circa il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti; ii) la valutazione del rischio operativo che comprende il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario; iii) l'essenza di tale rischio, ossia, quella di provenire da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti.

Il comma 4 dell'art. 177, precisa l'ambito applicativo dell'istituto della concessione sulla base della classificazione delle opere in tre categorie:

- i) calde, se dotate della capacità di generare reddito in misura tale da ripagare i costi di investimento e di remunerare il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione;
- ii) tiepide, se pur non avendo la capacità di generare reddito, non producono ricavi di utenza in misura sufficiente e rendono necessario un contributo pubblico;
- iii) fredde, se il privato che realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla p.a. e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa.

Il comma 5 raccorda le nozioni di rischio operativo ed equilibrio economico-finanziario. La traslazione del primo incide infatti sulla definizione del secondo.

Viene previsto, a tal fine, che l'assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria.

L'equilibrio economico-finanziario sussiste 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.

Il rischio operativo deve, quindi, essere commisurato, sia alla capacità del progetto di generare valore, sia allo strumento di finanziamento più conveniente e adeguato.

Il comma 6 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».

Se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario, è ammesso un intervento pubblico di sostegno. L'intervento pubblico può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti.

Il comma 6 puntualizza 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 (ad esempio, basando la remunerazione su un calcolo tariffario che copre integralmente i costi e gli investimenti del concessionario, ovvero prevedendo una garanzia pubblica per il recupero degli investimenti e dei costi a piè di lista durante tutto l'arco della concessione).

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.

In sede di definizione degli oneri da compensare, l'amministrazione concedente dovrà verificare: il livello di ricavi stimati dall'operatore per le operazioni a tariffazione sull'utenza, affinché non siano sottostimati; i costi di gestione e di investimento, affinché non siano sovrastimati; 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.

Il comma 7 rimarca la distinzione tra la disciplina del contratto e quella contabile.

Il Codice del 2016, all'art. 165, comma 2, poneva invece un 'tetto', che sembrava rilevante ai fini della stessa configurazione del tipo contrattuale: si stabiliva infatti che, ai fini del conseguimento dell'equilibrio economico finanziario, l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo (anche nella forma della cessione di beni immobili), il cui valore – sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione – non potesse essere superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

Il presente schema di Codice ha optato per una soluzione proporzionata e coerente con il diritto europeo.

Ai fini della configurazione del contratto di concessione, non viene dettato alcun limite quantitativo (ma solo qualitativo) al valore monetario del rischio che la concessione deve trasferire all'operatore privato.

Ai soli fini dei predetti benefici contabili, il Codice rinvia ai presupposti delle decisioni Eurostat.

In definitiva:

- 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 (il che esclude che la concessione possa essere utilizzata per aggirare le misure restrittive di finanza pubblica);
- la stessa circostanza non esclude però che, ricorrendo gli elementi della fattispecie contrattuale, l'operazione economica possa essere qualificata concessoria ai fini dell'applicazione della relativa normativa sulle procedure di aggiudicazione e di esecuzione.

L'art.178 rubricato «durata della concessione», prevede (i) che la concessione abbia durata limitata e determinata dall'ente concedente e di norma, non prorogabile (salvo per la revisione di cui all'art. 192); (ii) prevede, inoltre, la durata massima della stessa da indicare nei documenti di gara, a meno che non sia utilizzata quale criterio di aggiudicazione.

La Relazione illustrativa precisa che *«durate temporali sovradimensionate possono generare benefici impropri per il concessionario, oltre che limitare la contendibilità dei servizi»*.

- Con specifico riguardo alle concessioni autostradali viene disposto che, al termine della concessione, per il tempo strettamente necessario allo svolgimento delle procedure per l'individuazione del nuovo concessionario, la gestione delle tratta sia affidato al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti che, per garantire adeguati standard di sicurezza e viabilità, valuta il modello più idoneo della gestione transitoria anche in relazione alle condizioni economiche.

L'art.179 disciplina i metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni riproducendo, nella sostanza, il testo dell'art.167 del Codice vigente. Pertanto, la norma in esame si limita a richiamare la soglia indicata nell'articolo 14 del Nuovo Codice (5,382 milioni di euro).

Ai sensi del comma 1, il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell'IVA, stimato dall'ente concedente, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi.

Ai sensi del comma 2, il valore è stimato al momento dell'invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto detto bando, al momento in cui l'ente concedente avvia la procedura di aggiudicazione della concessione. Se il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione è superiore al valore stimato di oltre il 20 per cento, si considera il valore della concessione al momento dell'aggiudicazione.

Ai sensi del comma 3, il valore stimato della concessione è calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti di gara della concessione. Gli enti concedenti tengono conto, se del caso, anche dei seguenti elementi:

- a) il valore di eventuali clausole di opzione e di eventuali proroghe della durata della concessione;
- b) gli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell'ente concedente;
- c) i pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario in qualsivoglia forma dall'ente concedente o da altre amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento;

- d) il valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione;
- e) le entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione;
- f) il valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dagli enti concedenti, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi;
- g) ogni premio o pagamento ai candidati o agli offerenti.

Ai sensi del comma 4, la scelta del metodo per il calcolo del valore stimato della concessione non può essere effettuata con l'intenzione di escludere tale concessione dall'ambito di applicazione del codice. Una concessione non può essere frazionata allo scopo di evitare che rientri nell'ambito di applicazione del codice, a meno che ragioni oggettive lo giustifichino.

Ai sensi del comma 5, quando un'opera o un servizio proposti possono dar luogo all'aggiudicazione di una concessione per lotti distinti è computato il valore complessivo stimato dei lotti.

Ai sensi del comma 6, quando il valore complessivo dei lotti è pari o superiore alla soglia di cui all'art. 14, la presente Parte si applica all'aggiudicazione di ciascun lotto.

L'art. 180 reca la disciplina relativa ai contratti di concessione aventi per oggetto sia lavori che servizi, i c.d. contratti misti di concessione; in breve, riproducendo il testo del vigente art. 169, si prevede che dette concessioni siano aggiudicate in conformità alle disposizioni applicabili alla prestazione che caratterizza l'oggetto principale delle concessioni stesse da determinare in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi (lo stesso criterio si applica anche alla fattispecie in cui le parti del contratto di servizi e forniture sono oggettivamente non separabili). In aggiunta, si specifica che i contratti misti di concessione e appalto sono aggiudicati in conformità alla disciplina degli appalti.

La nuova disposizione si muove sull'onda dell'esigenza di garantire una piena operatività alla direttiva – ben più dettagliata sul punto rispetto ad altre materie e alle precedenti normative europee –, consentendo, per un verso, di adottare una norma di legge più agile e – conseguentemente - di agevole applicazione da parte delle amministrazioni e, per un altro verso, di evitare possibili frizioni e disallineamenti fra norma europea e attuazione nazionale, in piena aderenza al criterio sub lettera a) della legge delega.

Nel merito la norma precisa, in via di principio, che le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto (comma 1). L'articolo chiarisce quali disposizioni applicare nel caso dei contratti misti, secondo metodologie analoghe a quelle previste nei contratti misti di appalto (comma 2).

In dettaglio, si chiariscono due punti rilevanti. In primo luogo, si stabilisce – sempre in termini di principio - che nel caso di contratti misti contenenti elementi di concessioni nonché elementi di appalti pubblici, il contratto misto è aggiudicato in conformità alla disciplina degli appalti (comma 3), al fine di garantire l'applicazione derivante dal maggior dettaglio di queste ultime norme. In secondo luogo, si stabilisce – analogamente in termini di principio – che se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione; nel caso in cui tali contratti contengano elementi sia di una concessione di servizi sia di un contratto di forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture (comma 4).

Il comma 5 prevede che i contratti misti che contengano elementi delle concessioni di lavori e servizi, nonché elementi delle concessioni di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni, sono aggiudicati in conformità alla disciplina della presente Parte.

L'art. 181 individua i contratti esclusi dall'ambito di applicazione della disciplina sulle concessioni contenuta nella Parte II del Libro IV e i principi applicabili all'affidamento di tali contratti; nel dettaglio, sono esclusi i contratti aventi ad oggetto i servizi non economici d'interesse generale, nonché, i contratti di concessione di cui agli artt. 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17 della direttiva 2014/23/UE.

L'art. 182 rubricato «bando», reca disposizioni volte a disciplinare il contenuto e le regole di pubblicazione del bando di concessione; in particolare, si prevede che gli enti concedenti siano tenuti a rendere nota l'intenzione di aggiudicare una concessione per mezzo di un bando di concessione i cui contenuti vengono individuati dall'Allegato IV.1 (che riproduce integralmente l'Allegato XXI al codice vigente).

In aggiunta, il comma 2 prevede l'emanazione di un regolamento adottato con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti volto a sostituire l'Allegato IV.1, anche in qualità di allegato al Codice.

Per ciò che riguarda la pubblicazione del bando, il comma 7 prevede che agli enti concedenti non sia richiesto di pubblicare un bando quando i lavori o i servizi possono essere forniti solo da un determinato operatore economico, nonché, quando all'ente concedente non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna appropriata o non sia stata depositata alcuna candidatura o alcuna candidatura appropriata; inoltre, i bandi relativi a concessioni di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea sono redatti dagli enti concedenti e trasmessi all'ufficio pubblicazioni UE.

Secondo il comma 3 gli enti concedenti devono precisare nel contratto 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; gli enti concedenti, invece, possono prevedere che il concessionario si avvalga di operatori economici terzi per l'esecuzione di una quota dei servizi accessori affidati con la medesima gara. Il comma 4 specifica la necessaria indicazione dei requisiti tecnici e funzionali dell'oggetto della concessione, parametro di riferimento fondamentale per le successive fasi. In proposito, 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. 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 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.

Il comma 5 prevede che la *lex specialis* e i relativi allegati, ivi compresi 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. Ciò in piena coerenza col criterio ff) della legge di delega. Il comma 6 specifica la previsione della previa pubblicazione di un avviso di gara in relazione ad alcune specifiche tipologie di servizi, in coerenza con la previsione della direttiva, sotto la forma di un c.d. “avviso di preinformazione”.

In termini di delimitazione dell'operatività del principio sotteso alla norma, di rilievo appare la norma di cui al comma 7, parimenti coerente con la previsione della direttiva, che individua le eccezioni all'obbligo di previa pubblicazione del bando di cui al comma 1. In proposito, si prevede sia l'elencazione dei rigorosi presupposti – da intendersi di stretta interpretazione, non estendibili analogicamente in quanto norme di eccezione ad un principio generale -, sia una regola di chiusura (comma 8) – di conferma della predetta stretta interpretazione – a mente della quale le eccezioni - di cui alle lettere b), c) e d) - 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.

Sempre in termini di eccezione al principio generale dell'obbligo di previo bando si muove 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.

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 nei documenti di gara.

I commi 11 e 12 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.

L'art. 183 rubricato «procedimento» nel disciplinare il procedimento per l'aggiudicazione della concessione, individua:

1) le condizioni per l'aggiudicazione della concessione riproducendo, nella sostanza, i commi 1 e 2 dell'art. 171 del Codice vigente e recependo l'art.37 della direttiva 2014/23/UE

2) gli obblighi e le facoltà per il concedente; in particolare, si tratta di disposizioni che, nella sostanza, riproducono il contenuto del vigente art.171, con esclusione della previsione relativa alla necessità che il concedente assicuri il ricorso alla digitalizzazione della procedura che, pertanto, si pone in modo innovativo rispetto all'attuale assetto.

3) le condizioni di partecipazione al procedimento che, anche in questo caso, corrispondono a quanto attualmente disposto dall'art.172 del Codice vigente

4) le disposizioni applicabili in caso di soccorso istruttorio, ossia, quelle di cui all'art. 101 del Nuovo Codice

I commi dell'articolo in esame riproducono nella sostanza, in maniera fedele, le disposizioni recate dagli artt. 37 e 38 della direttiva 2014/23/UE attuando, così, il criterio di delega che richiede il «*perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee*»

L'art. 184 disciplina i termini per la ricezione delle domande o delle offerte, nonché, le comunicazioni dell'ente concedente, in particolare quelle volte a far conoscere agli offerenti le decisioni prese riguardo all'aggiudicazione.

Rispetto alle corrispondenti disposizioni contenute nel Codice vigente (art. 173), l'art 184 dispone, in maniera innovativa, che gli enti concedenti sono tenuti, nel fissare il termine per la ricezione delle domande o delle offerte, a tenere in conto la complessità della concessione e del tempo necessario per preparare le offerte o le domande. Inoltre, nel caso in cui ai fini della presentazione delle domande o delle offerte, sia imprescindibile una visita dei luoghi o la consultazione *in loco* degli allegati ai documenti di gara, i termini per la ricezione delle domande o delle offerte sono stabiliti in modo che tutti gli operatori possano prendere conoscenza delle informazioni necessarie per presentare le domande o le offerte.

Le restanti disposizioni dell'art. 184 riproducono fedelmente il contenuto del vigente Codice.

In relazione alle comunicazioni, il comma 5 prevede l'onere per l'amministrazione di comunicare quanto prima ai candidati e agli offerenti le decisioni prese riguardo all'aggiudicazione di una concessione, ivi compresi il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto, i motivi del rigetto della loro domanda di partecipazione e della loro offerta, nonché i motivi per i quali hanno deciso di non aggiudicare un contratto per il quale sia stato pubblicato un bando di concessione o di riavviare la procedura. Su richiesta della parte interessata, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore comunica quanto prima, e in ogni caso entro quindici giorni dalla ricezione di una richiesta scritta, a ogni offerente che abbia presentato un'offerta ammissibile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata. 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.

La norma si chiude con una indicazione di fondo, che si muove nella medesima ottica appena richiamata, prevedendo che l'amministrazione possa 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 pubblici o privati oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi operatori.

L'art. 185 recepisce l'art. 41 della direttiva 2014/23/UE relativo ai criteri di aggiudicazione dei contratti di concessione.

A fronte di una non piena omogeneità del testo vigente con la direttiva, si è inteso ripartire dalle regole europee, in coerenza alle indicazioni di cui al criterio sub lettera a) della delega. Ciò anche a fronte dello scarso ricorso allo strumento in questione e conseguentemente ad una sostanziale scarsa operatività della stessa disciplina vigente.

Come regola generale, si statuisce (comma 1) la necessità che le concessioni siano aggiudicate, ponendo a base di gara almeno un progetto di fattibilità, sulla scorta di criteri oggettivi, coerenti ai principi di cui all'art. 172 e tali da assicurare una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore.

In termini di individuazione degli stessi (comma 2), i criteri di aggiudicazione devono essere oggettivi nel senso di connessi all'oggetto della concessione e non devono attribuire una incondizionata libertà di scelta all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore. Viene data specifica rilevanza, in coerenza con i moderni parametri di riferimento tratti anche dalla direttiva, ai criteri ambientali, sociali o relativi all'innovazione (considerando 63). Tali criteri devono essere accompagnati da requisiti che consentono di verificare efficacemente le informazioni fornite dagli offerenti. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore devono poi verificare la conformità effettiva delle offerte ai criteri di aggiudicazione.

L'ente concedente deve elencare i criteri in ordine decrescente di importanza (comma 3). Ciò in coerenza con il carattere oggettivo e con la necessità di chiarire l'ordine di priorità dell'ente concedente, sulla scorta degli interessi pubblici perseguiti.

Al comma 4 si individua una eccezione generale alla regola del comma 1, tesa a garantire – in coerenza con la natura e l'oggetto delle concessioni – adeguata importanza alle offerte innovative. In dettaglio, si prevede che, se l'amministrazione riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un'amministrazione diligente, il soggetto concedente stesso può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa. In tal caso, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza ed emette un nuovo invito a presentare offerte.

Viene 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.

La norma si chiude con due previsioni tese a garantire la correttezza della procedura e la selezione di una proposta adeguata.

Sul primo versante, il comma 5 statuisce – con specifico riferimento alle valutazioni che le commissioni sono chiamate a svolgere, che, prima di assegnare il punteggio all'offerta economica, la commissione aggiudicatrice verifichi l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario.

Sul secondo versante, al comma 6 si prevede che i componenti delle commissioni di valutazione debbano essere altamente qualificati e competenti, quindi dotati di esperienze e qualifiche adeguate all'oggetto dell'esame. Viene altresì specificata, in termini di garanzia della riservatezza delle operazioni e degli elementi soggettivi sottesi, la facoltà per il bando di prevedere l'oscuramento dei nomi degli operatori economici che hanno presentato l'offerta

L'art. 186, rubricato «*affidamenti dei concessionari*», stabilisce che in riferimento agli affidamenti da parte dei titolari di concessioni in essere, sono dettate norme volte all'adeguamento della disciplina vigente. Sono inoltre previste norme per l'affidamento delle concessioni autostradali. La vigilanza sull'applicazione dell'articolo in esame è affidata all'ANAC.

A tal proposito, come è noto, l'art. 177 comma 1 - e in via consequenziale i commi 2 e 3 del vecchio codice - sono stati dichiarati incostituzionali dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 218 del 2021, poiché la stessa disposizione contenuta nella legge delega è stata ritenuta "irragionevole". Segnatamente, la Corte ha evidenziato che il legislatore (già nella legge delega) «*non aveva optato per il "mezzo più mite", fra quelli idonei a raggiungere lo scopo, scegliendo, fra i vari strumenti a disposizione, quello che determina il sacrificio minore.*»

La Corte costituzionale pare suggerire al legislatore l'adozione di una nuova disposizione che sia però ragionevole e proporzionale e che tenga conto di talune indicazioni

La legge delega non offre indicazioni nel senso di eliminare l'obbligo di affidamento a terzi. Al contrario, il legislatore delegante prevede espressamente, tra i criteri direttivi, di disciplinare le concessioni in essere alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1 e non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, «con specifico riguardo alle situazioni nelle quali sussiste l'obbligo, secondo criteri di gradualità e proporzionalità e tenendo conto delle dimensioni e dei caratteri del soggetto concessionario, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto e del suo valore economico, di affidare a terzi, mediante procedure di evidenza pubblica, parte dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle medesime concessioni, garantendo la stabilità e la salvaguardia delle professionalità del personale impiegato».

La Corte ha fornito al legislatore indicazioni su come eventualmente riscrivere la disposizione:

1) necessità di differenziare o graduare l'obbligo, in ragione dell'interesse alla concorrenza,

considerando:

a) le dimensioni della concessione, con la necessità di stabilire una nuova soglia (apparendo a tale fine di scarso rilievo la prevista soglia di applicazione alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro, normalmente superata dalla quasi totalità delle concessioni);

b) le dimensioni e i caratteri del soggetto concessionario, con la necessità di distinguere per tipologia di concessionario;

c) l'epoca di assegnazione della concessione;

d) la sua durata;

e) il suo oggetto;

f) il suo valore economico.

2) necessità di considerare l'interesse dei concessionari i quali, per quanto possano godere tuttora di una posizione di favore derivante dalla concessione ottenuta in passato, esercitano nondimeno un'attività di impresa per la quale hanno sostenuto investimenti e fatto programmi, riponendo un relativo affidamento nella stabilità del rapporto instaurato con il concedente;

3) necessità di considerare l'interesse del concedente, degli utenti del servizio, nonché del personale occupato nell'impresa;

4) inammissibilità dell'introduzione di un obbligo radicale e generalizzato di esternalizzazione;

5) necessità di calibrare l'obbligo di affidamento all'esterno sulle varie e alquanto differenziate situazioni concrete.

Al comma 2, pertanto, nell'ordine, si è proceduto a:

a) escludere dal campo di applicazione della norma i titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici ricadenti all'interno dei settori speciali, data la specificità dei suddetti settori;

b) sostituire la irrisoria soglia di 150.000 euro nell'importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria;

c) prevedere che la quota degli affidamenti da effettuare mediante procedura ad evidenza pubblica sia individuata convenzionalmente (e quindi periodicamente) tra il concedente e il concessionario, e che tale quota, alla luce del dato storico, sia individuata nel range del 50 per cento e 60 per cento, tenuto conto dei seguenti parametri:

- epoca di assegnazione della concessione;

- durata residua della concessione;

- oggetto della concessione;

- valore economico della concessione;

- entità degli investimenti effettuati.

Si precisa che, per realizzare le sue finalità 'compensative' della violazione del diritto della concorrenza, l'obbligo di esternalizzazione deve andare a vantaggio di operatori economici 'terzi' (in tal senso, l'obbligo in esame non potrebbe ritenersi soddisfatto nel caso di affidamento a una controllata o a una collegata del concessionario).

d) prevedere la fissazione di una quota minima e massima di esternalizzazione delle concessioni uguale sia per i lavori che per i servizi e forniture, in quanto, alla luce dei principi eurounitari di riferimento, tutti gli affidamenti contemplati negli atti convenzionali possono essere normati uniformemente alla luce del perseguimento di un medesimo obiettivo normativo.

Al contempo, come si osserva nella Relazione Illustrativa al Nuovo Codice, i servizi possono essere indivisibili e quindi anche nell'ipotesi di percentuali molto basse di obbligo all'esternalizzazione potrebbero ricadere in quella sproporzione già platealmente censurata dalla Corte costituzionale (si consideri, ad esempio, il caso dei servizi di gestione di parcheggi in concessione già costruiti e funzionanti che hanno come possibile esternalizzazione la sola gestione); inoltre, non è possibile presupporre astrattamente in ogni comparto dei servizi l'esistenza di un mercato a valle, ovvero l'esistenza di un mercato efficiente.

La gestione dei servizi costituisce il principale contributo di efficienza prodotto dagli investimenti effettuati da investitori istituzionali.

Al comma 2 si è conservata la disposizione che prevedeva l'inserimento di clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità, esigenza evidenziata dalla stessa Corte costituzionale.

Alla luce di tali considerazioni, al comma 3 si è ritenuto di precisare che in caso di comprovata indivisibilità delle prestazioni di servizi dedotte in concessione, in sostituzione dell'obbligo di esternalizzazione, il concessionario corrisponda all'ente concedente un importo compreso tra il minimo del 5% ed il massimo del 10% degli utili previsti dal Piano economico-finanziario, tenendo conto dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti.

Al comma 1, invece, per evitare qualunque equivoco, come già previsto all'art. 164, comma 4 del vecchio codice, è precisato che agli appalti affidati dai concessionari che siano stazioni appaltanti si applicano le disposizioni del codice in materia di appalti.

Il comma 4 prevede il termine entro il quale le concessioni di cui ai commi 2 e 3 devono essere adeguate alla nuova disciplina.

Al comma 5 si precisa che le modalità di calcolo delle quote di cui comma 2 sono definite dall'ANAC entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice, evidenziando che sull'applicazione dell'art. 186 vigila l'ANAC, anche tenuto conto del valore delle prestazioni eseguite.

Al comma 6 si prevede una disciplina specifica per i concessionari autostradali. In particolare, le modalità di calcolo delle quote di cui al comma 2 sono individuate sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali e sulla base del piano complessivo dei lavori, servizi e forniture presentato dai concessionari al concedente. Inoltre, viene previsto che la verifica del rispetto delle quote di cui al comma 2 avvenga con cadenza quinquennale e, ove si riscontri una situazione di squilibrio, è garantita la possibilità per il concedente di richiedere la presentazione di una garanzia fideiussoria (che sarà svincolata in sede di aggiornamento del piano economico finanziario nel caso in cui venga accertato il risanamento dello squilibrio). Tale previsione assicura maggiori garanzie a tutela dell'equilibrio contrattuale in favore del concedente anche in considerazione della durata particolarmente estesa delle concessioni autostradali.

Il comma 7, infine, consente la permanente gestione di tratte autostradali che interessano una o più regioni a società in house di altre amministrazioni pubbliche costituite ad hoc.

È importante sottolineare che l'ottava Commissione Permanente del Senato, nel parere al Nuovo Codice, ha chiesto al Governo di valutare l'opportunità di rispetto all'art. 186 di mantenere l'attuale percentuale in materia di obbligo di esternalizzazione e modificare l'attuale previsione relativa al superamento totale dell'obbligo di esternalizzazione per concessionari nei settori speciali. Infatti, come chiarisce la Commissione, occorre precisare che tutte le tipologie di concessionari sono tenuti all'obbligo di esternalizzazione dei soli appalti di lavori pubblici, ivi compresi gli interventi edili di manutenzione ordinaria e straordinaria.

L'art. 187, rubricato «contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea», contiene la disciplina applicabile ai contratti di concessione di importo inferiore alla soglia europea; nel merito, per tali contratti si prevede che l'ente concedente possa procedere mediante procedura negoziata senza pubblicazione di un bando, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

L'art. 188, rubricato «subappalto», non reca una disciplina specifica in materia di subappalto ma si limita a stabilire che il ricorso al subappalto da parte del concessionario è regolato dalle corrispondenti disposizioni in materia di appalto di cui all'art.119. La Relazione illustrativa chiarisce che per rendere il sistema «omogeneo e rigoroso, oltre che di agevole applicazioni da parte delle amministrazioni, si è scelto di estendere la disciplina dettata per il subappalto generale»

L'art. 189, rubricato «modifica dei contratti durante il periodo di efficacia» individua una serie di casi e condizioni al ricorrere dei quali è possibile operare modifiche dei contratti di concessione in essere senza che sia necessario ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione.

Nello specifico, per ciò che riguarda i casi in cui le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione, la disposizione riproduce, nella sostanza, il testo del vigente art.175; l'unica differenza consistente nella precisazione che, nel caso di concessioni aggiudicate dall'ente concedente allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'Allegato II alla direttiva 2014/23/UE, l'eventuale aumento di valore non deve eccedere il 50% del valore della concessione iniziale.

L'art. 190, rubricato «risoluzione e recesso», disciplina attraverso due distinti gruppi di norme:

- i casi di risoluzione del rapporto concessorio: in breve, viene riprodotto il contenuto dell'art.176 d.lgs. 50/2016 e apportate alcune precisazioni. In aggiunta, in caso di inadempimento, viene aggiunto il riferimento alla clausola penale di predeterminazione del danno e ai criteri per il calcolo dell'indennizzo.

- i casi di recesso dal rapporto concessorio: viene riprodotto l'art.176, c.4 *in actis* con l'aggiunta di alcune novelle finalizzate ad «evitare una sovra-compensazione degli investimenti privati».

L'art. 191, rubricato «subentro», reca una disciplina del subentro di un concessionario ad un altro che non trova corrispondenza nel testo del Codice vigente. **La norma riempie un vuoto regolativo del Codice del 2016 che non contemplava una specifica disciplina dei profili patrimoniali connessi al subentro di un concessionario ad un altro.**

Nel dettaglio, il comma 1 prevede l'assegnazione al nuovo gestore di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali essenziali per la prosecuzione del servizio:

- Alla scadenza del periodo di affidamento e in conseguenza del nuovo affidamento
- In caso di cessazione anticipata della concessione

Il comma 2, prevede la cessione al nuovo gestore anche dei beni strumentali realizzati in attuazione dei piani di investimento concordati con l'ente concedente

Il comma 3, dispone che nei casi di durata dell'affidamento inferiore al tempo di recupero dell'ammortamento o di cessione anticipata sia previsto un indennizzo a carico del gestore subentrante; in breve, la misura dell' indennizzo sarà pari al valore contabile non ancora ammortizzato, ovvero, andrà calcolato secondo i criteri indicati nel bando. In aggiunta, il comma 4 esplicita che restano salvi eventuali diversi accordi intercorsi tra le parti già stipulati prima dell'entrata in vigore del Codice

In ultimo, il comma 5 stabilisce che, per le concessioni di servizi di interesse economico generale prestati a livello locale, il subentro resta regolato dal testo unico in materia di servizi pubblici locali

L'art. 192, rubricato «revisione del contratto di concessione», reca una disciplina della revisione del contratto che integra quella prevista dal Codice vigente.

Con specifico riguardo ai profili innovativi introdotti dal Nuovo Codice, è opportuno evidenziare:

- i) la precisazione per cui l'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario è posta a carico del concessionario qualora sia dovuta ad eventi diversi da quelli sopravvenuti straordinari e imprevedibili non imputabili al concessionario, nonché, rientranti nei rischi allocati al concessionario.
- ii) la disposizione in merito all'impossibilità, in sede di revisione, di concordare modifiche che alterino la natura della concessione o che apportino modifiche sostanziali che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione 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.
- iii) la previsione circa la subordinazione della revisione alla previa valutazione positiva del DIPE, nei casi di opere di interesse statale o finanziate con contributo a carico dello Stato per le quali non sia già prevista l'espressione del CIPESS.

IL *PROJECT FINANCING* o LA FINANZA DI PROGETTO

Articolo 193:

- 1. Gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi. Ciascuna proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, 158 il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. 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, 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. Gli investitori istituzionali, 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 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 venga comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.*
- 2. L'ente concedente valuta tempestivamente la fattibilità della proposta, invitando 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. Il progetto di fattibilità, una volta approvato, è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente.*
- 3. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione. Il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo.*



Articolo 193:

4. *La configurazione giuridica del soggetto proponente può essere modificata e integrata sino alla data di scadenza della presentazione delle offerte. Nel bando l'ente concedente dispone che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.*
5. *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, le varianti migliorative al progetto di fattibilità posto a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando.*
6. *Le offerte sono corredate dalle garanzie di cui all'articolo 106. 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 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.*
7. *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 i successivi livelli progettuali elaborati dall'aggiudicatario.*

Articolo 193:

8. *Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro 15 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 non risulta aggiudicatario nonostante l'attribuzione del punteggio premiale o perché 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 159 di gara. Se il promotore esercita 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 nei limiti di cui al terzo periodo.*
9. *In relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l'ente concedente tiene conto, tra i criteri di aggiudicazione, della quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica.*
10. *Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.*
11. *L'ente concedente può 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, comma 1, con le modalità disciplinate nel presente Titolo.*



Una rilevante novità introdotta dal Nuovo Codice dei contratti risiede nel fatto che la disciplina della finanza di progetto è *«correttamente collocata nella Parte II del Libro IV, dedicata ai contratti di concessioni (trattandosi di una particolare modalità di finanziamento delle concessioni)»*

La nuova disciplina è stata semplificata in modo rilevante rispetto a quanto disposto dall'art.183, d.lgs. 50/2016. In particolare:

- 1) È stata eliminata la finanza di progetto ad iniziativa pubblica;
- 2) Nella finanza di progetto ad iniziativa privata è stata eliminata la precisazione secondo la quale gli operatori economici potevano presentare proposte anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.



Il comma 1 dell'art. 193, dispone che gli operatori economici possono presentare agli enti concedenti proposte di realizzazione in concessione di lavori o servizi; tale disposizione replica, in parte, il contenuto del comma 15 dell'art.183 del Codice vigente.

Per ciò che riguarda il contenuto della proposta, si dispone che essa contenga:

- i) un progetto di fattibilità;
- ii) una bozza di convenzione;
- iii) il piano economico finanziario (PEF) asseverato (relativo all'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta e ai diritti sulle opere dell'ingegno);
- iv) la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

In aggiunta, il comma 1 prevede che le proposte possano essere presentate anche da investitori istituzionali e banche o istituti nazionali di promozione (replicando il contenuto del comma 17-*bis* dell'art.183 del Codice vigente); si specifica che gli investitori istituzionali vengono individuati sulla base dell'elenco degli investitori qualificati di cui all'art.17-*bis* del Codice introdotto dal D.L. 32/2019.



Il comma 2 dell'art 193 dispone che l'ente concedente provveda tempestivamente (e non nel termine di tre mesi previsto dal d.lgs. 50/2016) alla valutazione di fattibilità della proposta, invitando se necessario il promotore ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. In tal caso, se il promotore non apporta le modifiche richieste, la proposta è respinta. Una volta approvato, il progetto di fattibilità:

- è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente
- è posto a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione e il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo (comma 3)

Il comma 4 ammette la possibilità di modificare e integrare la configurazione giuridica del soggetto proponente fino al termine per la presentazione delle offerte, nonché, prevede (in linea con l'art 183 d.lgs. 50/2016) che l'ente concedente sia tenuto a inserire nel bando la possibilità per il promotore di esercitare il diritto di prelazione

Il comma 6 (replicando il comma 13 dell'art.183 del d.lgs. 50/2016) disciplina la prestazione di garanzie; nel dettaglio, le offerte devono essere corredate dalle garanzie per la partecipazione alla procedura di cui all'art. 106 e il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la garanzia definitiva di cui all'art.117. Inoltre, dalla data di inizio dell'esercizio del servizio da parte del concessionario è richiesta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera; la mancata prestazione di tale cauzione integra grave inadempimento contrattuale.



Il comma 7, in modo simile (ma più semplice) rispetto al comma 10 dell'art. 183 d.lgs. 50/2016, descrive l'attività che deve porre in essere l'ente concedente una volta ricevute le offerte.

In particolare, l'ente concedente deve:

- 1) Esaminare le offerte pervenute nei termini indicati nel bando
- 2) Redigere una graduatoria e nominare aggiudicatario il soggetto che ha presentato la migliore offerta
- 3) Porre in approvazione i successivi livelli progettuali elaborati dall'aggiudicatario

Il comma 8 descrive il diritto di prelazione che, come chiarisce la Relazione illustrativa, in realtà si traduce in un diritto di opzione

Il comma 9 impone all'ente concedente di tenere in conto, tra i criteri di aggiudicazione, la quota di investimenti destinata al progetto in termini di ricerca, sviluppo e innovazione tecnologica.

Il comma 10, riproducendo il comma 17 dell'art.183 d.lgs. 50/2016, dispone che le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi dalle stesse perseguiti, possano aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici, ferma restando la loro autonomia decisionale.

Il comma 11 riconosce all'ente concedente la possibilità di sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative per la realizzazione di progetti inclusi negli strumenti di programmazione del PPP di cui all'art.175 del Nuovo Codice dei contratti.



In relazione all'art. 193 l'ottava Commissione Permanente del Senato, nel parere al Nuovo Codice, ha chiesto al Governo di valutare di:

- a) Definire il termine entro il quale l'ente concedente è tenuto ad esprimersi sulla fattibilità della proposta di finanza di progetto, così da garantire tempi certi;
- b) Prevedere l'obbligo di conclusione di conclusione della valutazione con un provvedimento espresso oggetto di comunicazione all'interessato e di pubblicazione;
- c) Prevedere un obbligo di valutazione della proposta anche dal punto di vista della sostenibilità sociale e ambientale;
- d) In caso di concorrente costituito da più soggetti, mitigare la previsione di esclusione per omessa indicazione della quota di partecipazione al capitale sociale da parte di ciascun soggetto.



Con riferimento all'articolo 193, anche l'ANAC ha espresso le proprie osservazioni. In particolare, è stato evidenziato anzitutto, che residuano alcuni refusi derivanti, con ogni probabilità, alle successive riscritture della disposizione.

Al comma 8 residua un riferimento al “*punteggio premiale*” da attribuirsi al promotore, fattispecie non identificata in altre disposizioni. Tale riferimento, secondo l'Autorità, andrebbe quindi eliminato.

Più in generale è stato osservato che il *project financing* rischia, in alcuni casi, «*di riconoscere impropri vantaggi competitivi all'operatore uscente il quale, avendo il vantaggio informativo di conoscere già il servizio oggetto della concessione, presenti una proposta finalizzata alla conferma della stessa.*»

Al fine di bilanciare la posizione del concessionario uscente e del promotore di una nuova procedura, nell'ottica di garantire l'apertura delle concessioni alla concorrenza, l'ANAC ha chiesto di valutare «*un correttivo che preveda - riprendendo una previsione analoga a quella dell'attuale articolo 178, comma 8 bis del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, valevole nell'ambito delle concessioni autostradali - un generale divieto al concessionario uscente di risultare nuovo affidatario in qualità di promotore di una nuova procedura di project financing.*»

Inoltre, l'Autorità ha sottolineato che il riconoscimento del diritto di prelazione al promotore non aggiudicatario potrebbe costituire, in alcuni casi, un vantaggio improprio rispetto agli altri concorrenti, in danno ai principi di concorrenza.

Infatti, «sebbene si comprenda la ratio della disposizione tesa a tutelare la posizione del promotore non aggiudicatario che potrebbe vedere vanificati i costi e gli sforzi della propria attività a vantaggio dell'aggiudicatario, si evidenzia altresì il fattore dissuasivo che tale previsione comporta.»

A conferma di quanto premesso, le indagini conoscitive svolte da questa Autorità hanno verificato che nei project financing per l'affidamento di servizi pubblici, di regola, non pervengono altre offerte oltre alla proposta del promotore in quanto il possibile esercizio del diritto di prelazione produce, di fatto, un effetto anti-competitivo (cfr. Comunicato del Presidente ANAC del 12 gennaio 2022).

Al fine di contemperare gli effetti negativi restrittivi della concorrenza, connessi al riconoscimento in capo al promotore del diritto di prelazione, l'ANAC propone di *«introdurre una previsione che ne escluda l'esercizio, al verificarsi di alcune circostanze, garantendo al promotore, in ogni caso la rifusione delle spese per la predisposizione della proposta.*

In particolare il diritto di prelazione potrebbe essere vietato nel caso in cui l'offerta tecnica predisposta dal nuovo offerente abbia un punteggio di molto superiore, ad esempio di oltre dieci punti, rispetto a quello assegnato all'offerta tecnica del promotore.

In questo modo, l'operatore economico che abbia, dal punto di vista tecnico, un'offerta "migliore" rispetto al promotore, non sarebbe più disincentivato alla partecipazione ad una procedura di project financing in quanto verrebbe fortemente limitato il rischio – presente nell'attuale assetto – che la propria offerta venga recepita dal promotore tramite l'esercizio del diritto di prelazione.»



L'art. 194 interviene sulla disciplina delle società di progetto, modificando, al comma prima, sin da subito la denominazione di “società di progetto”, in quella di “società di scopo” maggiormente esemplificativa nonché in linea con la denominazione utilizzata in ambito finanziario di “*special purpose vehicle*”.

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 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).

La previsione dell'obbligatorietà della costituzione della società di scopo, a valle dell'aggiudicazione della concessione nella forma della finanza di progetto, giustifica anche che l'omessa specificazione nell'offerta delle quote di partecipazione sia sanzionata con l'esclusione, trattandosi di un elemento indefettibile dell'offerta medesima.

LA LOCAZIONE FINANZIARIA



Articolo 196:

- 1. Per finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità gli enti concedenti possono stipulare contratti di locazione finanziaria (leasing).*
- 2. La società di locazione finanziaria 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 a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori.*
- 3. 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.*
- 4. Per l'aggiudicazione del contratto di cui al comma 1 l'ente concedente pone a base di gara almeno un progetto di fattibilità, comprensivo del piano finanziario. L'aggiudicatario predispone i successivi livelli progettuali ed esegue l'opera.*
- 5. Se l'offerente è un raggruppamento temporaneo di imprese costituito dal soggetto finanziatore e da uno o più soggetti realizzatori, ciascuno è responsabile in relazione alla specifica obbligazione assunta nel contratto. Il soggetto finanziatore può presentare l'offerta anche singolarmente, ricorrendo in tal caso all'avvalimento del soggetto realizzatore.*

6. *Uno o più soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, in caso di apertura della liquidazione giudiziale, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa impeditiva all'adempimento dell'obbligazione, possono essere sostituiti in fase di gara o di esecuzione con altri soggetti aventi medesimi requisiti e caratteristiche. L'ente concedente può negare l'assenso solo nelle ipotesi in cui il soggetto indicato a subentrare non sia in possesso dei necessari requisiti soggettivi e oggettivi.*

7. *L'adempimento delle obbligazioni dell'ente concedente resta in ogni caso condizionato all'esito positivo del collaudo, ovvero della verifica di conformità in ordine alla gestione funzionale dell'opera secondo le modalità stabilite. Il soggetto aggiudicatario assicura la corretta manutenzione del bene sino al momento del riscatto.*

8. *L'opera oggetto di locazione finanziaria segue il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi a condizione che, nel contratto medesimo, sia stabilito che al termine del periodo di locazione il committente è obbligato al riscatto. L'ente concedente può concedere il diritto di superficie sull'area pubblica dove realizzare l'opera.*

9. *L'opera può essere realizzata anche su area nella disponibilità dell'aggiudicatario. Si applica, anche in tal caso, il primo periodo del comma 8.*

10. *Il contratto prevede la facoltà di riscatto anticipato*

L'art. 196 definisce e disciplina il contratto di locazione finanziaria (*leasing*), destinato a finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità.

- Il comma 1, replicando il disposto dell'art.187 del d.lgs. 50/2016, prevede che gli enti concedenti possano stipulare contratti di *leasing* per finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità.
- Il comma 2, che sembra non trovare corrispondenza nel Codice in vigore, si limita a disporre che la società di locazione finanziaria possa acquistare da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e cederlo in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla pubblica amministrazione a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori
- Il comma 3, in modo innovativo rispetto al Codice vigente, individua la disciplina applicabile ai contratti di *leasing* stabilendo:
 - nel caso in cui venga trasferito il rischio operativo (ai sensi dell'art. 177 del Nuovo Codice), l'applicazione delle norme sulle concessioni e sugli altri contratti di PPP;
 - nel caso in cui non venga trasferito il rischio operativo, l'applicazione delle disposizioni in materia di appalto pubblico di lavori.

La Relazione illustrativa specifica che *«la corretta allocazione dei rischi è un elemento cruciale del leasing sia sotto il profilo della qualificazione dell'operazione come PPP, sia per assicurare l'esecuzione e la fruizione dell'opera nei tempi e secondo le modalità pattuite»*.

Il comma 4 dell'art. 196, in aggiunta a quanto già previsto dal testo vigente, precisa che il progetto debba includere il piano finanziario.

Con specifico riguardo al bando di gara, a differenza dell'art 187 d.lgs.50/2016, l'art.196 non richiede la necessaria indicazione dei requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi, le garanzie dell'operazione e i parametri di valutazione dell'offerta;

In aggiunta, si dispone che l'aggiudicatario predisponga i successivi livelli progettuali ed esegua l'opera.

Il comma 5 disciplina due distinte tipologie di offerente, ossia, il raggruppamento temporaneo di imprese costituito dal soggetto finanziatore e da uno o più soggetti realizzatori, nonché, il soggetto finanziatore che presenta l'offerta singolarmente.

Rispetto al d.lgs. 50/2016, il Nuovo Codice elimina la previsione secondo cui l'offerente può essere anche un contraente generale in quanto «tale figura è stata completamente rivista mediante l'elaborazione di una disciplina sui servizi globali».

Il comma 6 replicando il disposto dell'art.187 *in actis*, disciplina le sostituzioni per inadempimento o l'apertura della liquidazione giudiziale, precisando che l'ente concedente possa negare l'assenso solo nelle ipotesi in cui il soggetto subentrante non sia in possesso dei necessari requisiti soggettivi o oggettivi.

Il comma 7, riprende il contenuto del comma 4 art.187 del d.lgs. 50/2016 e dispone che l'adempimento delle obbligazioni dell'ente concedente è condizionato all'esito positivo del collaudo, ovvero, alla verifica di conformità in ordine alla gestione funzionale dell'opera secondo le modalità stabilite.

In aggiunta e in modo innovativo rispetto al vigente Codice dei contratti, prevede che il soggetto aggiudicatario assicuri la corretta manutenzione del bene sino al momento del riscatto.

Il comma 8, rispetto al vigente testo, puntualizza che l'opera oggetto di locazione finanziaria è assoggettata al regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi a condizione che, nel contratto medesimo, sia stabilito che al termine del periodo di locazione il committente sia obbligato al riscatto; in aggiunta, si precisa che l'ente concedente possa riconoscere il diritto di superficie sull'area pubblica dove realizzare l'opera.

La previsione di cui al comma 8 è giustificata alla luce della necessità di evitare che un'opera a tutti gli effetti pubblica rimanga in capo a un soggetto privato che, alla scadenza del contratto e in assenza di riscatto, possa poi liberamente disporne.

Il comma 9, conferma il contenuto del vigente art.187 d.lgs. 50/2016 disponendo che l'opera possa essere realizzata anche su un'area nella disponibilità dell'aggiudicatario, nonché, innovando rispetto al testo *in actis*, estende la disciplina di cui al comma 8 cit. anche al caso in esame.

Il comma 10, che sembra non trovare corrispondenza nel d.lgs. 50/2016, stabilisce che il contratto debba prevedere la facoltà di riscatto anticipato;



IL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ



L'art 197 reca un'articolata disciplina del contratto di disponibilità.

In base alla definizione di cui all'art.2, Allegato I.1, il contratto di disponibilità è *«il contratto col quale l'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, destinata all'esercizio di un pubblico servizio»*

In tale contesto, l'operatore economico è tenuto a garantire il miglior godimento dell'opera, mantenendola in stato da servire all'uso convenuto ed eliminandone a proprie spese i vizi, anche sopravvenuti. In aggiunta, il contratto può prevedere il trasferimento della proprietà dell'opera in capo all'amministrazione a fronte del pagamento di un corrispettivo.

I profili di novità introdotti dall'art.197 consistono:

- Nella precisazione di cui al comma 1 per cui le parti sono tenute a determinare il contenuto del contratto nel rispetto dei limiti di cui al presente articolo e tenendo conto dei bandi tipo e dei contratti-tipo redatti dall'ANAC
- Nella disposizione per cui il corrispettivo del contratto di disponibilità si compone di un canone di disponibilità, 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 ai sensi del c.4, art. 197
- Nella specificazione di cui al comma 7 per cui il contratto determina i modi di attribuzione alle parti degli eventuali oneri sopravvenuti, incidenti sul corrispettivo pattuito per il compimento e la gestione dell'opera, derivanti da disposizioni normative o da provvedimenti dell'autorità.

La Relazione illustrativa chiarisce che nel disposto dell'art.197 non sono state riprodotte le previsioni contenute nel Codice del 2016 implicanti l'esistenza di una procedura di evidenza pubblica assimilabile a quella prevista in tema di appalti, tenuto conto del dubbio di fondo circa l'applicazione dei principi in tema di procedure ad evidenza pubblica al contratto di disponibilità.

In ogni caso, l'effettiva conformazione del bando è demandata alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, tenendo conto degli schemi-tipo di ANAC.

In ultimo, la sovrabbondanza di talune disposizioni contenute nel vigente codice è stata temperata affidando la compiuta disciplina della fattispecie al bando e al contratto da redigere secondo gli schemi ANAC.



ALTRE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI PPP

Articolo 198

- 1. Le proposte di cui all'articolo 193, comma 1, primo periodo, possono riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato.*
- 2. 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.*
- 3. Gli investitori istituzionali di cui all'articolo 193, comma 1, quarto periodo, anche al di fuori della finanza di progetto, possono 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. Gli investitori istituzionali possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. Gli investitori istituzionali possono altresì subappaltare, anche interamente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore venga comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta.*

La parte V del Nuovo Codice detta altre disposizioni rilevanti in materia di PPP, chiudendo, così, la relativa disciplina.

In particolare, l'art. 198 contiene altre disposizioni volte ad incentivare la partecipazione degli investitori istituzionali alle operazioni partenariato pubblico-privato.

In primis, al comma 1, è previsto che le proposte di cui all'art. 193, comma 1, primo periodo, possano riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato.

Al comma 2 è stato previsto 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.

Inoltre, al comma 3, è stato previsto che gli investitori istituzionali anche al di fuori della finanza di progetto, possano 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, 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.

Si è deciso 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 si evidenzia che sono state esplorate tre opzioni: a) mantenere l'elenco degli investitori qualificati già previsto con il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 c.d. "Sblocca cantieri"; b) richiamare l'art. 6, comma 2-quater, lett. d), del decreto legislativo 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, commi 6-bis.1 e 6-bis.2 dello stesso decreto legislativo) ;c) delegare la valutazione della loro affidabilità alla pubblica amministrazione.

Tra le tre opzioni si è ritenuto di seguire la prima.

L'opzione c) è stata infatti ritenuta troppo complessa per la pubblica amministrazione, mentre l'opzione b), sebbene sia stata considerata una soluzione pregevole ed economicamente sostenibile, si è ritenuto potesse eccedere i limiti della delega.

Articolo 199

- 1. 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.*
- 2. Il privilegio, a pena di nullità del contratto di finanziamento, deve risultare da atto scritto. Nell'atto sono esattamente descritti i finanziatori originari dei crediti, il debitore, l'ammontare in linea capitale del finanziamento o della linea di credito, nonché gli elementi che costituiscono il finanziamento.*
- 3. L'opponibilità ai terzi del privilegio sui beni è subordinata alla trascrizione, nel registro indicato dall'articolo 1524, secondo comma, del codice civile, dell'atto dal quale il privilegio risulta. Della costituzione del privilegio è dato avviso mediante pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana. Dall'avviso devono risultare gli estremi della avvenuta trascrizione. La trascrizione e la pubblicazione sono effettuate presso i competenti uffici del luogo ove ha sede l'impresa finanziata.*
- 4. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1153 del codice civile, il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto dello stesso dopo la trascrizione prevista dal comma 3 del presente articolo. Nell'ipotesi in cui non sia possibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo.*
- 5. Al fine di agevolare la bancabilità delle iniziative, tutti i crediti della società di scopo, presenti e futuri, ivi inclusi quelli verso il soggetto aggiudicatore e altre pubbliche amministrazioni, possono essere costituiti in pegno o ceduti in garanzia dalla società a banche o altri soggetti finanziatori, senza necessità di consenso del debitore ceduto, anche quando non siano ancora liquidi ed esigibili.*
- 6. I beni sui quali la società di scopo è titolare di diritti reali possono essere ipotecati o dati in pegno solo a garanzia di prestiti contratti per finanziare o rifinanziare gli investimenti e/o i fabbisogni previsti dal contratto di partenariato pubblico-privato.*

L'art. 199 tenta di fornire maggiori garanzie a favore dei finanziatori dei contratti di PPP.

In particolare, rispetto alle attuali previsioni contenute nell'art. 186 del codice del 2016, 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.

Articolo 200.

1. Nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), 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. La misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata secondo le norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, è resa disponibile all'ente concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici.

Articolo 200.

1. Nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), 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. La misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata secondo le norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, è resa disponibile all'ente concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici.

Come chiarito nella Relazione Illustrativa, l'articolo 200 nasce dall'estrapolazione dall'art. 180, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, della disciplina dei c.d. "Energy Performance Contract" (EPC). Si tratta di una fattispecie contrattuale introdotta dalla direttiva 2012/27/UE sull'efficienza energetica, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, al fine di promuovere l'efficienza energetica.

In particolare, il contratto di rendimento energetico, secondo la definizione riportata all'art. 2, comma 1, lett. n) del d.lgs. n. 102/2014 è un *"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"*. Oggetto del contratto pertanto è il conseguimento di una *"misura di miglioramento dell'efficienza energetica"*.

La complessa natura di tali contratti ha portato la dottrina a dubitare che gli stessi potessero qualificarsi come contratti di partenariato pubblico-privato. Tuttavia, sul punto, è intervenuto il d.l. n. 76 del 2020 (c.d. decreto semplificazioni), convertito dalla legge n. 120/2020 che all'art. 8, comma 5, lett. c-quater) ha introdotto alcune disposizioni relative alle modalità di remunerazione dell'operatore economico proprio nell'ambito dei contratti di rendimento energetico, inserendole all'interno dell'art. 180, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, dedicato appunto al partenariato pubblico-privato.

Rispetto alla scelta del legislatore di inserire tali disposizioni nella norma generale sul partenariato pubblico privato, si è preferito introdurre un articolo ad hoc al fine di evidenziare la particolarità e l'importanza dei contratti di che trattasi, tenuto conto anche del fatto che operano in un settore delicato e strategico come quello dell'energia.

Articolo 201

1. *Gli enti concedenti stabiliscono, con atto generale e tenuto conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo predisposti dall'Autorità di regolazione del settore, 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, beneficino 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 e dei contratti-tipo redatti dall'ANAC.*

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 decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.*

La norma riformula ed accorpa le previsioni di cui agli artt. 189 e 190 del codice del 2016, con lo scopo di razionalizzare e semplificare, evitando duplicazioni e sovrapposizioni (ad esempio, tra la ipotesi di gestione e manutenzione ex art. 189, comma 1, e il baratto amministrativo ex art. 190), ed introducendo una nozione unitaria di “partenariato sociale” quale tipica forma di collaborazione tra i privati e la Amministrazione per la realizzazione di fini di interesse generale e, dunque, di sussidiarietà orizzontale ex art. 118, comma 4, Cost..

Si tratta, come osservato in dottrina ed evidenziato nella Relazione Illustrativa, di figure negoziali che perseguono finalità di interesse generale, ovvero socialmente utili per i cives e la collettività territoriale di riferimento (impingenti in beni comuni, ovvero public goods) attraverso una reciproca *datio in solutum*:

- i cittadini, *singulatim* ovvero associati, o le piccole e medie imprese, anziché pagare un debito tributario in denaro, assolvono alla propria obbligazione tributaria pel tramite di una prestazione d’opera o di servizi;
- l’ente territoriale, anziché pagare in denaro un’opera o un servizio, porta in compensazione un proprio credito tributario; in questa ottica il partenariato sociale –analogamente alle altre forme di PPP- integra un “rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e dei vincoli posti alla spesa pubblica” (CdS, I, parere 823/2020).

Articolo 202

1. Il bando di gara, redatto anche tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo predisposti dall'ANAC, 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.

Come riporta la Relazione Illustrativa norma snellisce le previsioni dell'attuale art. 191, che appaiono sovrabbondanti segnatamente per quanto attiene ai commi 2, 2-bis e 3, potendo ridursi la disciplina primaria alla individuazione dei tratti fondamentali di tale schema negoziale, demandando 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.

Il comma 1, lett. a) specifica che – in caso di cessione dell'immobile ad un soggetto terzo rispetto alla “controparte privata”- vi è necessità che sussista all'uopo l'interesse di essa controparte, configurando il trasferimento ad un terzo un “contratto a favore del terzo”, la cui validità presuppone giustappunto l'interesse dello stipulante ai sensi dell'art. 1411, comma 1, del codice civile. Tale espressa puntualizzazione è preordinata al recepimento di una precisa osservazione contenuta nel parere reso dal Consiglio di Stato sul cd. “correttivo” al Codice.

Il comma 1, lett. b) riconosce la particolare rilevanza che assumono le garanzie nella figura negoziale in esame, ove la traslazione del diritto dominicale integra giustappunto il corrispettivo da versare all'operatore; talché, la sua anticipata corresponsione implica ex se la prestazione di idonea garanzia da parte del privato che fruisce di tale *beneficium*.



MARZO 2023

 MILANO
Via Broletto, 20 - 20121
T +39 02 89 63 071
F +39 02 896 307 810

 ROMA
Via di San Nicola da Tolentino, 67 - 00187
T +39 06 93 18 271
F +39 06 931 827 403

 LONDRA
Aldermay House
10-15 Queen Street - EC4N 1TX
T +44 (0)20 7074 2211
F +44 (0)20 7074 2233



Legance - Avvocati Associati ed i suoi soci non sono sottoposti alla regolamentazione della Solicitors Regulation Authority ("SRA") ed il piano assicurativo obbligatorio previsto dalla SRA non è loro applicabile (sono viceversa coperti da un apposito piano assicurativo italiano). Una lista dei soci di Legance - Avvocati Associati è consultabile presso l'ufficio di Londra in Aldermay House 10-15 Queen Street - EC4N1TX, oppure all'indirizzo [legance.it](https://www.legance.it).

Legance LLP fornisce consulenza solo su materie di diritto italiano.