



.....OMISSIS.....

## Oggetto

.....OMISSIS..... – art. 174 d.lgs. 36/2023 - partenariato pubblico-privato – richiesta di parere.

UPREC-CONS-128 -2024-FC

### **FUNZ CONS 49/2024**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 31 luglio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 90753, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9 ottobre 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269/2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con la nota sopra indicata, l'istante (.....OMISSIS.....) comunica di voler partecipare ad un bando di gara indetto ai sensi dell'art. 193 d.lgs. 36/2023, avente ad oggetto la riqualificazione e la valorizzazione economica di una ex caserma di proprietà demaniale, nella forma del partenariato pubblico privato (PPP). A tal fine, la Fondazione avrebbe costituito un RTI con la .....OMISSIS..... e con .....OMISSIS....., con un capitale iniziale di 10 milioni di euro, nella misura del 50% da parte della Fondazione istante e il restante 50% rispettivamente 25% della .....OMISSIS..... e 25% .....OMISSIS..... Nel caso di assegnazione del progetto, il RTI provvederebbe alla costituzione di una società di scopo (SPV). Gli operatori in RTI avrebbero inoltre ripartito i compiti per la realizzazione del medesimo progetto, provvedendo ad assegnare alla Fondazione richiedente la ricerca di linee di finanziamento nell'ambito del sistema bancario o di altri soggetti finanziatori e remunerati a tassi di mercato, agli altri partecipanti al raggruppamento, la parte scientifica direttamente o per il tramite di soggetti terzi e lo svolgimento di servizi all'interno del complesso (compito che richiederà un impiego di mezzi e know-how il cui valore economico seppure non immediatamente quantificabile è di indubbia consistenza).

La richiedente sottolinea al riguardo che il .....OMISSIS..... avrebbe richiesto assicurazione (tra l'altro) sul fatto che il progetto, considerato nella sua evoluzione prevista in termini economico finanziari, non determini, in base agli accordi contrattuali, un ricorso alle risorse del Fondo biomedico come finanziatore in ultima istanza, con uno squilibrio a carico delle risorse pubbliche non coerente con l'istituto del PPP.

Per quanto sopra, la Fondazione (la cui natura giuridica è privata, seppure posta sotto la vigilanza di un'amministrazione pubblica e i cui fondi sono di provenienza pubblica) ritenendo

consentita, in via generale, sia la sua partecipazione ad un RTI con soggetti privati in misura non necessariamente equivalente, sia apportare al progetto di cui al PPP un contributo per la copertura dei bisogni finanziari pari o maggiore rispetto agli altri partner privati, nel rispetto comunque delle disposizioni contenute del Codice, ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 174 del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui stabilisce, per il ricorso a strumenti di PPP, che «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» (comma 1, lett b). Si chiede quindi di chiarire il concetto di "misura significativa" delle risorse da reperire da parte privata, previsto dalla norma, in ragione del fatto che la richiedente è una Fondazione di diritto privato che gestisce fondi pubblici del .....OMISSIS....., nei termini sopra indicati.

Al fine di fornire riscontro sul quesito posto, sembra opportuno, in primo luogo, esprimere avviso in ordine alla possibilità per il soggetto istante di partecipare a gare pubbliche.

Invero, tale possibilità sembra confermata dall'art. 65, comma 1, del d.lgs. 36/2023 ai sensi del quale «*Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 1, lettera l), dell'allegato I.1, nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi*». A sua volta, l'articolo 1, lett. l), dell'Allegato I.1., cui rinvia la norma, definisce l'"operatore economico" come «*qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica*». Dunque il Codice, nell'enucleare i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, non fa riferimento alla forma, della natura e alle modalità di costituzione degli stessi.

Tali disposizioni, infatti, in continuità con il previgente d.lgs. 50/2016 (art. 3, comma 1, lett. pp) e art. 45, comma 1) recepiscono la nozione di "operatore economico" contenuta nella direttiva 24/2014/UE che, al considerando 14, evidenzia che «la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza». All'art. 19, comma 1, stabilisce inoltre che «Gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche».

Conformemente alle norme richiamate, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha delineato un'ampia nozione di "operatore economico" idonea a ricomprendere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato «a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare», precisando che qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato «la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare» (considerando 14 della direttiva n. 2014/24/UE), esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione delle stesse prestazioni, e

ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica, quale quella di ente senza scopo di lucro (Corte di Giustizia U.E., sezione X, 11 giugno 2020, nella causa C-219/19, con riguardo al diritto di una fondazione di diritto privato, costituita ai sensi dell'art. 14 del Codice civile, di partecipare alle gare per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria). A tale indirizzo si è conformato il giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. V, n. 2734/2023, Cons. Stato, sez. V, n. 1515/2021; Cons. Stato, sez. VI, n. 3897/2009).

Per quanto sopra, deve ritenersi consentita in via generale, per le fondazioni, la partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, qualora tale partecipazione sia funzionale ai loro scopi e trovi quindi riscontro nella disciplina statutaria delle stesse, le quali, inoltre, dovranno essere in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara, sia con riguardo a quelli di ordine generale e sia con riguardo a quelli di ordine speciale come indicati dal d.lgs. 36/2023, in relazione alle prestazioni di forniture, servizi e lavori, oggetto di affidamento.

Tra tali procedure di affidamento, possono annoverarsi anche quelle volte alla conclusione di un contratto di partenariato pubblico-privato, secondo le disposizioni degli articoli 174 e seguenti del Codice e nel rispetto delle condizioni ivi previste.

A tal riguardo, al fine di fornire un indirizzo sul quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità, sembra utile osservare che il «Partenariato Pubblico-Privato viene definito dal Libro verde del 2004 quale forma di cooperazione tra la Pubblica Amministrazione e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio, i cui caratteri indispensabili sono: a) una collaborazione di lunga durata tra potere pubblico e soggetto privato; b) il finanziamento del progetto garantito in tutto o in parte dal settore privato; c) la partecipazione strategica dell'Operatore privato a tutte le fasi del progetto, dove l'Amministrazione si occupa innanzitutto di definire gli obiettivi da raggiungere al fine di soddisfare l'interesse pubblico sottostante; d) un'effettiva distribuzione dei rischi tra Pubblica Amministrazione e comparto privato, da effettuarsi caso per caso» (in tal senso relazione illustrativa "*Contratto tipo di rendimento energetico o di prestazione energetica (Energy Performance Contract) per gli edifici pubblici*" approvato con Delibera n. 349/2024, contenente anche indicazioni generali sul PPP).

In coerenza con quanto sopra, l'art. 174 del d.lgs. 36/2023, fornendo una definizione dell'istituto in esame, chiarisce che il PPP è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche «a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato». Per quanto di interesse ai fini del parere, il comma 3 della disposizione aggiunge che «Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179».

A sua volta l'art. 177, comma 6, stabilisce che «Se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario, è ammesso un intervento pubblico di sostegno. L'intervento pubblico può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti. [...]». Il comma 7 aggiunge che «Ai soli fini di contabilità pubblica si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat. In ogni caso, l'eventuale

riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio».

Sulla base delle disposizioni richiamate, quindi, nei contratti di PPP, devono congiuntamente ricorrere tutte le caratteristiche indicate nell'art. 174 del Codice. Tra queste, uno dei tratti essenziali è rappresentato dalla copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto come proveniente in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima.

L'ente concedente può partecipare al finanziamento del contratto se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario e «le modalità di partecipazione possono variare di contratto in contratto e possono prevedere contributi, prestiti, partecipazioni al capitale, garanzie e altre forme di incentivo. Resta ferma l'esigenza – in ogni caso – che ogni operazione strutturata in Partenariato Pubblico-Privato o in concessione, per potersi legittimamente configurare come tale deve garantire il rispetto di quanto previsto dalla normativa applicabile, in particolare in tema di corretta allocazione dei rischi tra le parti. Sul punto le Linee Guida Anac n. 9 aggiornate al 2023, emanate in attuazione dell'articolo 181, comma 4, dell'abrogato d.lgs. n. 50/2016, rappresentano tutt'ora un utile parametro di riferimento» (Relazione illustrativa "Contratto tipo di rendimento energetico o di prestazione energetica (Energy Performance Contract) per gli edifici pubblici" cit.).

Con riguardo all'entità del finanziamento da parte dell'ente concedente in tale ambito, occorre sottolineare che l'art. 177 del d.lgs. 36/2023, sopra richiamato, a differenza dell'art. 165 del previgente d.lgs. 50/2016 (che, al comma 2, prevedeva un contributo pubblico massimo del 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari; così anche l'art. 180, comma 6), non stabilisce più un "tetto" massimo a tale sostegno pubblico, propendendo per una soluzione proporzionata e coerente con il diritto europeo, posto che ai fini in esame «la direttiva europea del 2014, pur chiedendo di prendere in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario, detta il requisito della traslazione del rischio operativo in termini qualitativi e non rigidamente quantitativi. In particolare, rispetto alla configurazione del tipo contrattuale, la direttiva europea non contempla un limite fisso all'ammontare della contribuzione pubblica necessaria a porre l'operazione economica finanziaria in equilibrio (...), purché nel complesso l'operazione economica rispetti le sopra citate condizioni di traslazione del rischio operativo (...)» (Relazione Illustrativa del Codice).

Dunque, nel nuovo Codice, non è più previsto, il limite del 49% per il contributo pubblico nell'ambito del PPP (come invece nel d.lgs. 50/2016) ed è stabilito al riguardo (art. 177, co. 7), ai soli fini di contabilità pubblica, un rinvio diretto alle decisioni Eurostat, stabilendo che l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico in misura superiore a quella prevista dalle predette decisioni, non consente la contabilizzazione degli asset fuori bilancio.

Il d.lgs. 36/2023 aggiunge al riguardo che non si applicano le disposizioni in tema di concessioni ma quelle in tema di 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» (art. 177, comma 6), in altri termini nel caso in cui non si verifichi il trasferimento del rischio operativo in capo al privato.

In tale contesto, quindi, gli elementi principali dell'operazione di PPP sono rappresentati dall'assunzione del predetto rischio operativo in capo all'operatore economico (che costituisce elemento discriminante tra concessione e appalto), nonché dall'equilibrio economico-finanziario

dell'operazione «intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità» (art. 177, c. 5, Codice dei contratti pubblici). L'equilibrio economico e finanziario di un progetto si verifica quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto sono sufficienti a coprire i costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi il rimborso del capitale investito e la remunerazione ad un tasso congruo» (Corte dei conti, delibera n. 37/2024).

Sulla base di tali considerazioni, quindi, può sinteticamente affermarsi che il contratto di PPP è disciplinato dal Codice come uno schema negoziale nel quale la parte privata è chiamata a contribuire con capitale proprio o con fonti di finanziamento dalla stessa reperite, alla realizzazione del progetto a base di gara, sopportandone il rischio operativo (art. 177), mentre il sostegno pubblico è previsto, nei limiti consentiti dal Codice (per garantire l'equilibrio economico-finanziario del progetto in affidamento), come proveniente dall'ente concedente. L'entità di tale sostegno pubblico non è definita dal d.lgs. 36/2023, ma nell'ambito dell'assetto contrattuale sotteso alla realizzazione del PPP, tale sostegno deve essere limitato alla consistenza necessaria al raggiungimento dell'equilibrio-economico finanziario dell'operazione.

Pertanto, in risposta al quesito sollevato dalla Fondazione, può osservarsi che la disposizione dell'art. 174, comma 1, lett. b) del d.lgs. 36/2023, laddove stabilisce che nell'ambito di un'operazione di PPP «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», deve essere intesa come obbligo, per il soggetto privato, di contribuire direttamente con il proprio capitale o mediante ricorso a fonti di finanziamento reperite sul mercato o ancora mediante apporti di natura non esclusivamente monetaria, alla realizzazione del progetto oggetto di affidamento, al fine di garantire l'assunzione del rischio operativo da parte dello stesso nei termini indicati dall'art. 177, potendo l'ente concedente intervenire con un sostegno pubblico nel solo caso in cui lo stesso sia necessario per il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario del progetto (art. 177, comma 6).

Laddove, quindi, la Fondazione richiedente risultasse aggiudicataria della gara per l'affidamento di un PPP, nei termini indicati nell'istanza di parere, la stessa – quale soggetto privato affidatario – non potrebbe ricorrere, per la realizzazione del progetto, ai fondi pubblici ad essa assegnati dal Ministero vigilante per il perseguimento degli interessi statuari, in misura tale da invertire la proporzione della significatività della provenienza privata delle fonti di finanziamento da reperirsi sul mercato, tenuto conto anche dell'eventuale finanziamento previsto a carico dell'ente concedente.

In caso contrario, infatti, al sostegno pubblico da parte dell'ente concedente, eventualmente previsto ai sensi dell'art. 177, comma 6, del Codice, si potrebbe aggiungere un'ulteriore fonte di finanziamento pubblico dell'operazione da parte dell'aggiudicatario che paradossalmente porterebbe non solo ad escludere la "significatività" della copertura dei fabbisogni finanziari con risorse reperite dalla parte privata, ma all'ipotesi contraria (significativi diverrebbero i finanziamenti pubblici), in antitesi con lo schema proprio del PPP, come definito dallo stesso art. 174 del codice dei contratti pubblici.

Resta in ogni caso, in capo al Ministero vigilante, nell'esercizio delle prerogative previste nella legge istitutiva della Fondazione e nello Statuto della stessa, ogni valutazione in ordine alla coerenza della partecipazione alla procedura di gara e della eventuale esecuzione del contratto, con gli scopi dalla medesima perseguiti e, in generale, con la disciplina statutaria della Fondazione.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette alla Fondazione richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato, ferma restando la disponibilità,

da parte dell'Autorità, in ottica collaborativa, a fornire supporto analizzando ulteriori soluzioni eventualmente formulate dalla stessa richiedente in ordine alla fattispecie esaminata.

*Avv. Giuseppe Busia*

*Firmato digitalmente*



.....OMISSIS.....

## Oggetto

.....OMISSIS..... – affidamento in regime di concessione della gestione di un impianto sportivo - art. 174, comma 1, lett. a), del d.lgs. 36/2023 - richiesta di parere.

UPREC-CONS-130-2024-FC

**FUNZ CONS 52/2024**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 4 giugno 2024, acquisita al prot. Aut. n. 63184, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9 ottobre 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269/2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con la nota sopra indicata, l'Amministrazione comunale rappresenta di voler affidare, in regime di concessione, la gestione di un impianto sportivo di piccole-medie dimensioni. Rappresenta, altresì, di essere in possesso di qualificazione delle stazioni appaltanti per il livello SF3 e di aver trasmesso alle SUA con le quali intercorre apposita convenzione, la disponibilità all'espletamento della procedura di affidamento della predetta concessione, senza tuttavia ottenere riscontro positivo. L'Amministrazione aggiunge che il servizio oggetto di affidamento presenta, tra i caratteri propri dell'operazione, una durata contrattuale stimata in anni tre.

Per quanto sopra, in considerazione delle ridotte dimensioni del servizio da affidare e del breve periodo di affidamento, l'Amministrazione chiede all'Autorità di chiarire se la fattispecie descritta possa configurare una concessione "*non ricompresa nei contratti di PPP*", non ricorrendo uno dei presupposti previsti dal Codice, ossia un rapporto contrattuale di lungo periodo e, in caso di risposta positiva, chiarire i seguenti aspetti: (i) se sussista comunque l'obbligo della preliminare verifica di convenienza e fattibilità con analisi del cd Value for money di cui all'art. 175, comma 2, del Codice, (ii) se l'ente, in possesso della qualificazione per il livello SF3, possa svolgere direttamente le attività di progettazione, affidamento, stipula ed esecuzione della concessione in parola, in quanto non qualificabile come PPP o, in subordine, quali fasi possano essere gestite autonomamente. Ove, al contrario, l'operazione sia ritenuta qualificabile come PPP ai sensi dell'art. 174, comma 1 del Codice, con impossibilità per l'Ente di procedere autonomamente alle attività di progettazione, affidamento ed esecuzione, si chiede di chiarire se, alla luce dell'indisponibilità delle SUA contattate, il Comune debba procedere ai sensi dell'art. 62, comma 10, secondo periodo del Codice e se il RUP e, se del caso, il DEC possano essere nominati tra i dipendenti del Comune oppure se la nomina spetti necessariamente all'Ente concedente qualificato.

Al fine di esprimere avviso sulle questioni poste, deve evidenziarsi in via preliminare che i sistemi di affidamento degli appalti pubblici e delle concessioni, sono definiti dal d.lgs. 36/2023, dettato in recepimento di direttive comunitarie e posto a tutela dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità.

Come più volte ribadito dall'Autorità (anche con riguardo alla l. 109/1994, al d.lgs. 163/2006 e al d.lgs. 50/2016) il Codice dei Contratti Pubblici è ispirato al principio di tassatività e tipicità delle procedure ad evidenza pubblica, corollario del principio di legalità che regola l'azione della Pubblica Amministrazione; conseguentemente le stazioni appaltanti non possono porre in essere procedure di affidamento diverse rispetto a quelle disciplinate dal Codice stesso (Parere Precontenzioso n. 142/2012). «Sono quindi inammissibili procedure atipiche per la realizzazione di opere pubbliche o destinate ad un pubblico servizio, atteso che il sistema e le modalità prescelti potrebbero avere finalità o produrre effetti elusivi della normativa interna e comunitaria in tema di opere pubbliche» (Deliberazione n. 10 del 17/01/2007).

Per quanto sopra, deve quindi evidenziarsi, in via generale, la non ammissibilità di procedure di aggiudicazione di contratti pubblici non previste nel d.lgs. 36/2023 o ad esso non conformi.

Le considerazioni espresse possono estendersi anche ai contratti di partenariato pubblico-privato (PPP) disciplinati dal Libro IV del Codice (*"del partenariato pubblico-privato e delle concessioni"*), per i quali lo stesso legislatore ha fissato i caratteri essenziali che devono sempre ricorrere affinché uno schema negoziale possa essere qualificato come PPP di tipo contrattuale.

Ci si riferisce, in particolare, alle disposizioni dell'art. 174 (dettate in coerenza con le indicazioni contenute nel Libro verde del 2004), il quale dispone che nei contratti di PPP devono ricorrere congiuntamente i seguenti elementi «a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato».

Il comma 3 della disposizione aggiunge che «Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II. Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179».

Come sottolineato nella Relazione Illustrativa del Codice nella definizione del PPP contenuta nell'art. 174 «sono state evidenziate le quattro componenti che debbono sussistere affinché l'operazione economica possa qualificarsi come partenariato pubblico-privato. In primis, tra l'ente concedente e uno o più operatori economici privati deve instaurarsi un rapporto contrattuale di lungo periodo; la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto deve provenire 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; infine, il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi deve essere



allocato in capo al soggetto privato. Si precisa che l'operatore economico è remunerato con tariffe corrisposte da utenti e/o da canoni corrisposti dall'amministrazione/enti utilizzatori dell'investimento e del correlato servizio [...]. Al comma 5, infine, tenuto conto della complessità di tale istituto giuridico, che richiede competenze specifiche per essere realizzato e gestito, si precisa che i contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati». La Relazione illustrativa aggiunge che «In forza della capacità generale di diritto privato, l'Amministrazione può ... forgiare anche schemi negoziali diversi da quelli nominati, purché aderenti, nei contenuti, alla regolazione pubblicistica contenuta nel libro IV». Dunque in tutti i casi in cui l'ente concedente intende ricorrere ad un'operazione di PPP contrattuale, è necessariamente tenuto al rispetto delle condizioni fissate dal Libro IV del Codice.

Conclusivamente sul punto, può affermarsi che nel PPP devono obbligatoriamente e congiuntamente ricorrere i caratteri elencati nel comma 1 del citato art. 174 e tra tali caratteri è necessariamente incluso (anche) *"un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico"*.

A tal riguardo alcune indicazioni in ordine alla durata della concessione sono contenute nell'art. 178, secondo il quale «La durata delle concessioni è limitata ed è determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. 2. 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». Ai sensi del comma 5, inoltre, «La durata dei contratti di concessione non è prorogabile, salvo per la revisione di cui all'articolo 192, comma 1».

In base all'articolo 178, quindi, la durata del rapporto concessorio, opportunamente determinata dall'ente concedente e indicata nel bando di gara, deve essere commisurata al periodo di tempo in cui appare ragionevole che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati e consegua un ritorno sul capitale investito. In tale ambito, «L'effettività della traslazione del rischio trova dunque riscontro nella disciplina della durata delle concessioni. Durate temporali sovradimensionate possono infatti generare benefici impropri per il concessionario, oltre che limitare la contendibilità dei servizi» (Relazione Illustrativa del Codice).

Deriva da quanto sopra che la durata del rapporto contrattuale nel PPP è direttamente correlata alla traslazione del rischio in capo al concessionario, in quanto funzionale al recupero dell'investimento effettuato da quest'ultimo per eseguire i lavori o i servizi oggetto di affidamento nei termini previsti dall'art. 178. Tale durata non deve essere sovradimensionata, per le ragioni indicate nella Relazione illustrativa, ma per la sostenibilità dell'operazione di PPP nel suo complesso, deve essere comunque "di lungo periodo", quindi di durata utile a perseguire l'obiettivo fissato dalla norma. Pertanto, laddove tale carattere (come espressamente richiesto nell'art. 174, comma 1) non ricorra, il contratto che l'amministrazione intende affidare con procedura di gara, non appare qualificabile come PPP.

Per quanto sopra, in risposta al quesito posto, può osservarsi che la fattispecie descritta nell'istanza, laddove non presenti "tutti" i caratteri elencati nel citato art. 174, comma 1, incluso quello relativo alla durata di lungo periodo del rapporto contrattuale, non può costituire un contratto di PPP nei termini indicati dalle disposizioni di riferimento.

Conseguentemente l'Amministrazione dovrebbe valutare l'opportunità di procedere ad una rimodulazione dell'impostazione dell'affidamento, al fine di renderlo pienamente coerente con le

disposizioni degli artt. 174 e seguenti del Codice o, in alternativa, procedere all'affidamento del servizio in oggetto mediante lo schema dell'appalto pubblico.

Le considerazioni che precedono valgono a superare gli ulteriori quesiti posti, riferiti alla possibilità di affidare una concessione "atipica", in quanto priva dei caratteri essenziali indicati nel citato art. 174 del Codice (ipotesi che, come sopra evidenziato, non appare perseguibile).

Su tali ulteriori quesiti, in ottica di ausilio per la stazione appaltante, si ritiene comunque di riportare di seguito, sinteticamente, le seguenti indicazioni di carattere generale: 1) l'art. 175, comma 2, del d.lgs. 36/2023, richiede espressamente, ai fini del ricorso al PPP, la previa valutazione preliminare di convenienza e fattibilità del progetto da finanziare con risorse private, quale atto che, anche alla luce delle finalità di interesse generale sottese allo stesso (come evidenziate nella Relazione illustrativa del Codice), costituisce un adempimento necessario e non derogabile, per il ricorso alla procedura di PPP, da svolgere secondo le indicazioni contenute nella disposizione medesima (in tal senso parere Funz Cons 9/2024); 2) in ordine alla qualificazione occorrente per la stipula dei contratti di PPP, il comma 5 dell'art. 174 specifica, con disposizione di carattere generale rivolta a tutte le forme di PPP, che «I contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da enti concedenti qualificati ai sensi dell'articolo 63»; mentre l'art. 62, comma 18 stabilisce che «la progettazione, l'affidamento e l'esecuzione di contratti di partenariato pubblico-privato possono essere svolti da soggetti qualificati per i livelli di cui all'articolo 63, comma 2, lettere b) e c)»; 3) quanto al rifiuto di una stazione appaltante qualificata/centrale di committenza di svolgere la procedura di gara per conto di una stazione appaltante non qualificata, l'art. 62, comma 10, del Codice prevede espressamente che quest'ultima «si rivolge all'ANAC, che provvede entro quindici giorni all'assegnazione d'ufficio della richiesta a una stazione appaltante qualificata o a una centrale di committenza qualificata, individuata sulla base delle fasce di qualificazione di cui all'articolo 63, comma 2». Con apposito "*Regolamento per l'assegnazione d'ufficio di una stazione appaltante o centrale di committenza qualificata, ai sensi dell'art. 62, comma 10, del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36*" approvato con Delibera n. 266/2023, l'Autorità ha disciplinato tale procedimento; 4) quanto alla nomina del Rup, nel caso di ricorso ad una centrale di committenza qualificata, nei casi in precedenza indicati, l'art. 62, comma 13, del Codice dispone chiaramente che «Le centrali di committenza e le stazioni appaltanti che svolgono attività di committenza anche ausiliaria sono direttamente responsabili per le attività di centralizzazione della committenza svolte per conto di altre stazioni appaltanti o enti concedenti. Esse nominano un RUP, che cura i necessari raccordi con la stazione appaltante beneficiaria dell'intervento, la quale a sua volta nomina un responsabile del procedimento per le attività di propria pertinenza».

Ulteriori indicazioni sulla qualificazione delle stazioni appaltanti ai sensi degli artt. 62 e seguenti del d.lgs. 36/2023, sono riportate sul sito istituzionale dell'Autorità.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette, pertanto, alla stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente