

## CAPITOLO 15 IL PARTENARIATO E LE FATTISPECIE SPURIE

*Nel rispetto del mandato parlamentare e sull'onda degli interventi normativi settoriali funzionali alla realizzazione degli obiettivi fissati dal PNRR, il D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, dedica un Libro ad hoc al partenariato pubblico-privato, snellendo e rendendo omogenea la disciplina comune a tutti i diversi modelli contrattuali, tipici ed atipici, cercando in tal modo di incentivarne il ricorso da parte delle amministrazioni per lo sviluppo sociale ed economico del Paese.*

**SOMMARIO:** 1. Nozione e principi generali – 2. Le principali tipologie di partenariato e le disposizioni comuni – 3. La finanza di progetto, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità – 3.1. La finanza di progetto – 3.2. La locazione finanziaria – 3.3. Il contratto di disponibilità – 4. I Servizi Globali – 5. Domande & Risposte

**RIFERIMENTI NORMATIVI:** D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, artt. 174 e 175; e dall'art. 193 all'art. 208

### 1. Nozione e principi generali

Il D.Lgs. n. 36/2023 incide in maniera profonda sul partenariato pubblico-privato<sup>1</sup>, chiarendone, da un lato, la portata di *genus* onnicomprensivo rispetto al quale le concessioni, la finanza di progetto ed altre fattispecie più o meno innovative, ne costituiscono altrettante *species*; e, dall'altro lato, l'ampia flessibilità che consente di sussumervi anche altri negozi atipici che la prassi dovesse coniare, purché recanti le caratteristiche minime prescritte dal Codice.

Impostazione, diversa da quella seguita dal D.Lgs. n. 50/2016, che risulta aderente ai criteri della legge delega n. 78/2022 e che mira ad incentivare il ricorso a forme di collaborazione pubblico-privato elaborando un ventaglio ampio di possibilità ed una disciplina omogenea e snella.

<sup>1</sup> Jorio – Zupo, *Nel nuovo Codice appalti la riforma del partenariato*, in *Enti Locali & Edilizia*, 3 novembre 2022; Leone, *Partnership pubblico-privati: i dieci punti da modificare nel Codice appalti per realizzarla davvero*, *ibidem*, 2 dicembre 2022; Jorio, *Partenariato pubblico – privato, nel nuovo Codice è una operazione economica*, *ivi*, 6 dicembre 2022; Chiariello, *Il partenariato per l'innovazione*, *Giustamm. Riv. Dir. Amm.*, 2016, n. 2.

## La riforma del Codice appalti

I CRITERI DELLA LEGGE DELEGA 21 GIUGNO 2022, N. 78	
Art. 1, comma 2, lett. z)	«forte incentivo al ricorso a procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, le procedure per l'affidamento di accordi quadro e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, garantendo il rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità»
Art. 1, comma 2, lett. aa)	«razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti»
Art. 1, comma 2, lett. gg)	«razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari, anche al fine di introdurre una disciplina specifica per i rapporti concessori riguardanti la gestione di servizi e, in particolare, dei servizi di interesse economico generale; disciplina delle 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»

Secondo il Libro verde della Commissione europea relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 30 aprile 2004, n. 327, il "partenariato pubblico-privato" costituisce una **forma di cooperazione** tra poteri pubblici ed operatori economici privati per finanziare, realizzare e gestire opere pubbliche, ovvero per erogare servizi destinati al soddisfacimento di bisogni di interesse generale<sup>2</sup>. Esso segna l'evoluzione della P.A. dal modello autoritativo a quello collaborativo, dove la condivisione degli obiettivi con i destinatari dell'a-

<sup>2</sup> Così il Esso, sul piano funzionale, è stato ritenuto un modello di cooperazione organico e stabile, con maggiori elementi di atipicità (intermedio tra il modello del contratto sinallagmatico e di quello associativo) rispetto all'area dell'attività consensuale della pubblica amministrazione sia dei contratti di diritto privato, che degli accordi amministrativi, Garofoli - Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2013. In dottrina, ex multis: Tiberii, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischi*, Atti del convegno del Gruppo di San Giustino sul tema "Amministrazione dello sviluppo ed economia e finanza di impatto sociale", Napoli, 9 e 10 giugno 2017.

gere  
sodc  
proc  
gli a  
no a  
cui, j  
ca, h  
Il  
istitu

Parte

Parte

Il n  
che gl  
tuale,  
recant  
art. 4,  
stituir

<sup>3</sup> UH  
n. 13, r  
(PNRR)  
zione del  
di attuazi  
vato e l'it  
17 e 18 g

2022, N. 78

ali il dialogo competitivo, l'affidamento di accordi, per la stipula di contratti il rispetto dei principi di

la previsione di contratti partenariato pubblico-privato, alla finanza di progetti o di pubblica utilità, le attrattive per gli investitori del mercato delle opere pubbliche garantendo la trasparenza

modalità di affidamento e di introdurre una disciplina la gestione di servizi e, generale; disciplina delle leggi decreti legislativi di cui l'idea di progetto, ovvero con il diritto dell'Unione europea sussiste l'obbligo, secondo conto delle dimensioni l'idea di assegnazione della sua valore economico, di pubblica, parte dei contratti concessioni, garantendo la personale impiegato»

ea relativo ai partenariati pubblici e delle "partenariati pubblico-privato" pubblici ed operatori economici pubblici, ovvero esigenze di interesse generale autoritativo a quel- l'azione i destinatari dell'a-

o di cooperazione organico dello del contratto sinallagmatico della pubblica amministrazione amministrativi, Garofoli - ultis: Tiberii, Il partenariato pubblico-privato: i profili di rischi, Atti del convegno e dello sviluppo ed economia e

gere publicum diviene lo strumento elettivo per il più efficace soddisfacimento dell'interesse pubblico, nato con la nuova disciplina del procedimento amministrativo disegnata dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, con gli accordi procedurali e quelli sostitutivi del provvedimento che aprono a nuove forme di collaborazione. Forme che la congiuntura economica cui, più di recente si è aggiunta quella socio-sanitaria di origine pandemica, ha ulteriormente incentivato nell'ambito del PNRR<sup>3</sup>.

Il medesimo Libro verde ha poi diviso i **partenariati in contrattuali ed istituzionali**.

LE TIPOLOGIE DI PARTENARIATO	
Denominazione	Definizione
<b>Partenariato contrattuale</b>	È un modello fondato su un vincolo negoziale tra i vari soggetti implicati, che prevede l'attribuzione all'imprenditore privato delle attività di progettazione, realizzazione e gestione di un'opera pubblica o di un servizio, nonché l'assunzione da parte sua dell'onere di reperire le risorse finanziarie e dei rischi complessivamente connessi con la costruzione e lo sfruttamento economico dell'infrastruttura
<b>Partenariato istituzionalizzato</b>	Sono forme di cooperazione realizzate mediante la creazione <i>ex novo</i> di un'entità giuridica distinta (di norma una società) al cui capitale partecipano congiuntamente sia l'amministrazione pubblica, sia gli investitori privati (società miste), funzionalizzata alla realizzazione di un'opera o alla erogazione di un servizio destinato a favore del pubblico

Il nuovo Codice, a differenza del D.Lgs. n. 50/2016 che disciplinava anche gli affidamenti *in house*, **tratta esclusivamente il partenariato contrattuale**, rinviando per quello istituzionale al D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, il cui art. 4, prevede infatti la possibilità per le amministrazioni pubbliche di costituire, direttamente o indirettamente, società o acquisire o mantenere

<sup>3</sup> Ulteriore impulso al partenariato è stato impresso di recente dal D.L. 24 febbraio 2023, n. 13, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune». In dottrina: Adesso, *Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house*, Relazione al Convegno "5° rassegna di diritto pubblico dell'economia", Varese, 17 e 18 giugno 2022.

partecipazioni societarie esclusivamente per determinate attività, tra le quali quella di «realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio di interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'art. 17, commi 1 e 2», ossia con procedure di evidenza pubblica<sup>4</sup>.

Relativamente al partenariato contrattuale, l'art. 174, evidenziandone l'aspetto finanziario più che procedimentale ed esecutivo, lo definisce come un'operazione economica stipulata solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'art. 63, nell'ambito del quale annovera i negozi tipici della **concessione**, della **locazione finanziaria** e del **contratto di disponibilità**, nonché i **contratti atipici** che le amministrazioni stipulino per il perseguimento di pubblici interessi, ma purché ricorrano in maniera congiunta le quattro seguenti caratteristiche:

1. il contratto tra ente concedente e uno o più operatori economici privati sia **di lungo periodo** per raggiungere un risultato di interesse pubblico;

2. la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto deve provenire in misura significativa da **risorse reperite dalla parte privata**;

3. 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**;

4. il **rischio operativo** connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è **allocato in capo al soggetto privato**.

Il successivo art. 175 impone alle amministrazioni di adottare un **programma triennale** nel quale individuino le esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte mediante il ricorso al partenariato pubblico-privato. Se-

<sup>4</sup> A mente dell'art. 17, commi 1 e 2, del D.Lgs. n. 175/2016: «Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista. 2. Il socio privato deve possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita. All'avviso pubblico sono allegati la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante. Il bando di gara deve specificare l'oggetto dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione».

condo  
re, ne  
ragio  
miale  
tocco  
del D.  
La  
zione  
• I  
• I  
• I  
• I  
• I  
• I  
• I  
appal  
Qu  
abbia  
dal te  
10.000  
della p  
blica c  
tiva p  
Dipar  
econo  
Dipar  
dell'Ec  
segue  
assenz  
da reg  
Ne  
per i p  
già pro  
teressa  
blico-p  
superi  
zione j  
simo a  
delle L  
Il CIP  
Anc  
dall'er  
l'esecu  
quali-c

ate attività, tra le  
ca ovvero organizza-  
erso un contratto di  
50 del 2016, con un  
mi 1 e 2», ossia con

4, evidenziandone  
o, lo definisce come  
enti qualificati ai  
i tipici della la con-  
disponibilità, non-  
er il perseguimen-  
niera congiunta le

tori economici pri-  
di interesse pubbli-

a realizzazione del  
orse reperite dalla

gestire il progetto,  
ivi e di verificarne

lei lavori o alla ge-

li adottare un pro-  
bbliche idonee ad  
bblico-privato. Se-

e società a partecipazione  
uò essere inferiore al tren-  
pubblica a norma dell'ar-  
ntempo, la sottoscrizione  
idamento del contratto di  
. Il socio privato deve pos-  
n relazione alla prestazio-  
bozza dello statuto e degli  
di servizio e dei discipli-  
ndo di gara deve specifica-  
speciali di carattere tecni-  
zione che garantisca una  
individuare un vantaggio  
cedura. I criteri di aggiu-  
ciali connessi all'oggetto

condo la precedente versione dell'articolo presentato al vaglio delle Came-  
re, nell'ambito del programma gli enti avrebbero dovuto anche indicare le  
ragioni che per ciascun progetto le inducano ad applicare il criterio pre-  
miale in luogo della prelazione, ma l'alinea è stata obliterata in sede di ri-  
tocco del comma 1, dell'art. 175 cit. Elisione in linea con la *ratio* snellente  
del D.Lgs. n. 36/2023.

La **valutazione preliminare di convenienza e fattibilità** della coopera-  
zione ha ad oggetto:

- l'idoneità del progetto ad essere finanziato con risorse private;
- le condizioni per ottimizzare il rapporto costi/benefici;
- l'efficiente allocazione del rischio operativo;
- la capacità di generare soluzioni innovative;
- la capacità di indebitamento dell'ente;
- la disponibilità di risorse nel bilancio pluriennale;
- la comparazione di convenienza tra tale modulo ed il contratto di appalto.

Qualora il finanziamento del progetto preveda contributi dello Stato, o  
abbia rilievo nazionale e superi il valore di €. 250.000.000 (valore innalzato  
dal testo definitivo del D.Lgs. n. 36/2023, essendo in bozza pari ad €. 10.000.000), ai fini della predetta valutazione, gli enti concedenti – prima  
della pubblicazione del bando di gara in caso di progetto ad iniziativa pub-  
blica o prima della dichiarazione di fattibilità in caso di progetto ad inizia-  
tiva privata – devono chiedere un **parere preventivo, non vincolante, al**  
**Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica**  
**economica (DIPE)** presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed al  
**Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato** presso il Ministero  
dell'Economia. Parere da rendersi entro 45 giorni, decorsi i quali l'*iter* pro-  
segue ai sensi dell'art. 16, comma 2, della L. 7 agosto 1990, n. 241. Anche in  
assenza dei predetti presupposti, in ogni caso il parere può essere richiesto  
da regioni ed enti locali per progetti di particolare complessità.

Nella riformulazione del comma 3 dell'art. 175 del D.Lgs. n. 36/2023,  
per i progetti di interesse statale o finanziati dallo Stato, per i quali non sia  
già previsto che si esprima il CIPESS, è previsto che gli enti concedenti in-  
teressati a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pub-  
blico-privato il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo pari o  
superiore ad €. 250.000.000, debbano richiedere parere, ai fini della valuta-  
zione preliminare di convenienza e fattibilità di cui al comma 2 del mede-  
simo articolo, al CIPESS sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione  
delle Linee Guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS).  
Il CIPESS anche in questo caso si pronuncia entro 45 giorni dalla richiesta.

Anche per il partenariato, sentito però il privato contraente, è **nominato**  
**dall'ente il Rup** che coordina e controlla, sotto il profilo tecnico e contabile,  
l'esecuzione del progetto, verificando costantemente il rispetto dei livelli  
quali-quantitativi delle prestazioni.

Del pari, anche per tali fattispecie, la **tracciabilità** e la **trasparenza** vengono garantite con l'obbligo per i concedenti di inserire negli allegati al bilancio di esercizio i contratti di partenariato, con l'indicazione del relativo CUP e CIG. Su di essi, peraltro, monitorano il DIPE e la Ragioneria Generale dello Stato, cui le amministrazioni devono inoltrare tutte le informazioni del caso.

### PILLOLE DI GIURISPRUDENZA – PARTENARIATO

■ **Procedura di partenariato pubblico privato – Approvazione del progetto – Pubblicazione del bando di gara – Obbligo di definizione dell'iter – Sussiste** – Una volta che un Comune abbia formalmente avviato una procedura di partenariato pubblico privato, con apposita deliberazione del Consiglio comunale, recante una valutazione positiva sul progetto, e, conseguentemente, abbia dato avvio alla procedura di gara, l'Ente locale è tenuto a concludere la vicenda con provvedimento espresso, consistente, in alternativa, nella prosecuzione e conclusione in tempi accettabili della fase di scelta del concessionario oppure nella revoca formale degli atti già adottati (T.a.r. Sardegna – Cagliari, 31 ottobre 2022, n. 730).

■ **Procedura di partenariato pubblico privato – Gara per la stipula di un contratto *rent to buy* – Revoca per inadempimenti non sostanziali – Illegittimità** – È illegittima la revoca dell'aggiudicazione di una gara, e, in particolare, di una procedura di partenariato pubblico-privato per la stipula di un contratto privatistico di "*rent to buy*", disposta per gli inadempimenti posti in essere dall'aggiudicatario e per la inosservanza della clausola sociale, e, segnatamente, per mancata assunzione di tutti i dipendenti delle imprese appaltatrici già impiegati presso la medesima struttura, ove l'aggiudicatario abbia dimostrato che le criticità nella prestazione dei servizi socio-sanitari sono state risolte entro il termine assegnato dalla Pubblica Amministrazione e le manchevolezze non ancora sanate a tale termine costituiscono irregolarità puramente formali (T.a.r. Liguria – Genova, 7 giugno 2022, n. 439).

## 2. Le principali tipologie di partenariato e le disposizioni comuni

Nell'ambito del partenariato, si collocano le figure tipiche della concessione, della locazione finanziaria ed il contratto di disponibilità, cui si aggiungono – come anticipato – i negozi atipici accomunati dalla causa e dagli altri elementi caratterizzanti enumerati nel paragrafo che precede.

Viceversa, secondo la relazione alla bozza di Codice elaborata da Palazzo Spada, a differenza del D.Lgs. n. 50/2016 che la considerava forma autonoma di partenariato, la **finanza di progetto** sarebbe una **modalità di finanziamento della concessione**; mentre, ancora, i servizi globali ne

trasparenza ven-  
e negli allegati al  
cazione del relati-  
E e la Ragioneria  
rare tutte le infor-

**progetto – Pubbli-  
ste** – Una volta che  
to pubblico privato,  
tazione positiva sul  
gara, l'Ente locale è  
ente, in alternativa,  
a del concessionario  
Cagliari, 31 ottobre

**li un contratto rent**  
- È illegittima la re-  
ura di partenariato  
*buy*", disposta per  
anza della clausola  
i delle imprese ap-  
io abbia dimostrato  
solte entro il termi-  
n ancora sanate a  
- Genova, 7 giugno

**sposizioni co-**

che della conces-  
ibilità, cui si ag-  
ati dalla causa e  
o che precede.  
aborata da Palaz-  
rava forma auto-  
a **modalità di fi-**  
rvizi globali ne

costituirebbero una distinta fattispecie perché priva della traslazione del rischio sul contraente privato.

Nondimeno, tutti i moduli *de quibus*, nel rispetto del mandato parlamentare, sono state disciplinate nel medesimo Libro IV, delineandone una **regolamentazione omogenea** comune ed una specifica, **con un rinvio al Testo Unico delle società partecipate ed al D.Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201**, recante il Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, emanato ai sensi dell'art. 8 della L. 5 agosto 2022, n. 118 (Legge annuale sul mercato e la concorrenza 2021).

Con l'obiettivo di delineare un sistema normativo conchiuso, oltre alla disciplina specifica di ciascun istituto, il Codice dedica un'apposita Parte a disposizioni comuni a tutti.

Tra esse, *ex art.* 198, la **possibilità per gli operatori economici di formulare le proposte** di cui all'art. 193, comma 1, previste per la finanza di progetto, anche per tutti i contratti di partenariato pubblico-privato, purché esse siano accompagnate da:

- a) un progetto di fattibilità;
- b) uno schema di convenzione;
- c) il piano economico-finanziario asseverato;
- d) e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Detta facoltà di iniziativa privata, invero, è stata mutuata dal Codice previgente il cui art. 183 è stato novellato con l'addenda del comma 17-*bis* a cura del D.L. 18 aprile 2019, n. 32 (cd. Decreto Sblocca-Cantieri), con lo scopo di consentire agli investitori istituzionali, di cui all'elenco previsto dal medesimo decreto legge, di formulare proposte di accrescimento delle infrastrutture con il conseguente risparmio erariale e lo sviluppo socio-economico del Paese.

E, ancora, la costituzione della società di scopo è requisito di bancabilità per tutti i contratti di partenariato, così come è trasversale a tutti la possibilità dei promotori di associarsi e consorzarsi con operatori economici in possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori, nonché di ricorrere all'avvalimento per i requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale.

Comune ed **innovata** rispetto al D.Lgs. n. 50/2016 anche la **disciplina delle garanzie e dei privilegi** che assistono i crediti dei finanziatori delle opere pubbliche attraverso le diverse forme di partenariato, oltre che le ulteriori misure finalizzate ad incentivare i privati alla stipula degli accordi di partenariato.

Al riguardo, l'**art. 199**, nel mentre lascia invariato il privilegio generale *ex art.* 2745 e ss. c.c. sui beni mobili ed i crediti, purché esso risulti da atto scritto a pena di nullità e da trascrivere nel registro di cui all'art. 1524, comma 2, c.c., ai fini dell'opponibilità (con successivo avviso nella Gazzetta Ufficiale); al contempo introduce *ex novo* sia la costituzione in pegno o la cessione in garanzia dei predetti crediti – presenti e futuri – senza necessità

del consenso del debitore ceduto, al fine di favorire la bancabilità delle iniziative, sia, al medesimo scopo, la possibilità che sui beni sui quali l'operatore privato abbia diritti reali possa essere iscritta ipoteca o costituito pegno a garanzia dei prestiti contratti per finanziare gli investimenti di cui ai negozi di partenariato.

Quanto all'ulteriore misura incentivante gli accordi di partenariato pubblico-privato, essa è contenuta nell'art. 202 che **facultizza gli enti concedenti a prevedere:**

– a titolo di corrispettivo, totale o parziale, il **trasferimento** all'operatore economico o a terzi dal medesimo indicati ed in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, **della proprietà di beni immobili dell'ente concedente non più funzionali all'interesse pubblico** e previamente indicati nel programma triennale dei lavori e nell'avviso di *pre*-informazione dei servizi e delle forniture;

– il **trasferimento della proprietà in un momento antecedente all'ultimazione dei lavori**, previa garanzia fideiussoria pari al valore dell'immobile, soggetta a progressivo svincolo secondo le modalità previste per la cauzione definitiva (confr. Capitolo 12).

Mutuata dall'art. 180 del D.Lgs. n. 50/2016, come novellato dal D.L. n. 76/2020 nell'ottica di agevolare taluni interventi del PNRR, è invece la previsione recata dall'art. 200 per i **contratti di rendimento o prestazione energetica**, introdotti dalla Direttiva 2012/27/UE recepita in Italia col D. Lgs. 4 luglio 2014, n. 102.

Invero, pur essendo anomala l'inclusione nel partenariato di questa fattispecie negoziale spuria, essa si giustifica proprio per la sua particolare funzionalità all'efficientamento energetico e alla riqualificazione degli edifici epicentro della Mission 2 – Componente 3 del PNRR, rappresentando due delle leve più virtuose per la riduzione delle emissioni che nel nostro Paese soffre di un parco edifici di oltre il 60% dello *stock* superiore a 45 anni, sia negli edifici pubblici, sia negli edifici privati.

NOZIONE DI CONTRATTO DI RENDIMENTO ENERGETICO	
Fonte	Definizione
D.Lgs. 4 luglio 2014, n. 102, art. 2, comma 1, lett. n)	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 e 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



la bancabilità delle beni sui quali l'opera ipoteca o costituito i investimenti di cui

rdi di partenariato **ultizza gli enti con-**

**mento** all'operatore sso dei requisiti di **obili dell'ente con-** previamente indicati **re-**informazione dei

**antecedente all'ulti-** al valore dell'immo- lalità previste per la

novellato dal D.L. n. NRR, è invece la **pre-** **mento o prestazione** epita in Italia col D.

enariato di questa fat- per la sua particolare alificazione degli edi- NRR, rappresentando sioni che nel nostro o stock superiore a 45 i.

### ENERGETICO

#### zione

il beneficiario o chi per goziale e il fornitore di ento dell'efficienza ener- rata durante l'intera du- gli investimenti (lavori, zzati sono pagati in fun- zioramento dell'efficienza attualmente o di altri cri- getica concordati, quali i

Per tali contratti i ricavi di gestione dell'operatore economico sono determinati e pagati in funzione del miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi.

### PILLOLE DI GIURISPRUDENZA – CONTRATTO DI RENDIMENTO ENERGETICO

■ **Contratto di rendimento energetico – Natura atipica di cooperazione pubblico-privato** – Il partenariato pubblico privato rappresenta una sorta di paradigma esteso, in grado di accogliere al proprio interno una o alcune delle fattispecie elencate a titolo esemplificativo all'art. 180, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016. Pertanto, il complesso di prestazioni finalizzate al miglioramento energetico – sulla base di un'aritmica "prevalenza" di un'attività (lavori) rispetto a un'altra (servizi), che costituisce il contratto di prestazione energetica di cui all'art. 2, comma 2, lett. n) del D.Lgs. n. 102/2014, finalisticamente vincolata al perseguimento dell'obiettivo del risparmio energetico come oggetto della prestazione caratteristica della ESCO (Energy Service Company), e dunque sinallagmaticamente costruita sul paradigma del *do ut facias*, è assimilabile al partenariato come strumento di cooperazione tra pubblico e privato (Cons. Stato, 21 febbraio 2020, n. 1327).

Tra le disposizioni conclusive figura quella dedicata al cd. **partenariato sociale** (art. 201) che, declinando il principio di sussidiarietà orizzontale per il perseguimento dell'interesse pubblico, lo conferma ed incentiva, anche per le micro, piccole e medie imprese oltre che per i cittadini singoli e consorziati, per la realizzazione di uno o più delle prestazioni riassunte nella seguente scheda sinottica<sup>5</sup>.

IL PARTENARIATO SOCIALE	
Prestazioni	Incentivi
Gestione e manutenzione di aree riservate a verde pubblico e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti ai comuni in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici	I cittadini residenti dove insistono i beni, costituenti un consorzio che raggiunga almeno i 2/3 della proprietà di lottizzazione, hanno diritto di prelazione e beneficiano di incentivi fiscali
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, su progetti presentati da cittadini singoli o associati	I cittadini promotori, singoli o associati, beneficiano di incentivi fiscali direttamente afferenti alle attività svolte o comunque utili alla comunità territoriale di riferimento

<sup>5</sup> Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012.

## La riforma del Codice appalti

IL PARTENARIATO SOCIALE	
Prestazioni	Incentivi
Compimento di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati, a spese di questi ultimi	I cittadini, singoli o associati, esecutori delle opere sono esenti da oneri fiscali e amministrativi connessi all'esecuzione stessa, salva l'imposta sul valore aggiunto

### 3. La finanza di progetto, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità

#### 3.1. La finanza di progetto

Il *project financing* benché già noto, trae vigore dal Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992 e si sviluppa come un'operazione di finanziamento privato che, per la P.A., ha il vantaggio di consentire la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari e, per il privato, costituisce una fonte di utilità attraverso la proficua gestione dell'attività che ne risulta.

In quanto operazione economica, dunque, la prima definizione è di carattere finanziario, più che non giuridico<sup>6</sup>.

LA DEFINIZIONE DI PROJECT FINANCING
Operazione di finanziamento di una particolare utilità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito

Il modulo è caratterizzato da tre **aspetti economico-finanziari**: il *cash flow*; il *ring fence* ed un sistema di garanzie indirette.

LE TRE CARATTERISTICHE ECONOMICO-FINANZIARIE	
Cash flow	La finanziabilità del progetto, ossia la sua attitudine a produrre nel suo ciclo di vita un flusso di cassa, sufficiente a coprire i costi operativi, remunerare i finanziatori e fornire un congruo margine di profitto al promotore dell'operazione

<sup>6</sup> Nevitt, *Project financing*, Bari, 1987, 3.

**LE TRE CARATTERISTICHE ECONOMICO-FINANZIARIE**

<b>Ring fence</b>	L'imputazione giuridica ed economica del finanziamento in un unico soggetto, giuridicamente e finanziariamente separato dai promotori
<b>Garanzie indirette</b>	La costituzione a favore dei finanziatori esterni dell'iniziativa di "garanzie indirette", rappresentate dalla possibilità di utilizzare una vasta gamma di accordi tra le parti interessate al progetto; questi sono fondati, a loro volta, soprattutto su studi di fattibilità del progetto e, sul piano economico-finanziario, con i relativi flussi di realizzo e sulle analisi del rischio, con la conseguenza che la possibilità di rivalsa dei finanziatori e degli altri creditori (appaltatori dei lavori, delle forniture etc.) nei confronti degli sponsors rimane limitata al valore delle attività finanziate

Già noto nel nostro ordinamento con la L. 11 novembre 1994, n. 109 poi ritoccato con la L. 18 novembre 1998, n. 415 (rispettivamente cd. Legge Merloni e Legge Merloni *ter*), l'istituto si è poi scarsamente evoluto con il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, fino al previgente Codice del 2016, per approdare poi al **Codice 2023 che introduce poche modifiche tutte, però, finalizzate alla semplificazione della normativa** (come l'elisione dei riferimenti alla nautica da diporto) **ed alla celerità e convenienza della sua esecuzione**, come dimostrano, rispettivamente, la conferma del termine certo di 90 giorni per la valutazione di fattibilità della proposta da parte della P.A. (che nella bozza di codice presentato alle Camere il 5 gennaio 2023 era vagamente sostituito dall'avverbio "tempestivamente"); e l'inserimento *ex novo*, in alternativa al diritto di prelazione, di altri sistemi incentivanti la concorrenza di mercato quali il cd. *bonus point*, che spinge le imprese a presentare offerte migliori rispetto a quella del promotore, al fine di aggiudicarsi la gara.

Più in particolare ed in estrema sintesi, l'art. 193 prevede che gli operatori economici e gli investitori istituzionali di cui all'art. 32, comma 3, del D.L. n. 78/2010 ed all'art. 2, n. 3, del Regolamento UE 2015/1017, possano presentare agli enti concedenti **proposte** relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi che rechino gli elementi già tratteggiati nel precedente paragrafo 2 e che le amministrazioni devono valutare entro 90 giorni, indicando le eventuali modifiche da apportarvi ai fini della fattibilità. Nella versione definitiva recata dal D.Lgs. n. 36/2023, l'art. 193 al comma 2 impone alle amministrazioni di concludere comunque la procedura di valutazione con un provvedimento espresso, pubblicato sul sito istituzionale e oggetto di comunicazione ai soggetti interessati. Un ulteriore puntello, quindi, al principio della trasparenza. Se il progetto di fattibilità è approvato, esso sarà **inserito negli strumenti di programmazione e posto a**

tivi

associati, esecutori  
ti da oneri fiscali e  
ssi all'esecuzione  
sul valore aggiun-

**a e il contratto**

ato di Maastricht  
ranziamento pri-  
zazione di opere  
sce una fonte di  
sulta.  
finizione è di ca-

nella quale un fi-  
sso di cassa e gli  
consentirà il rim-  
ia collaterale del

ranziari: il *cash*

**ARIE**

dine a produrre  
ente a coprire i  
ire un congruo  
ne

base di gara da aggiudicarsi con il **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** e da presentarsi con le garanzie di cui agli artt. 106 e 117 del Codice.

All'esito della presentazione delle offerte, contenenti il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti migliorative secondo gli indicatori previsti nel bando, gli enti esaminano quelle pervenute nei termini, **redigono una graduatoria** nominando l'aggiudicatario ed approvano i successivi livelli progettuali da questi elaborati.

Qualora il promotore non risulti aggiudicatario, entro 15 giorni può esercitare il **diritto di prelazione** divenendo così aggiudicatario solo se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle medesime prestazioni contrattuali alle stesse condizioni offerte dal vincitore. In questo caso però dovrà rimborsare all'aggiudicatario l'importo delle spese sostenute e documentate per la predisposizione dell'offerta nei limiti del 2,5% del valore dell'investimento.

Viceversa, se il promotore comunque non risulti aggiudicatario e non eserciti il diritto di prelazione, egli ha diritto al pagamento da parte dell'aggiudicatario delle spese sostenute per la proposta e dei diritti sulle opere di ingegno, fermo restando che il loro importo complessivo non può superare il 2,5% del valore dell'investimento.

L'art. 194 regola la **società di scopo**, riproponendo la medesima disciplina dell'art. 184 del D.Lgs. n. 50/2016 che la denominava, invece, società di progetto.

A tal proposito, il D.Lgs. n. 36/2023, conferma che il bando di gara per il *project financing* per gli affidamenti superiori alla soglia di cui all'art. 14, comma 1, lett. a)<sup>7</sup>, debba prevedere che l'aggiudicatario costituisca una società di scopo in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, di cui la *lex specialis* deve indicare anche il capitale sociale minimo, prevedendo l'esclusione del concorrente costituito da più soggetti che non precisi nell'offerta la quota al capitale sociale di ciascuno di essi.

In buona sostanza, la società di scopo è **destinata a subentrare nel rapporto di concessione senza che ciò costituisca cessione di contratto** e senza la necessità di approvazione o autorizzazione amministrativa, così da sostituire l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'ente concedente.

Al contratto di concessione è poi demandata, tra l'altro, la disciplina della modalità di sostituzione dei soci nella società di scopo che, nel corso dell'esecuzione del contratto, perdano i requisiti di qualificazione; come pure le modalità di cessione delle quote.

Da segnalare che i **soci sono solidalmente responsabili con la società**

<sup>7</sup> La restrizione dell'obbligo ai soli contratti sopra soglia è stata inserita nella versione definitiva dell'art. 194, come *incipit* del comma 1. Inciso assente nello schema presentato alle Camere.

de q  
mer  
vile,  
la re  
certi  
Il  
soci  
dero  
parte  
nell'a  
D  
rifi  
delle  
corre  
peraz  
Ur  
poral  
finanz  
state r  
Inf  
cessio  
li di d  
anche  
per co  
alle ga

PILL

■ Par  
la prop  
configu  
parte d  
project,  
per l'aff  
normati  
de Sanit  
salvo ec  
go dell'A  
pubblico

**economicamente**  
 i artt. 106 e 117

piano economi-  
 che del servizio  
 econdo gli indi-  
 ute nei termini,  
 ed approvano i

o 15 giorni può  
 tario solo se di-  
 ioni contrattuali  
 però dovrà rim-  
 e documentate  
 valore dell'inve-

dicatario e non  
 da parte dell'ag-  
 itti sulle opere di  
 on può superare

do la medesima  
 minava, invece,

do di gara per il  
 di cui all'art. 14,  
 stituisca una so-  
 sabilità limitata,  
 il capitale sociale  
 o da più soggetti  
 ciascuno di essi.

**entrare nel rap-  
 li contratto** e sen-  
 istrativa, così da  
 cedente.

ltro, la disciplina  
 po che, nel corso  
 dificazione; come

**ili con la società**

nserita nella versione  
 chema presentato alle

*de qua* per il rimborso all'ente concedente di prezzi e contributi indebitamente percepiti, in deroga alla disciplina dettata al riguardo dal codice civile, salvo idonee garanzie bancarie e assicurative prestate dalla società per la restituzione in parola. Garanzie che cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera.

Infine, l'art. 195, tratta delle **obbligazioni e dei titoli di debito che le società di scopo possono emettere anche in forma dematerializzata** e in deroga agli artt. 2412 e 2483 c.c., purché destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori istituzionali e dei clienti professionali indicati nell'art. 6, commi 2 *quinquies* e 2 *sexies*, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58.

Detta emissione è **consentita solo ed esclusivamente per finanziare o rifinanziare il debito contratto** per la realizzazione dell'infrastruttura o delle opere connesse al servizio di pubblica utilità e la documentazione a corredo deve indicare in maniera chiara il grado di rischio connesso all'operazione.

Unica novità di rilievo introdotta nella disciplina del 2023, il limite temporale massimo di **18 mesi** fissato per il collocamento dei citati prodotti finanziari, decorso il quale il contratto è risolto, salvo che, nelle more, siano state reperite altre forme di finanziamento.

Infine, le garanzie reali, personali e di qualunque altra natura, incluse le cessioni di credito a scopo di garanzia che assistono le obbligazioni e i titoli di debito predetti, possono essere costituite in favore dei sottoscrittori o anche di un loro rappresentante che sarà legittimato a esercitare in nome e per conto dei sottoscrittori tutti i diritti, sostanziali e processuali, relativi alle garanzie medesime.

### PILLOLE DI GIURISPRUDENZA – PROJECT FINANCING

■ **Partenariato pubblico-privato – Project financing – Silenzio dell'amministrazione sulla proposta dell'operatore – Silenzio inadempimento – Non sussiste – Non può ritenersi configurata la fattispecie del silenzio inadempimento**, nel caso di omesso riscontro, da parte della stazione appaltante, della proposta di partenariato pubblico privato, mediante *project financing*, presentata da un costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese, per l'affidamento in concessione di un servizio da parte di alcuni presidi ospedalieri. La normativa vigente contempla, infatti, l'obbligo di acquisto di beni e servizi per le Aziende Sanitarie tramite adesione alla Convenzione CONSIP (c.d. "Centrale di committenza"), salvo eccezionali deroghe non ricorrenti nel caso di specie. Pertanto non vi è alcun obbligo dell'Azienda prendere in considerazione (esplicitamente) la proposta di partenariato pubblico privato, mediante *project financing* (T.a.r. Puglia – Lecce, 6 luglio 2022, n. 1150).

### 3.2. La locazione finanziaria

L'art. 196 definisce e **disciplina** l'istituto della locazione finanziaria che **non diverge granché da quella previgente** di cui all'art. 187 del D.Lgs. n. 50/2016, sicché per superiori esigenze di sintesi ci si limiterà a segnalare che essa è stipulata dagli enti concedenti allo scopo di finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità. A tale fine la società di locazione acquista da un operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla P.A. a fronte del pagamento di un canone periodico fisso e comprensivo di eventuali servizi accessori.

Quanto alle regole generali applicabili, qualora il negozio preveda il trasferimento del rischio operativo *ex art. 177*, allora troveranno spazio le disposizioni in materia di concessioni e di partenariato; altrimenti soccorreranno quelle in materia di appalto.

L'ente concedente, anche in questo caso, pone a base di gara un progetto di fattibilità, comprensivo del piano finanziario; mentre l'aggiudicatario ha l'onere di predisporre i successivi livelli di progettazione ed esegue l'opera. Ove l'offerente sia un raggruppamento temporaneo di imprese, ciascuna è responsabile dell'obbligazione specifica assunta nel contratto, ma l'adempimento di quella gravante sull'ente concedente è comunque subordinato all'esito positivo del collaudo ovvero alla verifica di conformità in ordine alla gestione funzionale dell'opera secondo le modalità stabilite.

L'aggiudicatario assicura la corretta manutenzione del bene sino al momento del riscatto, che, se previsto dal contratto può anche essere anticipato.

Infine, ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi l'opera segue il regime di quelle pubbliche a condizione che nel contratto di locazione sia stabilito il termine entro il quale il committente è obbligato al riscatto. L'opera può essere realizzata su suolo tanto dell'aggiudicatario, quanto dell'ente pubblico che può concederne il diritto di superficie.

### 3.3. Il contratto di disponibilità

Esso, di scarsa applicazione nella prassi, è definito dall'art. 2, lett. i, dell'All. I.1 come *«il contratto col quale un operatore economico si obbliga, verso un corrispettivo e con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, a compiere e a far godere all'amministrazione aggiudicatrice un'opera, destinata all'esercizio di un pubblico servizio. L'operatore economico garantisce il miglior godimento dell'opera, mantenendola in stato da servire all'uso convenuto ed eliminandone a proprie spese i vizi, anche sopravvenuti. Il contratto può prevedere il trasferimento in proprietà all'amministrazione dell'opera, verso il pagamento di un corrispettivo ulteriore»*<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Per un approfondimento, Corte dei Conti, Sez. Centrale di Controllo sulla Gestione

Il:  
snelli  
50/20  
dall'  
tivo a  
ment  
te cor  
non s  
ment  
lore c  
suo g  
Sa  
torizz  
zioni  
menti  
appro  
d'ope  
all'op  
Na  
viene  
nel qu  
deter  
delle g  
tiva d

### 4. I S

Ch  
initio,  
nel Lil  
La  
il suo  
nel no  
tivo, a  
pubbli

Il nuovo Codice gli dedica solo l'**art. 197** che, ad eccezione di tentativi di snellimento formale, poco muta rispetto all'omologo art. 188 del D.Lgs. n. 50/2016. Fermo restando la disciplina dei contratti e dei bandi tipo redatti dall'ANAC, ciò che il legislatore conferma è la previsione di un corrispettivo a favore dell'operatore economico, commisurato al periodo di godimento dell'opera che, qualora oggetto di trasferimento in proprietà dell'ente concedente, dovrà includere un eventuale contributo in corso d'opera non superiore al 50% del costo di costruzione e di un prezzo di trasferimento, da corrispondere al termine del contratto, e ragguagliato sia al valore di mercato residuo dell'opera, che all'importo già corrisposto per il suo godimento.

Salvo patto contrario il rischio per il mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni incidenti sul compimento dell'opera da parte di amministrazioni diverse dall'ente concedente è accollato comunque a quest'ultimo; mentre quello relativo al mancato o ritardato rilascio di atti di assenso o approvazione di profili attinenti alla progettazione o alle varianti in corso d'opera, di competenze di autorità diverse dal concedente, è accollato all'operatore economico.

Naturalmente, anche nel caso di specie, la selezione dell'operatore avviene tramite pubblicazione di un bando o avviso con accluso capitolato, nel quale l'ente concedente indica le caratteristiche dell'opera, i criteri di determinazione e riduzione del corrispettivo, le modalità di prestazione delle garanzie per l'esatto adempimento e i criteri di valutazione comparativa delle offerte.

#### 4. I Servizi Globali

Chiude la presente rassegna il cd. *global service* che, come sottolineato *ab initio*, **non costituisce una forma di partenariato ma nondimeno è inserita nel Libro IV ad esso dedicato.**

La figura del contraente generale, che per autorevole dottrina rinviene il suo antesignano nelle concessioni di sola costruzione<sup>9</sup>, è stata introdotta nel nostro ordinamento dalla L. 21 dicembre 2001, n. 443, cd. Legge obiettivo, al fine di snellire ed accelerare i tempi di realizzazione delle opere pubbliche strategiche e di reperire i fondi all'uopo necessari.

delle Amministrazioni dello Stato, deliberazione 20 luglio 2020, n. 7.

<sup>9</sup> Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983.

LA DEFINIZIONE DI CONTRAENTE GENERALE	
Fonte	Definizione
Art. 1, comma 2, lett. f), L. n. 443/2001	Il contraente generale è distinto dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione dalla gestione dell'opera eseguita ed è qualificato per specifici connotati di capacità organizzativa e tecnico-realizzativa, per l'assunzione dell'onere relativo all'anticipazione temporale del finanziamento necessario alla realizzazione dell'opera in tutto o in parte con mezzi finanziari privati, per la libertà di forme nella realizzazione dell'opera, per la natura prevalente di obbligazione di risultato complessivo del rapporto che lega detta figura al soggetto aggiudicatore e per l'assunzione del relativo rischio; previsione dell'obbligo, da parte del contraente generale, di prestazione di adeguate garanzie e di partecipazione diretta al finanziamento dell'opera o di reperimento dei mezzi finanziari occorrenti

Senza entrare nel dettaglio dell'evoluzione normativa, per la quale una tappa fondamentale per il rispetto delle disposizioni comunitarie in tema di concorrenza e di libero mercato è stata segnata dal D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190, la disciplina del *global service* come inserita nel Codice dei contratti approvato con D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 è stata grosso modo traspunta in quello recato dal D.Lgs. n. 50/2016, con modifiche inerenti all'aspetto progettuale ed ai requisiti del contraente, per poi approdare nel D.Lgs. n. 36/2023, che ne tratta in maniera più snella in sei articoli.

L'art. 203 prevede che l'affidamento dei servizi globali si realizza mediante la conclusione di contratti con i quali il **contraente generale**, dotato di specifica qualificazione oltre che dei requisiti generali, **si obbliga a proprio rischio a realizzare un determinato risultato amministrativo** mediante l'esecuzione delle prestazioni professionali convenute, **in cambio di un corrispettivo** commisurato all'obiettivo ed all'attività normalmente necessaria per conseguirlo.

In particolare il *general contractor*, ai sensi dell'art. 207, deve essere o una **società** avente per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale, o una **società cooperativa**, o un **consorzio di cooperative** di produzione e lavoro, o un **consorzio stabile**, in possesso della specifica qualificazione afferente ai requisiti professionali, patrimoniali e finanziari di cui all'emanando regolamento, cui supplisce, nelle more, un'apposita attestazione rilasciata dal Ministero delle Infrastrutture valida per tre anni.

L'affidamento al contraente generale avviene **tramite procedura di gara pubblica**, per un importo non inferiore ad €. 100.000.000 ed è deciso dall'amministrazione in base alla complessità ed alla eterogeneità delle prestazioni necessarie a perseguire un risultato ottimale sotto il duplice profilo della qualità e dell'efficacia.

Tra i principali obblighi del contraente, quello di **redigere il progetto**



**E**

di opere pubbli-  
cita ed è qualifica-  
a e tecnico-realiz-  
all'anticipazione  
zzazione dell'ope-  
, per la libertà di  
prevalente di ob-  
ne lega detta figu-  
el relativo rischio;  
enerale, di presta-  
iretta al finanzia-  
ziari occorrenti

per la quale una  
unitarie in tema  
D.Lgs. 20 agosto  
l Codice dei con-  
grosso modo tra-  
che inerenti all'a-  
si approdare nel  
i articoli.  
li si realizza me-  
generale, dotato  
si obbliga a pro-  
istrativo median-  
in cambio di un  
malmente neces-

deve essere o una  
erciale, o una so-  
zione e lavoro, o  
zione afferente ai  
emanando rego-  
one rilasciata dal

ite procedura di  
10.000 ed è deciso  
eterogeneità delle  
e sotto il duplice

ligere il progetto

**esecutivo in conformità a quello di fattibilità** redatto dall'amministrazione, compiendo le attività strumentali necessarie alla sua approvazione; di assicurare il prefinanziamento, totale o parziale dell'opera; e di comunicare all'ente le informazioni necessarie a prevenire i fenomeni di infiltrazione mafiosa.

Egli può eseguire le prestazioni cui è tenuto anche costituendo una **società di scopo** ex art. 194, ovvero prestando idonee **garanzie bancarie ed assicurative**, come per i contratti di partenariato sopra illustrati, che l'ente concedente garantisce nei limiti del proprio debito verso il contraente generale e nei modi stabiliti con decreto del Ministero dell'Economia di concerto con quello delle Infrastrutture.

Il **rischio** derivante dalle varianti del progetto richieste dall'aggiudicatore o causate da forza maggiore o da provvedimenti di autorità terze, è a carico dell'amministrazione; mentre quello derivante da omissioni, inesattezze o errori del progetto esecutivo è a carico del contraente generale.

Quanto ai **contenuti del bando di gara e del contratto**, tra i principali l'art. 204 ed il successivo art. 205 individuano:

1. il progetto di fattibilità tecnico-economica;
2. il numero minimo e massimo di concorrenti invitati, nel rispetto del principio dell'effettiva concorrenza;
3. i criteri di selezione degli operatori invitati, qualora il numero di offerte superino il massimo indicato;
4. i criteri di determinazione e di riduzione del corrispettivo;
5. i modi e tempi di pagamento dello stesso;
6. le risorse proprie del contraente generale necessarie all'inizio dell'esecuzione dell'opera;
7. le misure volte a prevenire le infiltrazioni mafiose;
8. la dimostrazione a carico dei partecipanti del possesso dei requisiti professionali e finanziari adeguati, oltre che la disponibilità finanziaria delle risorse.

Il **criterio di aggiudicazione** è quello dell'**offerta economicamente più vantaggiosa** stimata alla stregua del valore tecnico ed estetico delle varianti, dell'incremento di valore del pre-finanziamento proposto, rispetto a quello previsto dal bando e di ogni altro elemento idoneo al miglior perseguimento del risultato amministrativo dedotto nel contratto.

L'ente concedente nomina il Direttore dei lavori e verifica l'andamento dei lavori ed il risultato raggiunto prima della consegna dell'opera, potendo proporre le varianti necessarie al raggiungimento dell'obiettivo purché non alterino il progetto ed il risultato dedotto in gara (art. 204, comma 18).

Circa il **collaudo**, l'art. 206 rinvia alla disciplina già dettata per gli appalti di lavori, prevedendo però la possibilità che, per infrastrutture di particolare rilevanza o complessità, le commissioni di collaudo nominate dall'ente concedente si avvalgano, previa autorizzazione di quest'ultimo, dei servizi di supporto e di indagine di soggetti specializzati nel settore,

con oneri a carico dei fondi a disposizione dell'aggiudicatore per la loro realizzazione.

### PILLOLE DI GIURISPRUDENZA – SERVIZI GLOBALI

■ **Contraente generale – Azione di responsabilità nei suoi confronti – Criteri di riparto di giurisdizione tra Corte dei Conti e Giudice Ordinario** – Nel caso di azioni di responsabilità nei confronti di un contraente generale che ha eseguito ovvero sta eseguendo opere pubbliche, bisogna distinguere due distinte ipotesi: a) qualora si assuma che il danno derivi dalla violazione, da parte del contraente generale, del suo "dovere" (in senso lato) pubblicistico afferente all'attività e alle funzioni svolte come "agente dell'amministrazione pubblica", la cognizione dell'azione di responsabilità intentata dall'ente pubblico spetta alla giurisdizione della Corte dei conti, in ragione del temporaneo rapporto di servizio pubblico sorto per effetto dell'esercizio di quei poteri; b) nel caso in cui, invece, si assuma che il danno derivi dall'inadempimento delle obbligazioni poste a carico del contraente generale come "controparte contrattuale dell'amministrazione pubblica", così da squilibrare il sinallagma contrattuale (o, può qui aggiungersi, da un mero illecito extracontrattuale), la cognizione dell'azione di responsabilità o risarcitoria spetta alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria, in ragione del non venire in rilievo l'esercizio di poteri pubblicistici tale da far sorgere un temporaneo rapporto di servizio con l'ente pubblico (Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, ord. 10 gennaio 2019, n. 486).

In chiusura, l'art. 208, dedicato ai **servizi globali su beni immobili**, ne dispone la realizzazione mediante la conclusione di un contratto, col quale l'operatore economico si obbliga, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, a consentire all'ente concedente il miglior godimento dei beni e a perseguire un determinato risultato amministrativo indicato nel bando e nel contratto in cambio di un corrispettivo determinato in relazione al risultato ottenuto e all'attività normalmente necessaria per ottenerlo. Più snella la disciplina, limitandosi a prevedere che il bando di gara fissi i criteri di determinazione e riduzione del corrispettivo spettante al contraente; i modi e termini del relativo pagamento; i modi di attribuzione alle parti degli eventuali oneri sopravvenuti, incidenti sul corrispettivo e derivanti da disposizioni normative o provvedimenti di altre autorità; e che l'aggiudicazione avvenga col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tenendo conto di ogni elemento utile al miglior raggiungimento dello scopo, senza richiamare gli altri parametri fissati dall'art. 205. Si applicano però a tale fattispecie, le previsioni dell'art. 204 in merito alla costituzione della società di scopo o alla prestazione di idonee garanzie bancarie ed assicurative; oltre che in ordine alla nomina del Direttore dei lavori, del collaudatore e delle proposte di variante di cui all'art. 204, comma 18.

## 5. Domande & Risposte

FOCUS	DOMANDA	RISPOSTA
<b>Partenariato (par. 1)</b>	<i>Quali sono le caratteristiche del partenariato?</i>	Quattro sono i tratti distintivi del partenariato: 1) il rapporto contrattuale di lungo periodo tra l'ente concedente ed il privato per raggiungere un risultato di interesse pubblico; 2) la copertura dei fabbisogni finanziari necessari è assicurata in misura significativa da risorse reperite dal privato; 3) al privato spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica compete definire gli obiettivi e verificarne l'attuazione; 4) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al privato
<b>Project financing (par. 3)</b>	<i>Nella finanza di progetto il promotore è sempre aggiudicatario</i>	Non necessariamente, perché la gara potrebbe essere aggiudicata ad altro, migliore offerente. In tal caso, tuttavia, il promotore può esercitare il diritto di prelazione entro 15 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione e divenire aggiudicatario se si impegna ad adempiere alle obbligazioni alle medesime condizioni offerte dal vincitore
<b>Project financing (par. 3)</b>	<i>L'ente concedente ha un termine per valutare la proposta del promotore?</i>	Si. Il D.Lgs. n. 36/2023, all'art. 193 prevede che l'ente valuti la proposta entro 90 giorni.

icatore per la loro

.I

**ti – Criteri di riparto**  
 li azioni di responsa-  
 sta eseguendo ope-  
 assuma che il danno  
 vere” (in senso lato)  
 dell'amministrazione  
 ente pubblico spetta  
 porto di servizio pub-  
 nvece, si assuma che  
 del contraente gene-  
 così da squilibrare il  
 extracontrattuale), la  
 sdizione dell'autorità  
 li poteri pubblicistici  
 blico (Corte di Cassa-

**beni immobili**, ne  
 ontratto, col quale  
 i mezzi necessari e  
 cedente il miglior  
 tato amministrati-  
 rispettivo determi-  
 namente necessaria  
 edere che il bando  
 corrispettivo spet-  
 ento; i modi di at-  
 incidenti sul corri-  
 vedimenti di altre  
 offerta economica-  
 to utile al miglior  
 i parametri fissati  
 ioni dell'art. 204 in  
 stazione di idonee  
 nomina del Diret-  
 iante di cui all'art.