

Capitolo 15

Il partenariato pubblico-privato

1. Disposizioni generali

Il partenariato pubblico-privato (di seguito PPP) rappresenta una particolare **forma di collaborazione tra operatore economico e pubblica amministrazione per la realizzazione e gestione di infrastrutture e/o l'erogazione di servizi**. La codificazione del concetto in tali termini è avvenuta per la prima volta nel "Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni", presentato il 30 aprile 2004 [COM (2004), 327 definitivo]. Lo stesso documento indica gli elementi che caratterizzano normalmente le operazioni di PPP: a) la durata relativamente lunga della collaborazione tra il partner pubblico ed il partner privato; b) la modalità di finanziamento del progetto, garantito dal settore privato, seppure spesso quote di finanziamento pubblico si aggiungono ai finanziamenti privati. c) la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico.

Tradizionalmente i modelli di PPP vengono ricondotti a due diverse forme: il **partenariato cd. contrattuale** in cui la collaborazione tra settore pubblico e settore privato si fonda su legami esclusivamente convenzionali e **partenariato cd. istituzionale**, che implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno ad un'entità distinta (classici esempi di PPP contrattuale sono la concessione, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, mentre le società miste sono considerate un tipico esempio di PPP istituzionale).

L'attenzione sempre maggiore dimostrata in questi ultimi anni verso l'istituto trova la sua principale ragione d'essere nella scarsa disponibilità finanziaria pubblica da investire nella realizzazione delle infrastrutture e nell'attitudine di tali operazioni di intercettare risorse finanziarie dal settore privato in sostituzione o integrazione delle risorse pubbliche, permettendo, così, alle pubbliche amministrazioni di sostenere spese di investimento senza ricorrere all'indebitamento.

Ulteriori vantaggi dell'istituto vengono ricondotti, sul piano tecnico, alla più elevata qualità della progettazione e nel miglioramento della qualità ed efficienza complessiva dell'infrastruttura realizzata, dovuti alla maggiore capacità manageriale generalmente riconosciuta al settore privato rispetto a quello pubblico.

Non sono tuttavia da sottovalutare gli aspetti problematici legati all'utilizzo del partenariato, riconducibili principalmente, alla difficoltà delle procedure di identificazione

finanziaria
(presa).
rende, con
lativo n. 50

II, Sezione
appalti dei

zione delle
to riguarda
contraente.
li articoli è

che essa è
endano far
olo 168) o
a specifica

e di corretta ripartizione dei rischi tra i partner e nella scarsa capacità tecnica delle PA di operare i controlli sull'attuazione dei progetti, difficoltà che conducono molto spesso le amministrazioni a rinunciare al modello partenariale e a rimandare l'affidamento del servizio o la realizzazione dell'opera in attesa di avere sufficienti risorse in bilancio, o a ridimensionare il progetto per realizzarlo per un importo ridotto.

Il libro IV (articoli da 174 a 208) contiene la disciplina del PPP e delle concessioni. Come evidenzia la relazione illustrativa, all'interno del nuovo codice si è operata un'inversione sistematica per cui le disposizioni generali in materia di partenariato pubblico-privato precedono la disciplina delle figure contrattuali tipiche quali la concessione (parte II- Libro IV), la locazione finanziaria (parte III), il contratto di disponibilità (parte IV), mentre gli articoli 179, 180, 181 e 182 del dlgs. 50/2016 sono stati soppressi e sostituiti integralmente dagli artt. 174 e 175, che costituiscono la parte I del Libro IV – "Disposizioni Generali".

Lo schema è il seguente:

Parte I – Disposizioni generali, dedicata alla disciplina generale dell'operazione economica partenariato pubblico-privato;

Parte II – Dei contratti di concessione, dedicata ai contratti di concessione, disciplinati come specifica tipologia di partenariato pubblico-privato, suddivisa a sua volta in:

Titolo I – L'ambito di applicazione, i principi generali e definizioni

Titolo II – L'aggiudicazione delle concessioni: principi generali e garanzie procedurali;

Titolo III – L'esecuzione delle concessioni, titolo nel quale è stata introdotta la disciplina del subappalto, della modifica di contratti durante il periodo di efficacia, della risoluzione e del recesso, del subentro e della revisione del contratto di concessione;

Titolo IV – La finanza di progetto, titolo dedicato alla complessiva disciplina di tale istituto, ivi comprese le disposizioni sulla società di scopo e sulle obbligazioni delle società di scopo;

Parte III – Della locazione finanziaria;

Parte IV – Del contratto di disponibilità;

Parte V – Altre disposizioni in materia di partenariato pubblico-privato, contenente la previsione relativa alla facoltà, in materia di partenariato pubblico-privato, anche al di fuori della finanza di progetto, di costituire una società di scopo, relativa alla possibilità degli investitori istituzionali di 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, di soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti, di subappaltare, anche interamente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione ad imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando. La Parte V contiene altresì la disciplina del privilegio sui crediti e delle ulteriori garanzie, dei contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica, del partenariato sociale e della cessione di immobili in cambio di opere;

Parte VI – Dei servizi globali, comprendente le disposizioni sull'affidamento di tali servizi, sul contraente generale, sulle procedure di aggiudicazione del contraente generale, sui controlli in merito all'esecuzione e al collaudo, sul sistema di qualificazione del contraente generale e sui servizi globali su beni immobili.

Il nuovo Codice definisce il rapporto (di genere a specie) tra il PPP le concessioni e tutte le altre tipologie contrattuali, ma sono stati meglio precisati i rapporti tra concessione e

fin
del
'inte
Vier
più
appl
addi
È sta
parte
infat
cont
Più r
del r
debb
come
- tra
rap
- la c
mis
ope
- alla
pub
- il ri
allo
Tale
nella
L'art.
aggiu
defini
dell'al
sogge
è com
L'art.
precis
compr
- le fig
- non
priva
merit
Per la
- alle
l'affi
- ai suc
durat
calco

finanza di progetto: a differenza di quanto si evince dalla struttura dell'impianto codicistico del 2016, la finanza di progetto non rappresenta un tipo contrattuale a sé ma un capitolo 'interno' alla disciplina della concessione.

Viene anzitutto introdotta **la nozione generale di PPP** quale operazione economica e non più "contratto"; detta modifica, non solo rilevante sul piano terminologico ma anche applicativo, è funzionale a rendere più agevole il ricorso alle forme di partenariato, senza addvenire necessariamente alla stipula di un contratto rigidamente definito nei contenuti. 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 forgiare anche schemi negoziali diversi da quelli nominati, purché aderenti, nei contenuti, alla regolazione pubblicistica contenuta nel libro IV.

Più nel dettaglio, il partenariato pubblico privato (PPP) è definito dall'art. 174 dello schema del nuovo Codice appalti, il cui comma 1, mette in evidenza le 4 caratteristiche che debbono sussistere congiuntamente affinché un'operazione economica possa qualificarsi come partenariato pubblico privato:

- tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati viene instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico;
- 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;
- 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;
- il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi viene allocato in capo al soggetto privato.

Tale definizione sostituisce la definizione di PPP che nel Codice previgente, è contenuta nella lett. cee) dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. 18/04/2016, n. 50.

L'art. 174, comma 2, stabilisce che per ente concedente si intendono le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori di cui all'art. 1 della Direttiva 2014/23/UE. Una definizione di "ente concedente" è prevista anche dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 1 dell'allegato I.1 allo schema, secondo la quale per ente concedente si intende 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.

L'art. 174, comma 3, del Codice individua la **figura del PPP di tipo contrattuale**, precisando (in modo simile all'art. 180, comma 8, del d.lgs. 50/2016) che la stessa 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.

Per la disciplina del PPP contrattuale, il comma rinvia:

- alle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II, per quanto riguarda l'affidamento e l'esecuzione dei contratti;
- ai successivi artt. 177, 178 e 179, per 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.

Il **comma 4** introduce la definizione di **PPP di tipo istituzionale**, precisando che tale tipologia di PPP:

- si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica;
- è disciplinata dal d.lgs. 19/08/2016, n. 175 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) e dalle altre norme speciali di settore.

Il **comma 5** dispone che i contratti di PPP possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'art. 63 dello schema. La relazione illustrativa motiva tale condizione alla luce della complessità dell'istituto giuridico, che richiede competenze specifiche per essere realizzato e gestito.

Il legislatore è poi intervenuto sugli strumenti di programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio, prevedendo l'adozione di un programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato.

Il ricorso al partenariato pubblico-privato deve essere preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità che confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di PPP nell'arco dell'intera durata del rapporto con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente e considera la capacità del progetto di generare soluzioni innovative. Per svolgere la detta valutazione, nei casi di progetti di interesse statale o finanziati 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 pari o superiore a 250 milioni di euro, devono richiedere un parere preventivo, per la valutazione preliminare di cui al comma 2, al CIPESS che si esprime entro quarantacinque giorni sentito il Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Per i progetti della medesima tipologia, il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo pari o superiore a 50 milioni di euro e inferiore a 250 milioni di euro, gli enti concedenti interessati richiedono un parere preventivo, non vincolante, ai fini della valutazione preliminare di cui al comma 2, al DIPE della Presidenza del Consiglio dei ministri, da emettersi di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato. Tale 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 e deve essere emesso, per evitare un allungamento dei tempi del procedimento, entro quarantacinque giorni, decorsi i quali - salvo sospensione per integrazione documentale ex articolo 2, comma 7, della legge n. 241 del 1990 - si applica l'articolo 16, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

Dal punto di vista dei soggetti coinvolti alla realizzazione delle operazioni di PPP, si segnalano due importanti novità: in primo luogo, il nuovo Codice **distingue gli enti concedenti qualificati a stipulare contratti di PPP su tre distinte fasce di importo** e, in secondo luogo, viene introdotta la figura del **Responsabile Unico del progetto di partenariato**, nominato dall'ente concedente una volta sentito l'operatore economico, funzionale a garantire un controllo specifico quali-quantitativo su ogni fase di esecuzione del contratto di partenariato pubblico-privato.

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**, dove,

come si v
il promot
riconosci
economist
che gli op
possano s
costituire
investitori
finanza di
operatori
qualora gl
economico
capacità d
contratto c

2. I cont

Il nuovo C
riferimento
dal succes
inclusi - e
alle dispos
PPP vale a
venga com
sono quelle
in misura t
coinvolto i
avendo la c
tale da ripa
necessario
il privato
Amministr
(ospedali, c
Il principal
al partner p
in «condizi
o dei costi s
La parte de
alle fluttua
concessiona
Ai fini della
attuale netto
Proprio sul
il nuovo C

come si vedrà meglio in seguito, è previsto che l'ente concedente disponga nel bando che il promotore possa esercitare il diritto di prelazione o, in alternativa, che allo stesso venga riconosciuto un punteggio premiale (c.d. sistema alla cilena, così come suggerito dagli economisti) e nella **Parte V**, all'**art. 198**, dove, come si vedrà meglio in seguito, è previsto che gli operatori professionali aggiudicatari di contratti di partenariato pubblico-privato possano 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 e che gli investitori istituzionali di cui all'art. 193, comma 1, quarto periodo, 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.

2. I contratti di concessione

Il nuovo Codice chiarisce il **perimetro applicativo** della Parte IV, in particolare, con riferimento ai servizi economici di interesse generale (SIEG) – che (salvo i settori esclusi dal successivo art. 181, in quanto estranei alla concorrenza e al mercato) sono da ritenere inclusi - e con riferimento alle c.d. opere fredde, le quali sono senza dubbio assoggettate alle disposizioni della parte IV. Conseguentemente, la ripartizione dei rischi propria del PPP vale anche in presenza di una infrastruttura incapace di produrre reddito, purché le venga comunque trasferito il c.d. "rischio di disponibilità". Si rammenta che le **opere calde** sono quelle dotate di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e di remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco della vita della concessione. Le **opere tiepide** sono quelle che, pur avendo la capacità di generare reddito, non producono, tuttavia, ricavi di utenza in misura tale da ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo così necessario un contributo pubblico. Le **opere c.d. "fredde"** sono, infine, quelle per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla Pubblica Amministrazione e trae la propria numerazione da pagamenti effettuati dalla stessa (ospedali, carceri, scuole et similia).

Il principale elemento definitorio del rischio operativo è l'effettività della sua allocazione al partner privato. Il concessionario, in particolare, assume il rischio solo nel caso in cui, in «condizioni operative normali», non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.

La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

Ai fini della valutazione del rischio operativo, deve essere preso in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario.

Proprio sul versante del rischio e dell'equilibrio economico-finanziario nelle concessioni, il nuovo Codice non detta alcun limite quantitativo al valore monetario che l'ente

aggiudicatore può trasferire all'operatore privato; al contrario il d.lgs. 50/2016 poneva un 'tetto' rilevante ai fini della stessa configurazione del PPP per cui l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire un prezzo il cui valore – sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione – non poteva essere superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo.

Affinché tale condizione si realizzi, è necessario che al privato venga trasferito il c.d. "rischio di disponibilità": l'esborso effettuato dall'amministrazione deve essere subordinato all'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del privato concessionario, il che richiede una costante ed efficace attività di controllo da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice non soltanto sulla corretta attuazione del contratto e sulla gestione del servizio.

Per questo motivo, il Codice precisa che, nelle operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta, il contratto prevede che il **corrispettivo** venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, nonché un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo dovuto all'operatore economico nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, di ridotta o mancata prestazione dei servizi, oppure in caso di mancato raggiungimento dei livelli qualitativi e quantitativi della prestazione assunta dal concessionario. Le variazioni del corrispettivo devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme dell'investimento, dei costi e dei ricavi.

Va pure sottolineato che, anche nella concessione di servizi 'trilaterale', non è richiesto che gli utenti beneficiari del servizio siano anche quelli che ne sopportano i relativi costi, potendosi avere anche ipotesi in cui il costo del servizio è remunerato dalla pubblica amministrazione.

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.

Poiché la distinzione tra appalto e concessione di servizi è stata spiegata in relazione all'assetto negoziale di ripartizione dei rischi, il Codice 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

noi
fini
car.
L'a
con
ultr
cui
effe
inve
spe
qua
amb
È in
ai pr
1, p
appl
La r
qual
dispo
sente
parti
vigo
forni
- di
spe
- e cl
- e c
dell
La c
conce
Viene
dimer
ogget
invest
Le m
dalla c
Il legi
modif
Quan
penale
dell'in
vigent
impute
conces
Quant
garante

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.

L'art. 178 stabilisce che la durata delle concessioni è limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non supera il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale.

È innovativa la disciplina degli affidamenti dei concessionari (art. 186) che viene adeguata ai principi stabiliti nella sentenza n. 218/2021 della Corte costituzionale. L'art. 186, comma 1, precisa che agli appalti affidati dai concessionari che sono stazioni appaltanti si applicano le norme del Codice in materia di appalti.

La relazione illustrativa sottolinea che trattasi di una disposizione inserita "per evitare qualunque equivoco, come già previsto all'art. 164, comma 4, del vecchio codice". Le disposizioni recate dai commi 2-5 sostituiscono quelle, dichiarate illegittime con la sentenza n. 218/2021 della Corte costituzionale, recate dall'art. 177 del vecchio Codice. In particolare, è previsto l'obbligo, per i titolari di concessioni in essere alla data di entrata in vigore del codice, di affidare una quota tra il 50% e il 60% dei contratti di lavori, servizi e forniture. L'obbligo in questione riguarda le concessioni in essere:

- di lavori e di servizi pubblici, ad esclusione di quelli disciplinati dal Libro III (settori speciali);
- e che sono di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea;
- e che non sono affidate conformemente al diritto dell'UE vigente al momento dell'affidamento o della proroga.

La quota da esternalizzare è stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario.

Viene altresì disposto che l'ente concedente tiene conto di una serie di parametri: dimensioni economiche e caratteri dell'impresa; epoca di assegnazione, durata residua e oggetto della concessione stessa; valore economico della concessione ed entità degli investimenti effettuati.

Le modalità di calcolo della quota in questione sono definite dall'ANAC entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del codice.

Il legislatore è poi intervenuto sulle condizioni relative alla **risoluzione, al recesso e alla modifica dei contratti di concessione**.

Quanto al primo aspetto, il nuovo Codice introduce l'obbligo di inserire una clausola penale di predeterminazione del danno all'interno del contratto e i criteri per il calcolo dell'indennizzo ed un termine di 120 giorni (e non di 90 come previsto dal Codice pre vigente) entro cui gli enti finanziatori, nel caso di risoluzione del rapporto per cause imputabili al concessionario, possono indicare un operatore economico che subentri nella concessione.

Quanto al secondo, l'ente concedente può recedere per motivi di pubblico interesse garantendo un indennizzo a favore del concessionario non più "pari al 10% del valore delle

opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico-finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione" ma "compreso tra il minimo del 2% ed il massimo del 5% degli utili previsti dal Piano economico-finanziario, in base ad una valutazione che tenga conto delle circostanze, della tipologia di investimenti programmati e delle esigenze di protezione dei crediti dei soggetti finanziatori".

Infine, quanto alla possibilità di modificare il contratto durante il periodo di efficacia senza indire una nuova procedura di gara, il nuovo codice prevede che questa è possibile, a prescindere dal suo valore monetario, se è stata prevista nei documenti di gara iniziali in clausole di revisione dei prezzi.

In coerenza con le finalità della "twin transition" -transizione digitale ed ecologica- il nuovo Codice introduce l'obbligo, per l'ente concedente, di ricorrere alla digitalizzazione della procedura di aggiudicazione secondo le disposizioni del Libro II parte II e di considerare, tra i criteri di originariamente previsti, quelli ambientali, sociali e relativi all'innovazione.

3. Finanza di progetto

La relazione illustrativa dello schema di codice elaborata dal Consiglio di Stato pone in evidenza che l'istituto della **finanza di progetto** è stato significativamente semplificato, in quanto: i) sono stati eliminati tutti i riferimenti alla nautica di diporto; ii) è stata eliminata la finanza di progetto ad iniziativa pubblica perché ritenuta una duplicazione della concessione; iii) nella finanza di progetto ad iniziativa privata non è più previsto che gli operatori economici presentino proposte già presenti nel programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di PPP.

Al fine di incentivare la partecipazione degli investitori istituzionali, il nuovo codice introduce la facoltà per questi di **subappaltare** 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 presentare l'offerta.

Inoltre, allo scopo di rendere il PPP uno strumento di effettiva collaborazione tra il soggetto pubblico e il privato, le richieste dell'ente concedente al promotore possono eventualmente essere rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dallo stesso promotore, il quale, se così stabilito in sede di programmazione, può beneficiare di un punteggio premiale (in alternativa al diritto di prelazione).

La disciplina dell'iter procedurale contenuta all'articolo 193 risulta snellita in maniera significativa rispetto alle previsioni del d.lgs. 50/2016. Nel contempo, gli elementi essenziali di tale disciplina rimangono sostanzialmente inalterati. La procedura prende avvio con la proposta che viene presentata dall'operatore privato e che ha ad oggetto la realizzazione in regime di concessione di lavori o dello svolgimento di servizi. La proposta deve contenere, quali elementi essenziali, un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione e un piano economico - finanziario asseverato, nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

La proposta è soggetta alla valutazione dell'ente (potenzialmente) concedente che si deve esprimere tempestivamente (oggi è previsto un termine perentorio di tre mesi). In sede di

valutazione l'ente concedente può richiedere al proponente di apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per l'approvazione. Il proponente può apportare le modifiche ovvero proporre soluzioni alternative, ma se non vengono soddisfatte le richieste dell'ente la proposta si intende respinta.

Una volta approvato il progetto di fattibilità, lo stesso viene posto a base di gara, che viene aggiudicata utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Alla gara possono partecipare gli operatori in possesso dei requisiti richiesti dal bando – che sono quelli previsti per i concessionari – che devono essere posseduti anche dal promotore. A quest'ultimo è attribuito il diritto di prelazione, che opera secondo il medesimo meccanismo ad oggi vigente: a valle dell'individuazione dell'aggiudicatario, il promotore può esercitare il diritto di prelazione alle medesime condizioni contenute nell'offerta dell'aggiudicatario, e in caso di esercizio deve corrispondere all'aggiudicatario l'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la presentazione dell'offerta, nei limiti del 2,5 per cento del valore dell'investimento.

Al contrario, in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione è l'aggiudicatario che deve corrispondere al promotore le spese da quest'ultimo sostenute per la presentazione della proposta quali risultanti dal piano economico finanziario e comunque sempre nel limite del 2,5 per cento del valore dell'investimento.

Sotto questo profilo vi è una novità significativa rispetto alla disciplina del vecchio Codice che prevedeva che chi intende presentare le proposte e assumere la qualifica di promotore deve già possedere i requisiti richiesti per i concessionari. Questa previsione non si ritrova nell'articolo 193 del nuovo Codice. Si deve quindi ritenere che **non vi siano requisiti specifici che devono essere posseduti ai fini della presentazione della proposta**, fermo restando che per la partecipazione alla successiva gara per l'affidamento della concessione – o, più propriamente, ai fini dell'affidamento della concessione in virtù dell'esercizio del diritto di prelazione – il soggetto promotore dovrà associarsi o consorzarsi con altri operatori in possesso dei requisiti richiesti dal bando.

Tali requisiti non potranno che essere quelli previsti per l'affidamento della concessione, come tali individuati all'Allegato II.12 del nuovo Codice, all'articolo 33. Si tratta dei requisiti già attualmente previsti, e cioè fatturato, capitale sociale, servizi affini – nelle misure rapportate all'entità dell'investimento – cui si aggiungono i requisiti necessari per gli esecutori dei lavori qualora il concessionario intenda provvedervi direttamente con la propria organizzazione di impresa.

L'articolo 194 del nuovo codice riproduce sostanzialmente le disposizioni in tema di società di progetto denominata società di scopo. Tuttavia la costituzione di tale società appare obbligatoria, a differenza della disciplina previgente. Rimangono invece invariate le altre disposizioni in tema di capitale sociale minimo da indicare nel bando, di indicazione in sede di offerta delle quote di partecipazione di ciascun componente il raggruppamento concessionario (nel caso sia tale), di possibilità di affidamento diretto dei lavori e servizi ai soci, di subentro automatico della società nella concessione e di limiti relativamente alla circolazione delle partecipazioni azionarie.

4. Il *leasing*

L'articolo 194 disciplina il contratto di *leasing*. Tale contratto persegue lo scopo di reperire il finanziamento non solo per la realizzazione (c.d. *leasing in costruendo*) ma anche per l'acquisizione ovvero il completamento di opere già esistenti che assumono la qualificazione di opere pubbliche o di pubblica utilità. Il contratto in esame ha infatti la sua ragione economico-sociale nell'obiettivo di realizzare lavori pubblici avvalendosi della possibile sinergia tra un soggetto costruttore e un soggetto finanziatore.

Ai fini dell'applicazione delle norme sul partenariato pubblico-privato, il contratto di *leasing* deve prevedere il trasferimento del rischio, così come disciplinato dal precedente articolo 177. E' confermata l'attuale previsione secondo cui per l'aggiudicazione del contratto di locazione finanziaria deve essere posto a base di gara almeno un progetto di fattibilità, con la precisazione che lo stesso deve comprendere anche il piano finanziario.

Per agevolare e incentivare il contratto di locazione finanziaria, è stata inserita una più precisa formulazione della disciplina delle sostituzioni per inadempimento o apertura della liquidazione giudiziale, stabilendo che il dissenso dell'ente concedente può essere motivato solo con riferimento alla non idoneità o mancanza di qualificazione del soggetto indicato in sostituzione, e quindi solo per ragioni obiettive, concretamente verificabili.

Il contratto deve prevedere l'esercizio della facoltà di riscatto anticipato. In tal modo, risultano meglio garantiti gli interessi pubblici connessi al contratto di locazione finanziaria.

Si segnala, infine, che è stata soppressa la previsione vigente secondo cui l'offerente può essere anche un contraente generale, poiché tale figura è stata completamente rivista mediante l'elaborazione di una disciplina sui servizi globali.

Si evidenzia altresì che non è stata riprodotta la disposizione, attualmente contenuta nell'art. 187, comma 2, del Codice secondo cui "il bando, ferme le altre indicazioni previste dal presente codice, determina i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico-finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa".

Trova infatti applicazione la disposizione generale contenuta nell'art. 174, comma 3, dello schema, secondo cui "l'affidamento e l'esecuzione dei contratti di partenariato pubblico-privato sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II".

5. Il contratto di disponibilità

In base alla definizione contenuta all'art. 2 lettera i) dell'allegato I.1, il contratto di disponibilità è "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".

L'art. 197 delinea nella norma i tratti essenziali, e cogenti, del contratto, demandando per il resto, alla autonomia delle parti, anche con l'ausilio di bandi-tipo e di contratti-tipo redatti da Anac, al fine di garantire un maggior grado di omogeneità e "qualità", per il tramite della codificazione di modelli di "best practices" nella predisposizione dei bandi e dei contratti.

In particolare, nella norma è disciplinato: il corrispettivo e la allocazione dei rischi, con ampi rinvii alla autonomia contrattuale.

6. I servizi globali

I "Servizi globali" sono **contratti a prestazione complessa** in cui far rientrare ogni forma di cooperazione tra pubblico e privato non tipizzata dal Codice.

Tuttavia, come evidenziato dalla Relazione illustrativa del Consiglio di Stato, i Servizi Globali non sono propriamente riconducibili al PPP ma, distinguendosi comunque dall'appalto, si è ritenuto comunque di inserirli nel Libro IV. Difatti, se si pensa al contraente generale -figura fatta confluire all'interno dei Servizi Globali- e lo si confronta con il concessionario di opere pubbliche, le differenze non sono affatto trascurabili; basti pensare che il contraente generale è escluso dalla gestione dell'opera realizzata e non è gravato dal rischio operativo.

Si fa altresì notare che nell'allegato I.1 (art. 3, comma 1, lettera aa) è fornita la definizione di servizi globali, intesi come "il complesso delle prestazioni eterogenee, necessarie per il compimento, la gestione, la manutenzione, il finanziamento di un'opera o di un servizio, e funzionali al miglior perseguimento del risultato amministrativo, anche in termini di efficienza e qualità, di cui è garante l'operatore economico".

L'articolo 203 disciplina l'affidamento di servizi globali. Il comma 1 dispone che l'affidamento di servizi globali si realizza mediante la conclusione di contratti, anche diversi da quelli disciplinati dalle disposizioni della presente Parte, con cui l'operatore economico è tenuto a perseguire un risultato amministrativo mediante le prestazioni professionali e specialistiche dedotte in obbligazione in cambio di un corrispettivo determinato in relazione al risultato ottenuto e alla attività normalmente necessaria per ottenerlo. Il comma 2 individua i requisiti dell'operatore economico affidatario dei servizi globali. Tale comma dispone infatti che i contratti di affidamento di servizi globali possono essere sottoscritti solo da un operatore economico in possesso:

- della specifica qualificazione prevista (dall'art. 207) per il contraente generale;
- nonché dei requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento.

In base al comma 3, il contenuto dei contratti di affidamento dei servizi globali è determinato dalle parti nei limiti imposti dalle disposizioni della presente Parte, tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo redatti dall'ANAC.

L'art. 204 reca un'articolata disciplina dell'affidamento di servizi globali al **contraente generale**.

Nel dettaglio, si prevede che l'affidamento dei servizi globali al contraente generale si realizza mediante la conclusione di un contratto che:

- obbliga l'operatore economico a compiere un'opera e a perseguire un determinato risultato amministrativo indicato nel bando e nel contratto, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio;

- obbliga, in cambio, l'amministrazione a pagare un corrispettivo determinato in base al risultato ottenuto e alle prestazioni rese.

Inoltre che l'affidamento al contraente generale è deciso dall'ente concedente:

- tenendo conto della complessità e della eterogeneità delle prestazioni richieste e della esigenza di perseguire un risultato amministrativo di elevata qualità ed efficacia;
- e sempre che l'importo dell'affidamento non sia inferiore a 100 milioni di euro.

Quanto alla procedura di aggiudicazione del contratto e alle modalità di partecipazione dei concorrenti vengono sostanzialmente riprodotte le disposizioni degli artt. 195 e 198 del codice previgente.

Infine, il nuovo Codice disciplina (art. 208) la figura negoziale del cd. "global service", delineata nella prassi nella (prescrizione UNI 10685/1998), con rinvio anche a talune delle disposizioni disciplinanti il "contraente generale".

Come evidenziato nella relazione illustrativa, la specifica figura negoziale si caratterizza:

- per la natura della *res* su cui insistono le prestazioni complesse ed eterogenee dell'operatore economico, trattandosi di *beni immobili*;
- per la natura *omnicomprensiva* dei servizi prestati dall'operatore, volti a garantire la perfetta funzionalità ed il retto e duraturo godimento del bene immobile, con un servizio cd. "chiavi in mano".

Si richiede all'operatore economico affidatario dei servizi globali un *quid pluris* in termini di competenze professionali e capacità patrimoniali e finanziari: la legittimazione soggettiva, *a latere* privatistico, alla stipulazione del contratto è già tratteggiata, in linea generale per tutti i negozi aventi ad oggetto i servizi globali all'art. 203, comma 2.