

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CASSINO E DEL LAZIO MERIDIONALE

Dipartimento di Economia e Giurisprudenza

Corso di Dottorato in Pubblica Amministrazione e imprese per lo sviluppo
del territorio

XXXVIII CICLO



TESI DI DOTTORATO

**Luci e ombre del partenariato pubblico-privato: PNRR, finanza di
progetto e strumenti alternativi per la digitalizzazione della pubblica
amministrazione**

Coordinatore:

Chiar.mo Prof. Luigi Di Santo

SSD: IUS/10

Tutor:

Chiar.ma Prof.ssa Daniela Bolognino

Dottoranda:

Dott.ssa Lavinia Zanghi Buffi

Anno accademico 2024/2025

INDICE

*

INTRODUZIONE.....	5
I. IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO: VANTAGGI E LIMITI.....	14
1. UNA RIVOLUZIONE NEL RAPPORTO TRA PRIVATI E PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI: GENESI E SVILUPPO DEL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO... 14	
2. IL PNRR E L'INTRODUZIONE DI UN NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI	27
3. IL RICORSO A CAPITALI PRIVATI E L'ALLOCAZIONE DEI RISCHI: IL DELICATO CONFINE TRA PPP E CONTRATTO DI APPALTO	37
<i>3.1. Il rischio operativo quale linea di confine tra contratti di partenariato pubblico-privato e appalti: alcuni precedenti.....</i>	47
(a) sentenza del T.A.R. Milano, sez. I, n. 1348 del 6 maggio 2024.....	49
(b) sentenza del Consiglio di Stato del 4 maggio 2020, n. 2810.....	55
<i>3.2. La ripartizione dei rischi in alcuni contratti di concessione recentemente aggiudicati: un'analisi empirica.....</i>	57
4. L'EQUILIBRIO DEL PIANO ECONOMICO FINANZIARIO (PEF)	63
<i>4.1. ...e il relativo "ri-equilibrio".....</i>	69
5. IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO "IN CONCRETO": ALCUNI DATI DALLA PRASSI	71
II. LA FINANZA DI PROGETTO	75
1. NOZIONE E CARATTERISTICHE DELLA FINANZA DI PROGETTO: L'EVOLUZIONE NORMATIVA	75
<i>1.1. La c.d. "Legge Merloni-ter" introduce per la prima volta la finanza di progetto.....</i>	75
<i>1.2. I primi dubbi sulla compatibilità del diritto di prelazione con i principi europei applicabili</i>	81
<i>1.3. Le Direttive del 2004 e il primo Codice dei contratti pubblici: le sorti altalenanti del diritto di prelazione</i>	82

<i>1.4. La finanza di progetto nel Codice dei contratti pubblici del 2016.....</i>	88
<i>1.5. La finanza di progetto nel “nuovo” Codice dei contratti pubblici del 2023.....</i>	89
1.5.1. La disciplina di cui al testo originario dell’articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023	89
1.5.2. Il Decreto Correttivo di cui al d. lgs. 209/2024	93
I) La reintroduzione della finanza di progetto a iniziativa pubblica	94
II) La manifestazione di interesse	95
III) La documentazione da allegare a corredo della proposta	96
IV) La nuova procedura per il caso di presentazione di proposte a iniziativa privata.....	98
1.5.3. Osservazioni sulla disciplina risultante dal Decreto Correttivo	99
1.5.4. L’ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 9449 del 25 novembre 2024.....	100
1.5.5. L’ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato e la disciplina in materia di finanza di progetto risultante dal Decreto Correttivo: una relazione di causa-effetto?	109
<i>1.6. La terza lettera formale della Commissione europea nell’ambito della procedura di infrazione INFR(2018)2273: un destino che sembra segnato per la finanza di progetto.....</i>	114
<i>1.7. I possibili effetti della lettera di contestazione dell’8 ottobre 2025: alcune riflessioni.....</i>	119
<i>1.8. La finanza di progetto nella prassi: luci e ombre di un (potenziale) volano d’innovazione e il ruolo del PNRR</i>	124

III. IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO ALLA PROVA DEL PNRR: LA FINANZA DI PROGETTO E STRUMENTI ALTERNATIVI PER LA DIGITALIZZAZIONE DELLA P.A.	126
1. LA DIGITALIZZAZIONE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: CENNI INTRODUTTIVI.....	126

1.1.	<i>La Piattaforma Digitale Nazionale dei Dati (PDND)</i>	128
1.2.	<i>Il “cloud” della Pubblica Amministrazione</i>	129
2.	LA PANDEMIA DA COVID-19 E LA DIGITALIZZAZIONE DELLA P.A. NEL PNRR	132
3.	LE PIATTAFORME E LE INFRASTRUTTURE DIGITALI NEL PNRR	134
4.	LA REALIZZAZIONE DELLA PIATTAFORMA DIGITALE NAZIONALE DEI DATI (PDND)	140
5.	IL POLO STRATEGICO NAZIONALE	142
5.1.	<i>La fase delle proposte: una valutazione comparativa</i>	143
5.2.	<i>La gara: l’esercizio del diritto di prelazione da parte del proponente e le prime difficoltà operative</i>	147
5.3.	<i>Focus: la convenzione per il PSN a confronto con i contratti CONSIP in materia di servizi cloud</i>	154
5.4.	<i>Il contenzioso: i motivi di ricorso avanzati dal RTI Fastweb e la sentenza di primo grado</i>	161
5.4.1.	Le norme speciali per i giudizi in materia di opere finanziate dal PNRR	167
5.5.	<i>La pronuncia del Consiglio di Stato</i>	171
5.5.1.	<i>L’illegittimità dell’esercizio del diritto di prelazione e la sovranità del PNRR</i>	172
5.5.2.	<i>Le modalità di esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore</i>	175
5.6.	<i>Alcune considerazioni sul futuro della finanza di progetto</i>	181
	CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	188
	BIBLIOGRAFIA	193
	DOCUMENTI ISTITUZIONALI	213

INTRODUZIONE

Accanto ai tradizionali modelli procedimentali pubblicistici, che sfociano nell'adozione di provvedimenti formali espressione di poteri autoritativi, le pubbliche amministrazioni, per il perseguimento dei fini previsti dalla legge, possono utilizzare anche strumenti privatistici.

Ci si riferisce, in particolare, a quella che è stata definita come “attività amministrativa di diritto privato”¹: “amministrativa” perché – come l'attività amministrativa “tradizionale” – concerne la cura di interessi della collettività; “di diritto privato” perché si realizza tramite l'utilizzo di strumenti forgiati dalla normativa privatistica.

Tipica espressione dell'attività amministrativa di diritto privato è il contratto pubblico o, meglio, il contratto “a evidenza pubblica”: nello stipulare contratti – di per sé strumenti tipicamente privatistici – la P.A. soggiace, infatti, a un insieme di regole speciali rispetto al regime ordinario dell'attività contrattuale sancito dal Codice Civile, che rispondono alla finalità di garantire la funzionalizzazione anche di tale segmento dell'azione amministrativa al perseguimento di interessi pubblici².

D'altra parte, in uno Stato (come quello italiano) “a diritto amministrativo”³, vale a dire nel quale l'agire delle amministrazioni è retto da norme di diritto pubblico, distinte da quelle generali privatistiche, anche l'attività di diritto privato – ma finalizzata al perseguimento di interessi pubblici – della P.A. deve inevitabilmente conformarsi a una serie di vincoli che limitano (o quantomeno indirizzano verso certe finalità predeterminate) la libertà di cui ordinariamente godono gli attori dei rapporti giuridici tra privati.

¹ Così A. Buscema e S. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Trattato di Diritto Amministrativo* (diretto da G. Santaniello), CEDAM, Padova, 1987.

Cassazione, SS.UU., n. 2077 del 24 luglio 1962 rilevava che “ciò che caratterizza l'attività di diritto pubblico rispetto all'attività di diritto privato della pubblica amministrazione non è l'esistenza o meno di un formale provvedimento, ma il fine cui è ispirata l'attività stessa, e cioè se sia rivolta a soddisfare un interesse della generalità o un interesse puramente economico privato [...]”.

² Si v., sul contratto a evidenza pubblica quale strumento di funzionalizzazione dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione al perseguimento di interessi pubblici, M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970.

³ In questo senso, M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo* e A. Buscema e S. Buscema, *I contratti della pubblica amministrazione*.

Emblematico di quanto si afferma è proprio il principio dell'evidenza pubblica, su cui si impernia la disciplina in materia di attività contrattuale della P.A.

Pur potendo le amministrazioni realizzare le proprie finalità istituzionali (anche) tramite la stipula di contratti, alcuni aspetti (*rectius* fasi) di tale attività contrattuale si connotano in senso fortemente pubblicistico: la formazione della volontà negoziale della parte pubblica, la selezione del contraente privato, ma anche lo svolgimento dei controlli dopo la stipula e in fase esecutiva⁴.

In tale contesto, l'espressione "procedura a evidenza pubblica" indica il procedimento con cui l'amministrazione esteriorizza la ragione di pubblico interesse per la quale contrae e che accompagna la formazione della volontà contrattuale. Tale procedimento è teso a garantire che la formazione della volontà dell'amministrazione si formi correttamente e ad esplicitare le ragioni per cui la pubblica amministrazione stipula il contratto, a individuare le condizioni a cui essa contrae e a selezionare il contraente privato, e si conclude con l'aggiudicazione del contratto a seguito di una procedura competitiva⁵.

Del principio di evidenza pubblica quale vincolo all'attività contrattuale delle amministrazioni si rinvencono tracce già prima della proclamazione del Regno d'Italia: si consideri, tra tutte, la legge dello Stato Sabauda del 23 maggio 1848, n. 1483, che all'articolo 24 prevedeva che "[t]utti i contratti nell'interesse dello Stato avranno luogo a pubblici incanti".

Sempre a disciplinare l'attività contrattuale delle amministrazioni sono poi intervenuti: la legge fondamentale sui lavori pubblici, n. 2248 del 20 marzo 1865

⁴ G. Fazio, *L'attività contrattuale della P.A.*, Milano, 1984, rilevava che "[i]l procedimento contrattuale non può nella sua interezza qualificarsi procedimento amministrativo in senso tradizionale, dovendo esso ricomprendere atti e comportamenti in parte riconducibili agli schemi ed alle varie tipologie dell'atto amministrativo ed in parte aventi natura meramente privatistica essendo i relativi effetti predeterminati e disciplinati dalle norme del codice civile.

Tuttavia, tenuto conto della comune finalità della seriazione dei vari atti che, pur avendo natura diversa, lo compongono, l'intero complesso dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione per dare vita ed esecuzione al contratto, assume la configurazione di un vero e proprio procedimento che, sebbene a natura mista, è pur tuttavia caratterizzato da presupposti e finalità unitarie. Ed è proprio questa finalità unitaria che giustifica la configurazione dell'attività come procedimentale e determina il collocamento dell'intero complesso di attività di un unico procedimento da distinguere tuttavia in fasi nell'ambito delle quali però sono anche da riscontrare dei sub-procedimenti, quale è appunto quello della «evidenza pubblica»".

⁵ In questi termini F. Patroni Griffi, *La P.A. come contraente tra interesse pubblico e rispetto della concorrenza (Considerazioni introduttive al convegno "Il codice dei contratti pubblici e il suo correttivo: un bilancio di due anni di attività")*, in *Osservatorio Nazionale Appalti*, 2 aprile 2025.

(successivamente modificata dalla legge 15 giugno 1893, n. 294); la legge 22 aprile 1869, n. 5026 e il relativo regolamento attuativo R.D. 4 settembre 1870, n. 5852, poi sostituiti dal R.D. 17 febbraio 1884, n. 2016 e dal regolamento di cui al R.D. 4 maggio 1885, n. 3074. Al loro posto è poi stata introdotta la normativa generale sulla contabilità dello Stato (R.D. 8 novembre 1923, n. 2440 e relativo regolamento R.D. 23 maggio 1924, n. 827) che pure disciplinava la selezione del contraente privato, la stipula del contratto, l'approvazione del contratto, l'esecuzione e il collaudo.

Nelle intenzioni del legislatore nazionale, l'introduzione di norme volte a regolare l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni ha trovato origine nell'esigenza di assicurare che la spendita di risorse pubbliche fosse ispirata a principi di correttezza ed efficienza, e di prevenire fenomeni di collusione e corruzione tra imprese e funzionari pubblici coinvolti nella selezione dei contraenti. Per questo, la disciplina della contrattualistica pubblica è stata in un primo momento affidata a regole essenzialmente contabili⁶.

Gli obiettivi perseguiti dalla normativa nazionale in materia di contratti pubblici sono andati tuttavia ampliandosi con la nascita e lo sviluppo delle Comunità Europee (prima) e dell'Unione Europea (poi).

Nella prospettiva europea, l'introduzione di una disciplina uniforme dell'affidamento delle commesse pubbliche è stata individuata, sin dagli anni Settanta del secolo scorso, quale strumento essenziale per garantire l'effettività delle libertà di stabilimento e di circolazione delle merci e dei servizi: a tal fine, è apparso necessario prevedere strumenti a presidio della massima apertura del mercato unico degli affidamenti pubblici alla concorrenza di tutte le imprese europee, assicurando parità di trattamento tra operatori nazionali e operatori provenienti da altri Stati membri⁷.

È questo l'obiettivo a cui si sono ispirate le prime Direttive che hanno introdotto principi in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici (71/305, 72/277, 77/62, 80/767, 88/295, 89/440 e poi, negli anni Novanta, 1992/50, 1993/36, 1993/37 e 1993/38).

⁶ In questo senso, M.A. Sandulli, *Prefazione*, in M.A. Sandulli e R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019.

⁷ Così sempre M.A. Sandulli, *Prefazione*, in M.A. Sandulli e R. De Nictolis (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*.

La materia degli appalti è poi stata interamente ri-disciplinata dalle Direttive (CE) 17 e 18 del 2004, relative, rispettivamente, ai contratti di appalto nei settori c.d. “speciali” e ai contratti di appalto nei settori c.d. “ordinari”⁸.

Nelle Direttive del 2004 si rinvenivano, per la prima volta, regole analitiche volte a disciplinare nel dettaglio diversi aspetti delle procedure di affidamento dei contratti di appalto pubblico, così offrendo agli Stati membri l’occasione di intervenire anch’essi per sistematizzare, ciascuno, le proprie normative nazionali.

È così che, nel 2006, tramite il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, l’Italia ha adottato la sua prima codificazione in materia di contratti pubblici.

Di lì in poi, la disciplina è stata interessata da un fenomeno convulso di correttivi, modifiche, riforme, normazione secondaria, che l’ha resa instabile e, talvolta, per effetto della stratificazione di norme, complessa e difficilmente interpretabile.

Il Codice del 2006 è stato sostituito e abrogato dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, volto a recepire le “nuove” Direttive europee in materia di appalti e concessioni, adottate, nel marzo del 2014, all’esito di un’ampia analisi condotta dalle istituzioni europee sull’efficacia della politica contrattuale cristallizzata nelle previgenti Direttive del 2004. Sono così entrate in vigore quelle che, ancora oggi, costituiscono il quadro normativo europeo in materia di contratti pubblici: la Direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cosiddetti “settori speciali” (acqua, energia, trasporti e servizi postali), la Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e la Direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione.

Ed è stato sempre l’intento di (miglior) adeguamento alle Direttive europee – anche a seguito di una serie di “richiami all’ordine” dell’Italia da parte della Commissione nel periodo di vigenza del d. lgs. n. 50/2016 – unitamente alla volontà di razionalizzare e semplificare la disciplina, che ha indotto il legislatore italiano ad adottare, con il decreto

⁸ Si fa riferimento, in particolare, alla Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e alla Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

legislativo 31 marzo 2023, n. 36, il terzo – e, almeno per ora, ultimo – Codice dei contratti pubblici⁹.

La nuova (e attuale) cornice normativa della materia dei contratti pubblici è costruita su una visione di fondo diversa rispetto a quella che aveva animato i suoi predecessori: se il d. lgs. n. 163/2006 era ispirato al principio di concorrenza per il mercato, e il Codice del 2016 attribuiva particolare rilievo alla prevenzione della corruzione e alla tutela della legalità, il d. lgs. n. 36/2023 riporta al centro il principio c.d. del risultato che, insieme a quello della fiducia e dell'accesso al mercato, costituisce la “triade” dei principi fondamentali (o principi-valori) cui l'intera attività contrattuale delle amministrazioni deve tendere¹⁰.

Il principio del risultato, collocato in apertura del Codice, all'articolo 1, impone alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire l'affidamento e l'esecuzione del contratto con la massima tempestività e con il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Il primato – simbolicamente rappresentato anche dalla collocazione sistematica all'interno del Codice – che il d. lgs. n. 36/2023 riconosce al principio del risultato sembra ristabilire la funzione di committenza quale funzione essenziale e primaria dell'attività contrattuale pubblica, rifocalizzando la disciplina sul conseguimento dell'utilità primaria dell'amministrazione committente e superando, così, la concezione della concorrenza come finalità in sé, ricollocandola invece a strumento funzionale al risultato¹¹.

⁹ Sin dalla sua entrata in vigore, il “nuovo” Codice è stato oggetto di una ampia e intensa attività di commento: per tutti, si v. A. Botto e S. Castrovinci Zenna (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, 2024; R. Giovagnoli e G. Rovelli, *Codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2024. Si v. anche D. Bolognino, H. Bonura, E. Griglio, A. Storto, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il commento organico al D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36*, Collana Tribuna Dossier, diretta da Luigi Viola, La Tribuna, 2023 e M. Clarich, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2025.

¹⁰ Sul ruolo dei principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, si v. per tutti R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024; G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2023; G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; R. Caranta, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici, artt. 1-12*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9/2023.

¹¹ In questo senso G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2023; sul ruolo del principio del risultato nella nuova disciplina dei contratti pubblici si sono soffermati, giungendo a conclusioni talvolta diverse tra loro, anche F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023; F. Fracchia, *Il principio di risultato*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*,

Il principio della fiducia, espresso all'articolo 2 del Codice, richiede che l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fondino sulla reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

L'articolo 3 del Codice, nel sancire il principio di accesso al mercato, riafferma i valori della concorrenza e delle libertà di circolazione, imponendo a stazioni appaltanti ed enti concedenti di garantire ai concorrenti pari opportunità di competizione per l'aggiudicazione, nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza e proporzionalità.

È nel contesto – storico-evolutivo e normativo – sin qui brevemente tratteggiato che si inquadrano le tematiche che saranno oggetto della presente trattazione, che intende concentrarsi su una peculiare espressione dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni: il partenariato pubblico-privato.

Il primo capitolo analizza l'evoluzione storica e normativa del partenariato pubblico-privato (PPP) in Italia, mettendo in luce come questo strumento abbia rappresentato una significativa innovazione rispetto al tradizionale modello di azione pubblica. Il PPP si distingue, infatti, per la sua capacità di superare la logica autoritativa dell'azione amministrativa, favorendo invece una collaborazione tra pubblico e privato in cui le competenze, le risorse e i rischi vengono condivisi. La *ratio* principale del coinvolgimento dei privati risiede sia nella possibilità di sopperire alla scarsità di risorse finanziarie pubbliche, sia nell'opportunità di sfruttare il *know-how* tecnico e gestionale degli operatori di mercato, spesso assente nelle amministrazioni, soprattutto a livello locale.

Il capitolo affronta, tra l'altro, un elemento centrale della disciplina del PPP: il trasferimento del rischio operativo al *partner* privato, che rappresenta la linea di confine tra PPP e appalto pubblico. Il rischio operativo, che può presentarsi sotto forma di rischio di costruzione, di domanda o di disponibilità, deve essere effettivamente assunto dal privato per tutta la durata del contratto, condizione necessaria anche per la

Napoli, 2024; R. Villata - L. Bertonazzi, *Commento all'art. 1 (Principio del risultato)*, in R. Villata - M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024.

contabilizzazione “*off-balance*” dell’investimento, cioè fuori dal bilancio pubblico, secondo le regole elaborate dall’Ufficio statistico dell’Unione europea (Eurostat).

Il capitolo si conclude con una riflessione sui dati di utilizzo del PPP in Italia, evidenziando come, nonostante il potenziale, il numero di progetti che raggiungono il *closing* contrattuale e finanziario sia ancora limitato rispetto alle iniziative avviate. Le difficoltà maggiori si riscontrano nella capacità delle amministrazioni, soprattutto locali, di garantire un effettivo trasferimento del rischio e di condurre valutazioni complesse, elementi che limitano la piena espressione delle potenzialità del PPP come volano di innovazione e crescita.

Il secondo capitolo è intitolato “La finanza di progetto” e si concentra sul tipo di partenariato pubblico-privato maggiormente diffuso nella prassi, analizzandone l’evoluzione normativa, le caratteristiche e le criticità emerse nella prassi.

Il capitolo ripercorre le principali tappe normative, dalla Legge Merloni-ter fino al Codice dei contratti pubblici del 2016 e al nuovo Codice del 2023, evidenziando come la disciplina sia stata nel tempo influenzata dalle direttive europee e dai rilievi avanzati dalla Commissione UE. In particolare, il diritto di prelazione nelle operazioni di finanza di progetto, che consente al promotore di eguagliare l’offerta migliore presentata in gara e divenire aggiudicatario, è stato più volte oggetto di interventi normativi volti a ricercare un equo bilanciamento tra l’incentivo all’iniziativa privata e la necessità di garantire un adeguato livello di concorrenza. Le ultime riforme, intervenute tramite il Decreto Correttivo del Codice dei contratti pubblici del 2023 (D. Lgs. 209/2024) hanno introdotto una maggiore trasparenza e “contendibilità” del diritto di prelazione, prevedendo la pubblicazione di un’informativa sulle proposte ricevute dalle amministrazioni e la possibilità per altri operatori di presentare proposte concorrenti.

Sempre in materia di diritto di prelazione attribuito al promotore, il capitolo si sofferma (i) sulla recente ordinanza del Consiglio di Stato, che ha rimesso alla C.G.U.E. una questione pregiudiziale relativa alla compatibilità di tale istituto con il diritto UE e (ii) sulla terza lettera formale della Commissione europea nell’ambito della procedura di infrazione INFR(2018)2273.

Infine, il capitolo riflette sulle potenzialità e i limiti della finanza di progetto come strumento di innovazione e crescita e su come la disciplina attuale, anche a seguito delle

recenti pronunce giurisprudenziali e delle modifiche normative intervenute, rischi di rendere lo strumento meno attrattivo agli occhi degli investitori e di limitarne l'utilizzo, soprattutto se il diritto di prelazione dovesse essere ritenuto incompatibile con la normativa euro-unitaria e/o abrogato per ottemperare ai rilievi sollevati nel contesto della procedura di infrazione INFR(2018)2273.

Il terzo capitolo applica i principi e le criticità analizzate nei capitoli precedenti al caso concreto della digitalizzazione della pubblica amministrazione italiana. Il capitolo si apre con una panoramica sullo stato della “rivoluzione digitale” in Italia, evidenziando i progressi compiuti ma anche i ritardi rispetto alla media europea, soprattutto in termini di servizi digitali per cittadini e imprese e di interoperabilità dei dati.

Il capitolo analizza le alternative possibili per l'affidamento della realizzazione e gestione di “infrastrutture digitali” strategiche (realizzazione diretta, società *in-house*, appalto, PPP), mettendo in luce i vantaggi astrattamente insiti nel ricorso al partenariato pubblico-privato.

Vengono esaminati, in particolare, il caso della Piattaforma Digitale Nazionale Dati (PDND) – per la realizzazione e gestione della quale si è optato per l'affidamento *in-house* – e del Polo Strategico Nazionale (PSN), per il quale invece si è scelta la strada del PPP.

Con riferimento al PSN, si è ricostruita l'intera procedura di affidamento della relativa concessione, dalla fase delle proposte, fino alla gara e all'esercizio da parte del proponente del diritto di prelazione, che nel caso del PSN ha dato luogo a un contenzioso complesso. Il capitolo analizza in dettaglio le argomentazioni delle parti e le decisioni delle autorità amministrative e giudiziarie, soffermandosi in particolare sulla sentenza del Consiglio di Stato che ha sancito la necessità, per il promotore che esercita la prelazione, di replicare in modo assolutamente identico tutte le condizioni offerte dall'aggiudicatario originario, escludendo l'applicazione alla finanza di progetto del principio di equivalenza.

Il capitolo riflette criticamente sulle conseguenze di questa interpretazione, sottolineando come essa rischi di rendere la finanza di progetto uno strumento difficilmente utilizzabile per progetti tecnologicamente complessi, dove la replicabilità delle soluzioni offerte può essere oggettivamente impossibile. Viene evidenziato il

rischio che, in assenza di una maggiore flessibilità interpretativa o di una riforma normativa, il PPP e la finanza di progetto possano perdere la loro funzione di volano per l'innovazione e la crescita, soprattutto in settori strategici come la digitalizzazione della pubblica amministrazione. Il capitolo si chiude auspicando un chiarimento giurisprudenziale e normativo che consenta di bilanciare efficacemente i principi di concorrenza, risultato e innovazione, salvaguardando l'interesse pubblico e la sostenibilità dei progetti di partenariato.

CAPITOLO I

Il partenariato pubblico-privato: vantaggi e limiti

1. Una rivoluzione nel rapporto tra privati e pubbliche amministrazioni: genesi e sviluppo del partenariato pubblico-privato

Alla nozione di “partenariato pubblico-privato” possono essere ricondotti tutti gli strumenti giuridici di tipo associativo che vedono pubbliche amministrazioni e soggetti privati concorrere al raggiungimento di un fine comune¹². Più precisamente, quando si parla di partenariato pubblico-privato (o “PPP”) si intende far riferimento a una operazione economica fondata sulla cooperazione, su un piano di reciproca parità, tra un soggetto (*partner*) pubblico e un soggetto (*partner*) privato, che sia in grado, al contempo, di soddisfare gli interessi generali perseguiti dal primo e quelli imprenditoriali facenti capo al secondo¹³.

¹² Per un inquadramento generale dell’istituto del partenariato pubblico-privato e un’analisi della sua evoluzione nel corso degli anni, si vedano, tra i contributi più recenti, Baldi M., *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in *Urbanistica e Appalti*, 2023, 286; Chiti M.P., *La disciplina generale del partenariato pubblico privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Un modello per lo Spazio amministrativo europeo*, in *Astrid Online*, 2023; Vecchi V., Leone V., *Partnership Pubblico Privato 2.0. Strategie, Nuovo Codice dei Contratti, Casi*, Egea, 2023; Vecchi V., Leone V., *Partnership Pubblico Privato @ Work*, Egea, 2023; Moliterni A., *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2022; Siclari D., *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in *Dialoghi di Diritto dell’Economia*, aprile 2022; Del Vecchio P. e Carbonara N., *La crisi sanitaria come opportunità di crescita sostenibile: dalla ritrovata centralità dello Stato ai nuovi modelli di partenariato pubblico-privato*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2021; Ricciardi G., Fera P., *Il partenariato pubblico-privato. Profili di rischio e fattori critici di successo*, Aracne, 2021; Barbato E., Guzzo G., *Il partenariato pubblico-privato: tra project financing e società miste*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2020; Valaguzza S., Parisi E., *Ricerca sull’identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus – Rivista dei Servizi Giuridici*, n. 1/2020; Valaguzza S., Parisi E., *Public Private Partnerships. Governing Common Interests*, Edward Elgar Publishing, 2020; Brigante V., *The troubled development of the public-private partnership in the Italian administrative law. Its persistent relation with the notion of economic risk and critical reflection about the proper implementation of the idea of flexibility*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3/2019, p. 357 ss.; De Luca, G. Tasca, R., *Finanziare le infrastrutture: storia, innovazioni e teoria dalle “vie” romane al partenariato pubblico privato*, il Mulino, 2019; Amorosino S., *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2017, p. 616; Di Cristina, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici – Il partenariato pubblico-privato quale “archetipo generale”*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 4/2016, p. 436.

¹³ Nella *Guidebook on promoting good governance in public-private partnerships*, ECE/CECI/4, Ginevra, 2008, pubblicata dalla *Economic Commission for Europe* delle Nazioni Unite, il partenariato pubblico-privato viene definito come un insieme di “*innovative methods used by the public sector to contract with the private sector, who bring their capital and their ability to deliver projects on time and to budget, while*

Così inquadrato, il partenariato pubblico-privato si contrappone al (e contribuisce al superamento del) tradizionale modello di azione pubblica basato sull'esercizio di poteri autoritativi, con la pubblica amministrazione che agisce come sovraordinata elargitrice di provvedimenti a seconda dei casi ampliativi o restrittivi della sfera giuridica dei privati destinatari e questi ultimi collocati in un ineludibile stato di subordinazione¹⁴.

Nel partenariato pubblico privato, la sfera dell'attività amministrativa si interseca con quella dell'autonomia privata (*rectius* dell'attività economico-imprenditoriale degli operatori di mercato), le logiche dei due mondi si fondono: il privato *scivola* nel pubblico e viceversa¹⁵.

Trattasi, a ben vedere, di fenomeno che, sviluppatosi tra la fine del XX e (soprattutto) l'inizio del XXI secolo, ben si inserisce nel processo di progressiva evoluzione delle modalità di intervento dello Stato nell'economia¹⁶, da attore diretto a regolatore che interferisce solo (o prevalentemente) dall'esterno nelle dinamiche di mercato ed esclusivamente nei limiti in cui ciò sia strettamente necessario.

In quest'ottica, il partenariato pubblico privato si presenta quale alternativa al fenomeno delle privatizzazioni, oltre che espressione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'articolo 118, comma 4, della Costituzione: lo Stato non abdica al

the public sector retains the responsibility to provide these services to the public in a way that benefits the public and delivers economic development and an improvement in the quality of life". Quanto ai vantaggi insiti nel ricorso al partenariato pubblico-privato, rispetto ai più tradizionali modelli dell'azione amministrativa, questi vengono (sinteticamente) illustrati come di seguito: "PPP's avoid the often negative effects of either exclusive public ownership and delivery of services, on the one hand, or outright privatization, on the other. In contrast, PPPs combine the best of both worlds: the private sector with its resources, management skills and technology; and the public sector with its regulatory actions and protection of the public interest. This balanced approach is especially welcome in the delivery of public services which touch on every human being's basic needs".

¹⁴ La centralità, tra le possibili forme dell'azione amministrativa, dei provvedimenti imperativi è entrata in crisi a partire dal XX secolo, con l'avvento dello Stato interventista del primo dopoguerra, si v. sul punto B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, secondo il quale, in tale periodo storico "Comincia la fuga verso il diritto privato dell'amministrazione pubblica. Viene meno la centralità del provvedimento imperativo tra le forme di azione amministrativa e il contratto riacquista una rilevanza che, nella dimensione pubblicistica, sembrava definitivamente perduta. La stessa distinzione tra funzione pubblica e autonomia dei privati si è fatta incerta. La statualità si compromette con gli interessi, diventa fattore attivo dello sviluppo economico. Lo Stato si fa impresa, società commerciale, entra a pieno titolo nella 'vita economica'; da soggetto pubblico si fa soggetto economico [...]".

¹⁵ In questo senso, Valaguzza S., Parisi E., *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*.

¹⁶ Sul tema, si vedano, per tutti, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2021; B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*; G. Napolitano, *Pubblico e Privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

suo ruolo di garante degli interessi della collettività, ma si affida, per la loro realizzazione, a soggetti privati dotati di adeguate competenze tecniche (oltre che delle necessarie risorse finanziarie), mantenendo il potere/dovere di verificare il rispetto, da parte del *partner* privato, di determinati indicatori di *performance* posti a tutela dell'interesse pubblico¹⁷.

Sotto altro punto di vista, il ricorso a capitali privati per la soddisfazione di interessi pubblici è (*rectius* ha le potenzialità per essere, se adeguatamente sfruttato) un utile supporto alle politiche di contenimento del debito pubblico. Con l'adesione dell'Italia al Trattato di Maastricht del 1992¹⁸ e al relativo Patto di stabilità e crescita del 1997¹⁹ – che hanno fissato precisi parametri da rispettare (anche) in termini di indebitamento massimo degli Stati membri – le amministrazioni sono state infatti inevitabilmente indotte a ricercare forme alternative di finanziamento che consentissero di far fronte all'incremento della richiesta di servizi da parte della collettività. Non sembra un caso, allora, che il PPP, quale innovativa modalità dell'azione amministrativa, si sia sviluppato proprio tra la fine del 1900 e i primi anni 2000.

¹⁷ L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 1/2008, ha sul punto chiarito come “[s]ia la Commissione che il Parlamento europeo concordano nel ritenere che le forme di PPP non costituiscono “l’anticamera” di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche, dal momento che le sinergie tra pubblica amministrazione e soggetti privati possono generare effetti positivi per la collettività, atteggiandosi a strumento alternativo alla stessa privatizzazione. Per questo motivo l’assemblea di Strasburgo ha qualificato, senza mezzi termini, il PPP, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle amministrazioni la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali”.

¹⁸ Nel fissare le premesse giuridiche per l'introduzione della moneta unica europea, il Trattato di Maastricht ha tra l'altro previsto che il disavanzo annuo di bilancio di uno Stato membro non debba portarsi oltre il 3% del prodotto interno lordo (PIL) e che il debito pubblico complessivo non debba superare il 60% del PIL.

¹⁹ Il Patto di stabilità e crescita, sottoscritto nel 1997 (e poi più volte modificato e integrato, *inter alia*, da una significativa riforma intervenuta nel 2005 e da una successiva nel 2011), è un insieme di regole che mira al coordinamento delle politiche di bilancio degli Stati membri. Da un punto di vista formale, il Piano di stabilità e crescita era costituito (nella sua versione originaria) dalla risoluzione del Consiglio Europeo del 17 giugno 1997, dal Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, e dal Regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio del 7 luglio 1997 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi.

Nel contesto della più recente riforma delle norme europee in materia di politiche di bilancio, il primo dei suddetti regolamenti è stato abrogato dal Regolamento (UE) 2024/1263 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2024, relativo al coordinamento efficace delle politiche economiche e alla sorveglianza di bilancio multilaterale, mentre il secondo è stato modificato dal Regolamento (UE) 2024/1264 del Consiglio, del 29 aprile 2024.

A quanto precede si sono poi aggiunti gli effetti della crisi finanziaria globale del 2008, nonché di quella socio-economica derivante dalla pandemia da Covid-19 esplosa nel 2020²⁰.

La *ratio* del coinvolgimento di soggetti privati nell'assolvimento di compiti tradizionalmente demandati a soggetti pubblici (quali la fornitura di servizi pubblici o la realizzazione di infrastrutture di pubblico interesse come strade, autostrade, ospedali, impianti per il trattamento di rifiuti, ma anche – come si avrà modo di approfondire *infra* – infrastrutture digitali) è duplice: da un lato, tale coinvolgimento consente di sopperire alla limitatezza delle risorse finanziarie a disposizione delle amministrazioni pubbliche, tramite il ricorso a capitali privati; dall'altro lato, permette di sfruttare il bagaglio di conoscenze tecnico-scientifiche e il *know-how* maturati da operatori esperti nel settore di mercato di volta in volta considerato, al fine di colmare le lacune conoscitive ed esperienziali che possono costituire un limite all'azione pubblica, non essendo frequente la presenza nei ranghi delle amministrazioni, soprattutto a livello locale, di soggetti dotati delle competenze specialistiche necessarie per la realizzazione dei progetti più complessi²¹.

²⁰ Sull'evoluzione dell'intervento pubblico nell'economia e sull'impatto delle crisi sulle modalità di tale intervento, si v., tra gli altri, F. Bilancia, *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2022; G. Bucci, *Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, 2022; S. Cassese (a cura di), *La nuova Costituzione economica*, Laterza, 2021; F. Bassanini, G. Napolitano, L. Torchia (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, il Mulino, 2021; E. Cardi, *Mercati e Istituzioni in Italia, Diritto ed Economia*, Giappichelli, 2022; C. Franchini, L. Paganetto (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Il Mulino, 2002; G. Della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Il Mulino, 1998.

²¹ Rilevava sul punto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza del 3 marzo 2008, n. 1, che “[l]a *ratio* dell'istituto va rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. L'acquisizione del patrimonio cognitivo, composto di conoscenze tecniche e scientifiche, maturato dal privato nelle singole aree strategiche di affari, costituisce un arricchimento del *know-how* pubblico oltre che un possibile alleggerimento degli oneri economico-finanziari, che le pubbliche amministrazioni devono sopportare in sede di erogazione di servizi o di realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità”.

Si v. sul punto, tra gli altri, Barbato E., Guzzo G., *Il partenariato pubblico-privato: tra project financing e società miste*; De Luca, G., Tasca, R., *Finanziare le infrastrutture: storia, innovazioni e teoria dalle “vie” romane al partenariato pubblico privato*.

Con specifico riguardo al tema del ricorso al partenariato pubblico-privato quale strumento utile – tra l'altro – a integrare le non sempre sufficienti competenze tecnico specialistiche delle amministrazioni, si v., tra gli

In una più ampia prospettiva di politica economica e fiscale, poi, il ricorso al partenariato pubblico-privato, se sistematizzato e a lungo termine, potrebbe essere in grado di generare effetti positivi anche in termini di alleggerimento del carico fiscale sulla collettività, grazie al finanziamento a carico dei *partner* privati (e non più, dunque, o non solo, della finanza statale) di iniziative di pubblico interesse. La competizione tra diversi operatori di mercato, poi, dovrebbe essere in grado di generare effetti positivi per l'utenza anche tramite l'abbassamento dei costi dei servizi²².

In Europa (*rectius* nell'ordinamento giuridico dell'Unione Europea)²³, la nascita del partenariato pubblico-privato come categoria giuridica autonoma viene tradizionalmente ricondotta al “Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” della Commissione europea del 30 aprile 2004²⁴²⁵.

altri, Siclari D., *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*; Siclari D., *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, n. 2/2020, p. 591 ss. In tempi meno recenti, rilevava lo scarso livello della progettazione pubblica anche Tonetti A., *IL DECRETO "DEL FARE": IL RILANCIO DELL'ECONOMIA - Ancora sulle infrastrutture: il nodo della "fattibilità"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2013.

²² Si v. al riguardo Valaguzza S., Parisi E., *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*.

²³ Quanto ai singoli ordinamenti giuridici degli Stati membri, la “patria” del partenariato pubblico-privato può senza dubbio ritenersi essere il Regno Unito. Ed infatti, nel Regno Unito, la *public-private partnership*, intesa come coinvolgimento di soggetti privati nel finanziamento di progetti di pubblico interesse, ha conosciuto una importante diffusione sin dagli anni Novanta del secolo scorso, quale evoluzione del processo di privatizzazione di molte aziende statali che aveva interessato il precedente decennio. Durante il Governo di John Major, nel 1992, il concetto di PPP ha iniziato a prendere forma concreta a seguito dell'avvio della *Private Finance Initiative* (c.d. PFI). Il programma governativo, annunciato nel 1992 dal Cancelliere dello Scacchiere Norman Lamont e successivamente descritto in una pubblicazione del Ministero del Tesoro intitolata *"The Private Finance Initiative – Breaking New Ground"* (1993), prevedeva il ricorso a nuove modalità di approvvigionamento pubblico, prevedendo il coinvolgimento di finanziatori privati per progetti a lungo termine destinati alla realizzazione di infrastrutture e alla fornitura di servizi di pubblica utilità.

Per approfondimenti sul punto, si vedano, tra gli altri, F. Cassella, *Il project financing nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2005, p. 1801 ss.; M. Sawyer, *The Private finance initiative, The Uk experience, Research in Transportation Economics*, n. 15/2005, p. 231 ss.

²⁴ Il documento è reperibile sul sito ufficiale dell'Unione Europea al seguente link: <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/94a3f02f-ab6a-47ed-b6b2-7de60830625e>.

²⁵ Con specifico riguardo all'Italia, merita tuttavia precisare che uno specifico tipo di partenariato pubblico-privato (la finanza di progetto) è stato introdotto nell'ordinamento sin dal 1998, tramite la legge n. 415 del 18 novembre 1998, che ha apportato modifiche alla legge n. 109 dell'11 febbraio 1994 (recante “Legge quadro in materia di lavori pubblici”, c.d. Legge Merloni). Mancava tuttavia nella Legge Merloni un inquadramento generale e una disciplina organica dell'istituto del partenariato pubblico-privato.

Per un'analisi approfondita dell'istituto della finanza di progetto (ivi inclusa la relativa evoluzione storica), si rinvia al successivo Capitolo II.

Il documento in questione si è fatto carico di “*analizza[re] il fenomeno dei PPP*”, identificando la disciplina allo stesso applicabile “*alla luce del diritto comunitario*”, in un contesto nel quale la normativa europea in materia di appalti al tempo vigente²⁶ non conteneva alcuna definizione di partenariato pubblico-privato (né, a dire il vero, menzionava mai espressamente tale istituto)²⁷.

Il Libro verde del 2004 ha individuato, quali elementi caratterizzanti il partenariato pubblico-privato, i seguenti:

- (i) la durata relativamente lunga della collaborazione, anche in considerazione della complessità delle opere o servizi oggetto del rapporto e della necessità, per la parte privata, di recuperare l’investimento posto in essere;
- (ii) la modalità di finanziamento del progetto, che deve essere garantito da parte dal *partner* privato, anche eventualmente (come spesso accade) tramite ricorso al debito. Quanto precede non esclude tuttavia, precisa il Libro verde, che un’operazione contrattuale possa qualificarsi come partenariato pubblico-privato anche qualora finanziamenti e/o contributi pubblici vadano ad aggiungersi ai finanziamenti privati;
- (iii) il coinvolgimento dell’operatore economico nelle fasi di progettazione, realizzazione, attuazione e finanziamento del progetto, mentre il *partner* pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d’interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e verifica il rispetto di questi obiettivi;

²⁶ Si fa riferimento alla Direttiva 2004/18/CE, allora vigente, che stabiliva le norme per l’aggiudicazione di appalti di lavori pubblici, forniture e servizi.

²⁷ Nella risoluzione A6-0363/2006 del 16 ottobre 2006, il Parlamento europeo, pur esprimendo apprezzamento per il Libro verde della Commissione del 2004, si dichiarava “*contrario alla creazione di un regime giuridico specifico per i PPP, ma ritiene necessaria un’iniziativa legislativa nel settore delle concessioni che rispetti i principi del mercato interno e i valori soglia e preveda regole semplici per le procedure di appalto nonché un chiarimento nell’ambito dei partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*” e ritenendo comunque “*fondamentalmente necessaria l’applicazione della normativa sugli appalti pubblici nel momento in cui bisogna scegliere un partner privato*”. Si v. sul punto E. Campagnano, *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato. Servizi pubblici e infrastrutture*, CEDAM, 2020. Sull’assenza di una definizione di partenariato pubblico privato anche nella c.d. direttiva concessioni del 2014 (Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione) si v. M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico commerciale*, 2017.

- (iv) la ripartizione dei rischi tra il *partner* pubblico e il *partner* privato in modo tale che a quest'ultimo siano trasferiti buona parte dei rischi che ordinariamente (*i.e.* nel caso di ricorso al più “tipico” strumento dell'appalto) gravano in capo alla parte pubblica²⁸.

Così precisate le caratteristiche comuni ai diversi tipi di operazioni economiche riconducibili al partenariato pubblico-privato, il Libro verde ne ha poi individuate due macro-categorie: il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale, riscontrabile tutte le volte in cui la collaborazione tra la pubblica amministrazione e il *partner* privato si esaurisca in un rapporto di tipo convenzionale, e il partenariato pubblico-privato c.d. istituzionalizzato, che implica la costituzione di una entità nuova e distinta, nella quale si incarna e tramite la quale si realizza il progetto comune.

In Italia, la prima codificazione organica della materia dei contratti pubblici – introdotta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e, dunque, cronologicamente successiva al Libro verde della Commissione europea, e anche alle direttive in materia di appalti del 2004 che il Codice italiano del 2006 intendeva recepire – conteneva una definizione di “*contratti di partenariato pubblico-privato*” che ne valorizzava, quali elementi distintivi, “*il finanziamento totale o parziale a carico di privati*” e l’allocazione dei rischi “*ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti*”²⁹.

²⁸ Il Libro verde della Commissione europea ha destato molto interesse nella dottrina dell'epoca. Per una raccolta di contributi sul tema, si v. M.P. Chiti (a cura di), *Il Partenariato pubblico privato*, Bononia University Press, Bologna, 2005.

²⁹ La definizione in questione era contenuta all'articolo 3, comma 15-ter, del d. lgs. n. 163/2006 (inserito dall'art. 2, comma 1, lett. a), n. 2), del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 e, successivamente, modificato dall'art. 44, comma 1, lett. b), del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27), che così recitava “*Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat*”.

La medesima norma definitoria includeva poi una lista di contratti riconducibili, a titolo esemplificativo, al PPP: la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste e l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera fosse in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi.

A differenza del Libro verde, dunque, il Codice del 2006 non distingueva tra partenariato pubblico-privato contrattuale e istituzionalizzato, riconducendo (impropriamente) anche la costituzione di società a capitale misto pubblico-privato alla categoria dei "contratti" di partenariato pubblico-privato³⁰.

Se, da un lato, l'introduzione di una definizione generale di partenariato pubblico-privato manifestava l'intento del legislatore di dare a tale istituto un (primo) inquadramento normativo, tale obiettivo è poi stato in gran parte tradito dalla disciplina recata nel prosieguo del d. lgs. n. 163/2006. Ed infatti, ferma la ricordata definizione generale, mancavano nel Codice del 2006 norme generali applicabili trasversalmente al *genus* partenariato pubblico-privato (e dunque a tutti gli istituti giuridici a tale categoria riconducibili). Solo talune singole figure contrattuali (e, in particolare, la finanza di progetto, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità) trovavano nel Codice una disciplina specifica. Disciplina che, tuttavia, era soltanto parziale e rinviava, per tutto quanto non espressamente previsto, alle norme in materia di appalti, ma solo "*in quanto compatibili*"³¹, attribuendo di conseguenza all'interprete il difficile compito di verificare

³⁰ Sul punto, Baldi M., *Partenariato pubblico-privato e concessioni*.

³¹ Cfr. articolo 152 del d. lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale:

"1. Alle procedure di affidamento di cui al presente capo si applicano le disposizioni:

- della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice);

- della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori);

- della parte IV (contenzioso);

- della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie).

2. Si applicano inoltre, in quanto non incompatibili con le previsioni del presente capo, le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari), a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, ovvero inferiore.

3. Le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento".

di volta in volta la sussistenza del requisito della compatibilità, con tutte le incertezze applicative che ciò comporta.

Peraltro, gli istituti riconducibili al partenariato pubblico-privato venivano disciplinati in una parte del Codice dedicata (anche) a temi diversi, con la conseguenza che, già da un punto di vista strutturale, mancava il riconoscimento di una vera e propria autonomia logico-giuridica del PPP³²: le norme dedicate alla finanza di progetto, alla locazione finanziaria e al contratto di disponibilità erano infatti collocate nel Capo III (Promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per i lavori e del contratto di disponibilità), che si inseriva nel Titolo III (Disposizioni ulteriori per i contratti relativi a lavori pubblici), a sua volta incluso nella Parte II (Contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari) del Codice.

Il percorso di definizione e sistematizzazione della disciplina del partenariato pubblico-privato in Italia, già avviato, ancorché con i limiti sin qui richiamati, con il Codice del 2006, ha poi compiuto un importante passo avanti con la successiva codificazione in materia di contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50³³³⁴.

È anzitutto mutata – non nella sostanza, ma ha assunto contorni più precisi – la definizione di “*contratto di partenariato pubblico privato*”, non più declinato al plurale, come avveniva nel Codice del 2006³⁵.

³² In questo senso si v., tra gli altri, Baldi M., *Partenariato pubblico-privato e concessioni*; Chiti M.P., *La disciplina generale del partenariato pubblico privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Un modello per lo Spazio amministrativo europeo*.

³³ Come noto, con il Codice dei contratti pubblici del 2016, il legislatore ha inteso recepire le allora nuove direttive europee in materia: Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE; Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE; Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

³⁴ Si v. Chiti M.P., *La disciplina generale del partenariato pubblico privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Un modello per lo Spazio amministrativo europeo*.

³⁵ Ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lett. eee) del d. lgs. n. 50/2016, doveva intendersi per partenariato pubblico privato “*il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore*”.

Il d. lgs. n. 50/2016 affermava anzitutto espressamente la natura (sempre) onerosa dei contratti di PPP.

Veniva poi meglio individuato (ed esplicitato) l'elemento tipico e caratterizzante l'istituto in questione, principale differenza rispetto al diverso modello contrattuale dell'appalto: a fronte del finanziamento dell'operazione contrattuale a carico (almeno parzialmente) del *partner* privato, quest'ultimo trae la remunerazione del proprio investimento non da somme corrisposte dall'amministrazione a titolo di corrispettivo per l'opera realizzata o per il servizio reso – come avviene nell'appalto – bensì dalla “disponibilità” o dallo “sfruttamento” dell'opera, oppure dalla fornitura del servizio oggetto del contratto di PPP direttamente nei confronti degli utenti finali.

Quanto alla distribuzione dei rischi, è venuto meno il rinvio a “[le] prescrizioni e [gli] indirizzi comunitari vigenti” contenuto nel Codice del 2006 e si è precisato, direttamente nel corpo della norma definitoria, che perché un'operazione possa essere definita partenariato pubblico-privato, l'operatore economico *partner* deve assumere su di sé il “rischio operativo”: la definizione delle concrete modalità atte a garantire l'effettiva traslazione di tale rischio in capo al privato veniva rimessa al contratto³⁶³⁷.

Significativo (e opportuno) è poi che nel Codice del 2016 sia scomparso, tra gli esempi di “contratto di partenariato pubblico privato”, il riferimento alla società mista: si è così distinto in modo chiaro – seguendo l'insegnamento della Commissione europea – il PPP contrattuale da quello c.d. istituzionalizzato³⁸.

³⁶ Il medesimo articolo 3, comma 1, del d. lgs. n. 50/2016, alla lettera zz), definiva il “rischio operativo” come “il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180. Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili 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 all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”.

Per un'analisi più approfondita del trasferimento del rischio operativo nel partenariato pubblico-privato, si v. *infra*.

³⁷ Per un confronto tra la definizione recata dal d. lgs. n. 163/2006 e dal d. lgs. n. 50/2016, si v. Di Cristina, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici – Il partenariato pubblico-privato quale “archetipo generale”*.

³⁸ La cui disciplina è contenuta nell'articolo 17 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 (recante il Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica).

Ulteriore novità meritevole di menzione è l'introduzione, nel d. lgs. n. 50/2016, di alcune norme di portata generale applicabili trasversalmente a tutti i diversi tipi contrattuali riconducibili al partenariato pubblico-privato (articoli 180, 181 e 182).

Anche dal punto di vista "strutturale", il Codice del 2016 attribuiva al PPP una maggiore e soprattutto autonoma rilevanza: le norme generali erano infatti collocate nel Titolo I, rubricato "Partenariato Pubblico Privato" della Parte IV (Partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento) del d. lgs. n. 50/2016.

Le menzionate disposizioni generali puntavano a coprire tutti gli aspetti – o meglio tutti i momenti *salienti* – di un'operazione economica realizzata in regime di partenariato pubblico-privato:

- l'articolo 180 (rubricato significativamente "Partenariato pubblico privato") recava una serie di principi generali applicabili a (tutti) i contratti di PPP e volti a regolarne gli aspetti più caratteristici: le modalità di remunerazione del *partner* privato, il trasferimento in capo a quest'ultimo del rischio operativo, l'eventuale canone a carico dell'amministrazione, le modalità per garantire l'equilibrio economico-finanziario del contratto, ecc.³⁹;

³⁹ Articolo 180 (Partenariato pubblico privato) del d. lgs. n. 50/2016:

“1. Il contratto di partenariato è il contratto a titolo oneroso di cui all'articolo 3, comma 1, lettera eee).
2. Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna. Nel caso di contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), i ricavi di gestione dell'operatore economico possono essere determinati e pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente, purché quantificabili in relazione ai consumi; la misura di miglioramento dell'efficienza energetica, calcolata conformemente alle norme in materia di attestazione della prestazione energetica degli immobili e delle altre infrastrutture energivore, deve essere resa disponibile all'amministrazione concedente a cura dell'operatore economico e deve essere verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, anche avvalendosi di apposite piattaforme informatiche adibite per la raccolta, l'organizzazione, la gestione, l'elaborazione, la valutazione e il monitoraggio dei consumi energetici. Il contratto di partenariato può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica.
3. Nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera come definiti, rispettivamente, dall'articolo 3 comma 1 lettere aaa), bbb) e ccc). Il contenuto del contratto è definito tra le parti in modo che il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore economico, per eseguire il lavoro o fornire il servizio, dipenda dall'effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera o dal volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda e, in ogni caso, dal rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati, purché la

- il successivo articolo 181 (Procedure di affidamento), inteso a disciplinare le modalità di affidamento dei contratti di PPP, si limitava in realtà a prevedere che questi fossero affidati “*con procedure ad evidenza pubblica*”, implicitamente rinviando, dunque, alle norme stabilite in tema di aggiudicazione dei contratti di appalto dal Titolo III della Parte I. Al medesimo articolo veniva poi introdotto il principio del monitoraggio, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, sull’attività svolta dall’operatore economico in fase esecutiva, in conformità alle Linee Guida n. 9 adottate dall’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) con Delibera del Consiglio n. 318 del 28 marzo 2018⁴⁰;

valutazione avvenga ex ante. Con il contratto di partenariato pubblico privato sono altresì disciplinati anche i rischi, incidenti sui corrispettivi, derivanti da fatti non imputabili all'operatore economico.

4. A fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, l'amministrazione aggiudicatrice può scegliere di versare un canone all'operatore economico che è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o mancata disponibilità dell'opera, nonché ridotta o mancata prestazione dei servizi. Se la ridotta o mancata disponibilità dell'opera o prestazione del servizio è imputabile all'operatore, tali variazioni del canone devono, in ogni caso, essere in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi dell'operatore economico.

5. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie altresì che a fronte della disponibilità dell'opera o della domanda di servizi, venga corrisposta una diversa utilità economica comunque pattuita ex ante, ovvero rimette la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo.

6. L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

7. Si applica quanto previsto all'articolo 165, commi 3, 4 e 5, del presente codice.

8. Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti”.

⁴⁰ Articolo 181 (Procedure di affidamento) d. lgs. n. 50/2016:

“1. La scelta dell'operatore economico avviene con procedure ad evidenza pubblica anche mediante dialogo competitivo.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico.

- infine, l'articolo 182 (Finanziamento del progetto), regolava taluni aspetti più propriamente finanziari delle operazioni di PPP, correlati al (e funzionali a garantire il) trasferimento del rischio operativo in capo alla parte privata⁴¹.

Nel commentare le disposizioni in questione nel parere reso sullo schema di decreto legislativo recante il nuovo Codice dei contratti pubblici (poi confluito nel d. lgs. n. 50/2016), anche il Consiglio di Stato ne ha riconosciuto la rilevanza nella prospettiva di dare al partenariato pubblico-privato una dimensione giuridica propria.

Si legge in particolare in tale parere che “[g]li articoli 180, 181 e 182 recano un archetipo generale del partenariato pubblico privato contrattuale [...] di cui sono concreta declinazione la finanza di progetto, la locazione finanziaria di opere pubbliche, la concessione di costruzione e gestione, il contratto di disponibilità, nonché le figure di minor rilievo economico, ma di sicuro impatto sociale, del baratto amministrativo e degli interventi di sussidiarietà orizzontale quali forme di partenariato sociale. Si introduce

3. La scelta è preceduta da adeguata istruttoria con riferimento all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto.

4. L'amministrazione aggiudicatrice esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite da linee guida adottate dall'ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi”.

⁴¹ Articolo 182 (Finanziamento del progetto) d. lgs. n. 50/2016:

“1. Il finanziamento dei contratti può avvenire utilizzando idonei strumenti quali, tra gli altri, la finanza di progetto. Il finanziamento può anche riguardare il conferimento di asset patrimoniali pubblici e privati. La remunerazione del capitale investito è definita nel contratto.

2. Il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico.

3. Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b), ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse”.

così una disciplina quadro valevole, oltre che per le figure tipizzate, anche per figure atipiche, definite, nel comma 8 come ‘qualunque altra procedura di realizzazione di partenariato in materia di opere o servizi che presentino le caratteristiche’ descritte nell’art. 180. In sintesi, partendo dalle ipotesi già normate di contratti di partenariato pubblico privato e dalla descrizione del fenomeno in chiave economica, si è introdotta una disciplina quadro”⁴².

Pur riconoscendosi l’importanza del tentativo, compiuto dal legislatore del 2016, di dar vita a una disciplina generale (ancorché “di cornice” ed essenziale) del partenariato pubblico-privato, applicabile trasversalmente ai diversi tipi contrattuali a tale istituto riconducibili, il Codice risultava ancora insoddisfacente da taluni punti di vista.

Anzitutto, da un punto di vista sistematico, il d. lgs. n. 50/2016 collocava e regolava i contratti di concessione addirittura in una autonoma Parte (la Parte III) del Codice, distinta e separata da quella dedicata al PPP. Ciò, nonostante la concessione rientri a pieno titolo, date le sue caratteristiche, nella categoria dei contratti di partenariato pubblico-privato, di cui anzi è forse la forma più diffusa⁴³.

In ogni caso, poi, non solo le norme generali di cornice di cui agli articoli 180, 181 e 182, ma anche la normativa dedicata ai singoli contratti di partenariato pubblico-privato, ivi inclusa la disciplina propria dei contratti di concessione, continuavano a operare molti rinvii alle norme in materia di appalti in quanto compatibili, con ciò non agevolando certamente il lavoro dell’interprete.

A quanto precede, e ad ulteriori limiti e contraddizioni della disciplina del 2016 si è tentato di porre rimedio con la successiva – e, ad oggi, l’ultima – codificazione della materia dei contratti pubblici, intervenuta nel 2023.

2. Il PNRR e l’introduzione di un nuovo Codice dei contratti pubblici

⁴² Si v. Di Cristina, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici – Il partenariato pubblico-privato quale “archetipo generale”*

⁴³ Si v. M. Macchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - I contratti di concessione*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 4/2016, pp. 436 ss. Per un’analisi critica delle incertezze relative ai rapporti tra partenariato pubblico-privato e concessioni nella vigenza del Codice del 2016, v. S. Valaguzza, E. Parisi, *Ricerca sull’identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, 1-27.

Quando, nel 2020, l'Italia si è trovata a dover definire politiche in grado di favorire la ripresa economico-sociale a seguito dell'emergenza pandemica da Covid-19, è apparsa quanto mai evidente la necessità di procedere a una complessiva riforma e al riordino degli strumenti a disposizione delle pubbliche amministrazioni per la realizzazione di iniziative di pubblico interesse.

Per quanto qui d'interesse, in particolare, le tempistiche stringenti imposte per il completamento dei progetti inclusi nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), pena la perdita dei fondi messi a disposizione nell'ambito del NextGenerationEU⁴⁴, hanno posto il legislatore e le strutture governative dinanzi all'ormai non più rimandabile necessità di affrontare (tra l'altro) l'inadeguatezza normativa, l'eccessiva complessità dei procedimenti e la scarsa competenza tecnica delle amministrazioni che per troppo tempo hanno ostacolato il proficuo ricorso al partenariato pubblico-privato, così condizionando negativamente lo sviluppo economico-sociale e infrastrutturale dello Stato⁴⁵.

⁴⁴ Con Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 è stato istituito il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Il dispositivo attinge al programma Next Generation EU, istituito con Regolamento (UE) 2020/2094, e rappresenta lo strumento dell'Unione Europea per promuovere e stimolare la ripresa economica e sociale degli Stati membri a seguito della pandemia da Covid-19, andando ad integrare il quadro finanziario pluriennale per il periodo 2021-2027 da 1.085,3 miliardi di euro stabilito dal Regolamento (UE, Euratom) 2020/2093.

Nell'ambito del Next Generation EU, la Commissione Europea è autorizzata a contrarre prestiti sui mercati dei capitali, per conto dell'Unione, fino a un importo di 750 miliardi di euro, 390 dei quali destinati a sovvenzioni e 360 a prestiti.

In forza del dispositivo, ciascuno Stato membro interessato a ricevere contributi finanziari (*grants*) e/o prestiti (*loans*) ha avuto facoltà di elaborare, entro i limiti di ammissibilità dettati dal Regolamento (UE) 2021/241, e presentare alla Commissione per sua valutazione un piano per la ripresa e la resilienza nazionale.

L'articolo 20 (Proposta della Commissione e decisione di esecuzione del Consiglio) del Regolamento (UE) 2021/241 prevede che su proposta della Commissione, il Consiglio approvi, mediante decisione di esecuzione, la valutazione del piano per la ripresa e la resilienza presentato dallo Stato membro ovvero, ove applicabile, del suo aggiornamento.

Nel quadro normativo sopra indicato, in data 30 aprile 2021 la Repubblica Italiana ha presentato alla Commissione il proprio piano nazionale per la ripresa e la resilienza. La proposta di PNRR è stata oggetto di valutazione positiva. Il Consiglio ha approvato tale valutazione con decisione di esecuzione del 13 luglio 2021 (reperibile al seguente [link https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10160-2021-INIT/it/pdf](https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10160-2021-INIT/it/pdf)).

Il PNRR italiano è poi stato più volte oggetto di revisioni e aggiornamenti.

⁴⁵ Si v. sul punto, tra gli altri, D. Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*; D. Siclari, *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, 591 ss.; A. Tonetti, *IL DECRETO "DEL FARE": IL RILANCIO DELL'ECONOMIA - Ancora sulle infrastrutture: il nodo della "fattibilità"*, 1143 ss.

Si v. sul punto anche il parere reso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione con delibera n. 219 del 16 marzo 2021, reperibile al seguente [link: http://anticorruzione.it/-/delibera-numero-219-del-16-marzo-2021](http://anticorruzione.it/-/delibera-numero-219-del-16-marzo-2021).

Non è un caso, allora, che il rilancio post-pandemico del sistema economico, sociale e produttivo italiano sia stato affidato (anche) alla riforma della disciplina degli affidamenti pubblici, inserita tra le “riforme abilitanti” del PNRR⁴⁶, né che tra i principi e criteri direttivi a tal fine fissati dalla legge-delega 21 giugno 2022, n. 78, alla lett. aa) dell’art. 1, comma 2, vi fosse la “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”.

La legge-delega richiedeva, insomma, una riforma della disciplina del partenariato pubblico-privato che fosse improntata a principi di semplificazione e flessibilità, anche nell’ottica di estendere il ricorso allo strumento aumentandone l’attrattività agli occhi dei possibili *partner* privati, potenzialmente scoraggiati (tra l’altro) dall’eccessiva farraginosità e lunghezza delle procedure di selezione.

In data 1 luglio 2023, è dunque entrato in vigore il d. lgs. n. 31 marzo 2023, n. 36 (recante il terzo Codice dei contratti pubblici italiano).

Il d. lgs. n. 36/2023 dedica al partenariato pubblico-privato (e ai singoli istituti riconducibili a tale nozione) un autonomo Libro, il IV, denominato “Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni”⁴⁷.

La disciplina recata dal nuovo Codice è, per usare le parole della relativa relazione illustrativa⁴⁸, “esaustiva e auto-inclusiva”, i rinvii alle norme in materia di appalti sono

⁴⁶ Per riforme abilitanti si intendono quelle “funzionali a garantire l’attuazione del Piano e in generale a rimuovere gli ostacoli amministrativi, regolatori e procedurali che condizionano le attività economiche e la qualità dei servizi erogati” (v. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, p. 35).

⁴⁷ Per un commento generale sulla disciplina dedicata al partenariato pubblico-privato nel Codice dei contratti pubblici del 2023, si v., tra gli altri, A. Botto, S. Castrovinci Zenna (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, 2024; R. Giovagnoli, G. Rovelli, *Codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2024. Si v. anche D. Bolognino, H. Bonura, E. Griglio, A. Storto, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il commento organico al D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36*, Collana Tribuna Dossier, diretta da Luigi Viola, La Tribuna, 2023 e M. Clarich, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2025.

⁴⁸ Il riferimento è alla relazione illustrativa allo “Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici” sottoposto all’esame del Parlamento.

limitati rispetto alla previgente disciplina. Nelle intenzioni dei codificatori del 2023, il partenariato pubblico-privato dovrebbe costituire un micro-sistema normativo autonomo.

I caratteri fondamentali dell'istituto rimangono sostanzialmente invariati, ma nella nuova cornice sono meglio esplicitati.

A livello definitorio, si abbandona il lessico tipicamente pubblicistico proprio del Codice del 2016, in segno di riconoscimento delle peculiarità di uno strumento che punta a farsi più attrattivo agli occhi degli investitori. In quest'ottica, l'essenza del PPP non è più individuata nel (e limitata al) *conferimento* a un privato della “*realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa*”, come avveniva nel Codice del 2016⁴⁹.

Nel nuovo Codice, all'articolo 174, il PPP è definito come “*operazione economica*” fondata su un contratto di lunga durata, nell'ambito della quale al privato spetta di realizzare e gestire, con assunzione del rischio operativo, un “*progetto*” (viene dunque meno il limitante riferimento all’“*opera pubblica*”), garantendo in misura maggioritaria la copertura del relativo fabbisogno finanziario.

La P.A., in considerazione del fine pubblico che l'operazione deve realizzare, definisce gli obiettivi del progetto (cosiddetti *KPI – Key Performance Indicators*) e ne verifica il rispetto da parte del *partner* privato⁵⁰.

⁴⁹ Il riferimento è alla definizione contenuta all'art. 3, comma 1, lett. eee), d. lgs. n. 50/2016, illustrata *supra*.

⁵⁰ Art. 174, comma 1, d. lgs. n. 36/2023:

“*Il partenariato pubblico-privato è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche:*

- a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico;*
- b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima;*
- c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione;*
- d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato”.*

La medesima norma introduce poi esplicitamente (per la prima volta in modo così chiaro) la distinzione tra partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale e di tipo istituzionale, prevedendo ai commi 3 e 4 che:

Così tratteggiati i contorni dell'istituto, le caratteristiche fondamentali del partenariato pubblico-privato si presentano sufficientemente flessibili da consentire di qualificarlo come un sistema contrattuale aperto e atipico, al quale possono essere ricondotte operazioni economiche tra loro eterogenee⁵¹.

Una ulteriore importante novità del Codice del 2023, rispetto al suo predecessore, si rinviene nella struttura dello stesso e, in particolare, del Libro IV dedicato, come visto, al partenariato pubblico-privato.

Se, infatti il d. lgs. n. 50/2016 recava la disciplina dei contratti di concessione alla Parte III, mentre al PPP (ivi inclusa la finanza di progetto) era dedicato il Titolo I (Partenariato Pubblico-Privato) della Parte IV (Partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento), nel d. lgs. n. 36/2023 le norme generali in materia di partenariato pubblico-privato (di cui alla Parte I del Libro IV) precedono la disciplina delle figure contrattuali "tipiche" ad esso riconducibili: la Parte II del Libro IV regola il contratto di concessione (e, al Titolo IV, la finanza di progetto); la Parte III la locazione finanziaria; la Parte IV il contratto di disponibilità; la Parte V, infine, chiude il sistema con "*altre disposizioni in materia di partenariato pubblico-privato*".

La riorganizzazione è concettuale prima ancora che strutturale.

Innanzitutto, trova riconoscimento normativo, nella sistematica del Codice del 2023, l'identificazione della concessione come *species* del più ampio *genus* partenariato pubblico-privato⁵².

"3. Il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, anche nelle forme della finanza di progetto, 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. [...]

4. Il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica ed è disciplinato dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, e dalle altre norme speciali di settore."

Per un'analisi e commento all'articolo 174 del d. lgs. n. 36/2023, si v. tra gli altri R. Cori, *sub Articolo 174*, in Botto A., Castrovinci Zenna S. (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*; F. Rizzo, *sub Articolo 174*, in Giovagnoli R., Rovelli G., *Codice dei contratti pubblici*.

⁵¹ In questo senso, E. Campagnano, *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato. Servizi pubblici e infrastrutture*.

⁵² Per un'analisi critica delle incertezze relative ai rapporti tra partenariato pubblico-privato e concessioni nella precedente disciplina, si v. ancora S. Valaguzza, E. Parisi, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, 1-27.

Ancora, tramite un sistema di “scatole cinesi”, la finanza di progetto, in precedenza trattata quale istituto autonomo, viene ricondotta al contratto di concessione, di cui costituisce un sotto-tipo (più precisamente, la finanza di progetto costituisce una modalità di finanziamento delle concessioni)⁵³. Alla finanza di progetto, comunque, è riservata una disciplina in parte speciale rispetto a quella “generale” dei contratti di concessione, in ragione delle peculiarità che caratterizzano tale istituto⁵⁴.

Oltre alla norma definitoria di cui all’articolo 174, il Codice del 2023 contiene, al successivo articolo 175⁵⁵, un’ulteriore disposizione innovativa e meritevole di menzione: viene introdotto, al comma 1, il “programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato”.

Per comprenderne la *ratio* e la rilevanza, deve considerarsi che, tra i principali limiti al (fruttuoso) ricorso al PPP sino ad oggi riscontrati, un ruolo rilevante hanno assunto l’insufficienza delle attività di programmazione da parte delle amministrazioni e la scarsa specializzazione delle stazioni appaltanti, che rende difficile il compimento delle complesse valutazioni di natura economico-finanziaria, contrattuale e gestionale sottese alle operazioni realizzate in regime di partenariato pubblico-privato⁵⁶.

In questo contesto, lo strumento in commento dovrebbe consentire, da un lato, una più attenta ponderazione, da parte delle amministrazioni, circa l’opportunità di realizzare un determinato progetto tramite ricorso al PPP, e, dall’altro lato, di accelerare le procedure di valutazione e aggiudicazione, anticipando alla fase di programmazione attività e considerazioni altrimenti svolte in momenti successivi. Ciò dovrebbe contribuire, oltre che a una maggiore trasparenza e certezza dell’attività amministrativa, anche all’aumento

⁵³ Resta, comunque, all’art. 198 del d. lgs. n. 136/2023, la norma di chiusura del sistema già prevista nell’impianto codicistico del 2016, secondo cui la presentazione di proposte di finanza di progetto c.d. ad iniziativa privata può riguardare “*in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato*”. La finanza di progetto è, dunque, un’operazione economica il cui punto di caduta tipico (anche se non necessariamente esclusivo) è la stipula di un contratto di concessione.

⁵⁴ Sulla finanza di progetto si veda ampiamente *infra*, Capitolo II.

⁵⁵ Per un commento all’articolo 175, si v. tra gli altri R. Cori, *sub Articolo 175*, in Botto A., Castrovinci Zenna S. (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*; F. Risso, *sub Articolo 175*, in Giovagnoli R., Rovelli G., *Codice dei contratti pubblici*.

⁵⁶ Si v. sul punto, tra gli altri, D. Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*; D. Siclari, *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, 591 ss.; A. Tonetti, *IL DECRETO “DEL FARE”: IL RILANCIO DELL’ECONOMIA - Ancora sulle infrastrutture: il nodo della “fattibilità”*, 1143 ss.

Si v. sul punto anche il parere reso dall’Autorità Nazionale Anticorruzione con delibera n. 219 del 16 marzo 2021, reperibile al seguente *link*: <http://anticorruzione.it/-/delibera-numero-219-del-16-marzo-2021>.

dell'attrattività delle operazioni in regime di partenariato pubblico privato per gli investitori privati, come richiesto dalla legge-delega⁵⁷.

Sempre nell'ottica di una maggiore qualità delle valutazioni alla base del ricorso al partenariato pubblico-privato per la realizzazione di progetti di interesse pubblico, l'articolo 175 del d. lgs. n. 36/2023 prevede, al comma 2, che, ferme le attività di programmazione di cui al comma 1, l'avvio delle singole operazioni di PPP debba⁵⁸ essere preceduto da una “*valutazione preliminare di convenienza e fattibilità*”, fondata “*sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale*”, anche a confronto con l'alternativa dell'appalto⁵⁹⁶⁰.

⁵⁷ Si v. F. Risso, *sub Articolo 174*, in Giovagnoli R., Rovelli G., *Codice dei contratti pubblici*.

⁵⁸ Sulla non derogabilità della valutazione preliminare di convenienza e fattibilità prevista dall'articolo 175, comma 2, del Codice si v. il parere reso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) in funzione consultiva, n. 9 del 28 febbraio 2024, reperibile al seguente [link: https://www.anticorruzione.it/-/parere-funzione-consultiva-n.-9-del-28-febbraio-2024](https://www.anticorruzione.it/-/parere-funzione-consultiva-n.-9-del-28-febbraio-2024).

⁵⁹ Più in particolare, prevede il richiamato articolo 175, comma 3, del d. lgs. n. 36/2023 che ai fini della valutazione di fattibilità si metta a confronto “*la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente*”. La disposizione sembra richiamare il c.d. *Public Sector Comparator*, strumento di analisi economica di derivazione anglosassone che misura la convenienza – in termini di generazione di valore – dell'operazione realizzata in regime di partenariato pubblico privato, mettendola a confronto con le alternative disponibili e, in particolare, con la realizzazione del medesimo progetto in regime di appalto. Si v. sul punto la nota dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (AVCP), le cui competenze sono oggi attribuite all'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), e dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto presso il Dipartimento per la Programmazione Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (UTFP) del settembre 2009, recante “*Analisi delle tecniche di valutazione per la scelta del modello di realizzazione dell'intervento: il metodo del Public Sector Comparator e l'analisi del valore*”, reperibile al seguente [link: https://www.anticorruzione.it/-/analisi-delle-tecniche-di-valutazione-per-la-scelta-del-modello-di-realizzazione-dell-intervento-il-metodo-del-psc-public-sector-e-l-analisi-del-valore](https://www.anticorruzione.it/-/analisi-delle-tecniche-di-valutazione-per-la-scelta-del-modello-di-realizzazione-dell-intervento-il-metodo-del-psc-public-sector-e-l-analisi-del-valore).

⁶⁰ Una valutazione preliminare del progetto da realizzare in regime di PPP era prevista anche dal d. lgs. n. 50/2016, ma in termini decisamente più generici. In particolare, l'articolo 181 del Codice del 2016 prevedeva al comma 3 che il ricorso al partenariato pubblico-privato fosse preceduto da una “*adeguata istruttoria*” – anche da questo punto di vista, il Codice del 2023, in segno di riconoscimento delle peculiarità delle operazioni di PPP e della loro forte componente economico-commerciale, accanto a quella puramente procedimentale-amministrativistica, abbandona il linguaggio tipicamente pubblicistico per parlare invece di “*valutazione di convenienza e fattibilità*”) – con riferimento “*all'analisi della domanda e dell'offerta, della sostenibilità economico-finanziaria e economico-sociale dell'operazione, alla natura e alla intensità dei diversi rischi presenti nell'operazione di partenariato, anche utilizzando tecniche di valutazione mediante strumenti di comparazione per verificare la convenienza del ricorso a forme di partenariato pubblico privato in alternativa alla realizzazione diretta tramite normali procedure di appalto*”.

Non ci si può esimere da un commento: per quanto pregevole sia l'intento di rendere più solide e accurate le valutazioni preliminari al ricorso al PPP, nell'ottica di consentire un utilizzo più frequente e fruttuoso allo strumento, le buone intenzioni del legislatore rischiano di essere frustrate, nei fatti, dalle limitate capacità dei competenti apparati amministrativi di cui già si è detto *supra*. In altri termini, la previsione normativa di un doppio momento dedicato all'espletamento di valutazioni giuridiche e tecnico-economiche sulla fattibilità dei progetti rischia, infatti, di risolvere ben poco, finendo per costituire un mero aggravio procedurale, se la preparazione delle stazioni appaltanti incaricate di tali valutazioni resta insufficiente⁶¹. A ciò si aggiunga che, sulla sola base del testo della previsione codicistica in commento, è difficile tracciare un confine e una differenziazione netti tra le valutazioni che dovrebbero essere compiute in sede di programmazione, di cui al comma 1 dell'articolo 175, e quelle appannaggio della successiva fase valutativa di cui al comma 2, con conseguente rischio di sovrapposizioni e inefficienti duplicazioni.

È forse proprio per far fronte al problema della scarsa specializzazione delle stazioni appaltanti che, al comma 3, l'art. 175 introduce una disposizione simile a quella già prevista dall'art. 18-*bis*, D.L. 30 aprile 2022, n. 36 con riferimento ai progetti finanziati dal PNRR⁶².

La norma prevede che, “*ai fini della valutazione preliminare di cui al comma 2*”, le amministrazioni siano tenute a richiedere un parere al Nucleo di consulenza per

⁶¹ Né a colmare il *gap* di competenze che inficia le valutazioni condotte dalle stazioni appaltanti pare essere sufficiente, tenuto conto delle peculiarità che caratterizzano il PPP rispetto agli altri tipi di contratti pubblici, la previsione contenuta all'art. 174, comma 5, d. lgs. n. 36/2023, ai sensi del quale i contratti di partenariato pubblico-privato possono essere stipulati solo da amministrazioni aggiudicatrici qualificate ai sensi dell'art. 63 del medesimo Codice.

⁶² Tale disposizione prevedeva, al comma 3, che “*Le amministrazioni aggiudicatrici interessate a sviluppare i progetti [finanziati tramite risorse afferenti al PNRR, n.d.r.] secondo la formula del partenariato pubblico privato ai sensi degli articoli 180 e seguenti del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, di importo superiore a 10 milioni di euro, da calcolare ai sensi del medesimo codice, sono tenute a richiedere un parere preventivo al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato al fine della preliminare valutazione della corretta impostazione di tali progetti, in particolare rispetto all'allocazione dei rischi e alla contabilizzazione. Il parere, emesso dal DIPE di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, entro i successivi quarantacinque giorni, non assume carattere vincolante per le amministrazioni richiedenti. E' facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice discostarsi dal parere mediante provvedimento motivato che dia conto delle ragioni della scelta, nonché dell'interesse pubblico soddisfatto*”.

l’attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), inviando contestualmente la documentazione anche al Ministero dell’Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, prima della pubblicazione del bando di gara (in caso di progetto a iniziativa pubblica) oppure prima della dichiarazione di fattibilità (in caso di progetto a iniziativa privata)⁶³. Il parere non è vincolante ma l’amministrazione che intenda discostarsene deve darne “*adeguata motivazione, dando conto delle ragioni della decisione e indicando, in particolare, la modalità di contabilizzazione adottata*”.

Pur senza voler mettere in discussione l’opportunità della previsione in commento, merita evidenziare come la sua applicazione sia limitata ai progetti di interesse statale o comunque finanziati con contributo a carico dello Stato, e tra questi solo a quelli per i quali non è già previsto che si esprima il Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS) e il cui valore sia pari o superiore a 50 milioni di euro. Ne restano così tendenzialmente fuori i progetti di responsabilità delle amministrazioni per loro natura meno avvezze alle complesse

⁶³ La norma in questione è stata modificata per effetto del c.d. Decreto Correttivo di cui al d. lgs. n. 31 dicembre 2024, n. 209 (recante “*Disposizioni integrative e correttive al codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36*”), di cui si dirà ampiamente *infra*. Prima del Correttivo, nella sua versione originaria, l’articolo 175, comma 3, del d. lgs. n. 36/2023 così disponeva: “*Nei casi di progetti di interesse statale oppure di progetti finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia già previsto che si esprima il CIPESS, gli enti concedenti interessati a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pubblico-privato, il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo pari o superiore a 250 milioni di euro, richiedono parere, ai fini della valutazione preliminare di cui al comma 2, al CIPESS, sentito il Nucleo di consulenza per l’attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Il CIPESS si pronuncia entro quarantacinque giorni dalla richiesta. Nei casi di progetti di interesse statale o finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia 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 50 milioni di euro e inferiore a 250 milioni di euro, richiedono un parere preventivo, non vincolante, ai fini della valutazione preliminare di cui al comma 2, al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri; tale parere è emesso di concerto con il Ministero dell’economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato entro quarantacinque giorni dalla richiesta; decorso il termine, salvo sospensione per integrazione documentale secondo quanto previsto dall’articolo 2, comma 7, della legge 7 agosto 1990, n. 241, si applica l’articolo 16, comma 2, della legge n. 241 del 1990. I suddetti pareri devono essere chiesti prima della pubblicazione del bando di gara in caso di progetto a iniziativa pubblica ovvero prima della dichiarazione di fattibilità in caso di progetto a iniziativa privata. Il Presidente del Consiglio dei ministri, dopo la valutazione preliminare, può sottoporre lo schema di contratto ai pareri del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato, anche per la valutazione di profili diversi da quello della convenienza*”.

valutazioni che un'operazione in PPP implica: gli enti e le amministrazioni di livello territoriale o locale⁶⁴.

La *ratio* è evidente: garantire il controllo dello Stato su iniziative di rilevante valore economico, con l'obiettivo di intercettare sin da subito eventuali profili di inefficienza o diseconomicità.

Con riferimento a profili (anche) diversi da quello della convenienza economica dell'operazione, poi, l'articolo 175, comma 3 del Codice si chiude prevedendo che, dopo la valutazione preliminare, il Presidente del Consiglio dei Ministri possa sottoporre lo schema di contratto ai pareri del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio di Stato. Ciò, sempre (e solo) con riferimento ai progetti di interesse statale o comunque finanziati con contributo a carico dello Stato il cui valore sia pari o superiore a 50 milioni di euro

Anche le successive norme contenute nell'articolo 175 in commento paiono perseguire il medesimo obiettivo di ridurre le inefficienze e incrementare il fruttuoso ricorso al partenariato pubblico-privato.

Il comma 5 prevede che al responsabile unico di progetto, figura regolata in via generale dall'articolo 15 del Codice, sia attribuito, nel caso di operazioni realizzate in regime di PPP, il ruolo di "responsabile unico del progetto di partenariato", con il compito di coordinare e controllare l'esecuzione del contratto dal punto di vista sia tecnico, sia contabile, verificando costantemente il rispetto, da parte del *partner* privato, dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni pattuiti.

Ancora, il comma 7 dell'articolo 175 introduce una innovativa forma di controllo centralizzato su tutti i progetti di partenariato pubblico-privato, svolta da parte di organismi dotati di ampie competenze in materia finanziaria, economica e gestionale: il Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

⁶⁴ Prima del c.d. Decreto Correttivo di cui al d. lgs. n. 209/2024, l'articolo 175 del Codice prevedeva che regioni ed enti locali potessero richiedere un parere non vincolante al DIPE, a loro discrezione, "*quando la complessità dell'operazione contrattuale lo richieda*".

Tale controllo si esercita, in particolare, tramite il “portale sul monitoraggio dei contratti di partenariato pubblico privato” istituito presso la Ragioneria Generale dello Stato, mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a trasmettere le informazioni sui contratti stipulati (ma solo se prevedono la realizzazione di opere o lavori).

Meritevole di menzione è la previsione secondo cui, al fine di rendere effettivo da parte delle stazioni appaltanti (e dunque efficace) l’utilizzo del portale in questione, la trasmissione di informazioni sui contratti stipulati è espressamente prevista come “*condizione di efficacia*” degli stessi.

Ancora interessante – in quanto tenta di porre rimedio a uno degli ostacoli riscontrati con più frequenza, nella pratica, nella strutturazione di operazioni in regime di partenariato pubblico-privato, vale a dire l’individuazione di fonti di finanziamento solide ed efficaci – è la previsione secondo cui sul portale di cui al comma 7 dell’articolo 175 debbano essere pubblicate e aggiornate, a cura della Ragioneria Generale dello Stato, “*le migliori prassi in materia di forme e caratteristiche tecniche di finanziamento di partenariato pubblico-privato più ricorrenti sul mercato*”⁶⁵.

Nel complesso, le previsioni di cui all’articolo 175 del Codice⁶⁶ (per come modificato e integrato dal d. lgs. n. 209/2024) mirano a superare taluni dei problemi (normativi, ma anche, e soprattutto, fattuali) che, nella vigenza della precedente disciplina, hanno costituito un limite al proficuo ricorso al partenariato pubblico-privato: le scarse competenze degli organi amministrativi in ambito economico-commerciale, la debolezza delle valutazioni di fattibilità, l’insufficiente programmazione.

Solo il tempo consentirà di dire se l’obiettivo perseguito dal legislatore sia stato effettivamente raggiunto.

3. Il ricorso a capitali privati e l’allocazione dei rischi: il delicato confine tra PPP e contratto di appalto

⁶⁵ Cfr. articolo 175, comma 8, d. lgs. n. 36/2023.

⁶⁶ Per un commento si v. tra gli altri R. Cori, *sub Articolo 175*, in Botto A., Castrovinci Zenna S. (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*; F. Risso, *sub Articolo 175*, in Giovagnoli R., Rovelli G., *Codice dei contratti pubblici*.

Si è anticipato sopra come uno degli elementi caratterizzanti il partenariato pubblico-privato sia il trasferimento in capo al *partner* privato del c.d. rischio operativo.

Trattasi di requisito essenziale dell'istituto in commento, la cui sussistenza deve essere garantita per tutto il ciclo di vita dell'operazione realizzata in regime di PPP: non soltanto, in fase di redazione del contratto, il rischio operativo dovrà essere allocato sul privato, ma per tutta la durata della fase esecutiva la stazione appaltante dovrà verificare che la distribuzione dei rischi rimanga, in concreto, inalterata.

È proprio sul piano dell'allocazione dei rischi che emerge una delle maggiori differenze tra il partenariato pubblico-privato (di tipo contrattuale) e i contratti di appalto. Negli appalti, che costituiscono la più tradizionale espressione dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, l'appaltatore non assume i rischi correlati alla gestione dell'opera o alla fornitura del servizio oggetto della commessa: purché esegua le prestazioni che si è impegnato a svolgere nel rispetto delle modalità e delle condizioni pattuite, l'operatore economico avrà diritto al corrispettivo (anch'esso contrattualmente previsto) a carico della controparte pubblica.

Il tema del trasferimento del rischio è strettamente correlato a quello, cui pure si è fatto cenno sopra, dei vincoli di bilancio cui, soprattutto a seguito dell'adesione all'Unione Europea, le pubbliche amministrazioni sono tenute a sottostare. Vincoli di bilancio che, soprattutto in una realtà come quella italiana, caratterizzata da un elevato debito pubblico, implicano una rilevante limitazione alla spesa pubblica per investimenti.

Ma andiamo con ordine.

Il ricorso al partenariato pubblico-privato può costituire un utile strumento per svincolarsi dal “tetto” all'indebitamento delle amministrazioni, e ciò in quanto consente – al ricorrere di determinate condizioni – la contabilizzazione c.d. *off-balance* (letteralmente: “fuori bilancio”) degli *asset* risultanti dalla collaborazione con il *partner* privato⁶⁷.

Le regole per l'elaborazione dei dati di contabilità nazionale sono fissate, a livello europeo, dal Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del

⁶⁷ Si v. sul punto V. Manzetti, *La sostenibilità economico-finanziaria dei progetti PNRR e la contabilizzazione off-balance o on-balance dei contratti di partenariato pubblico privato tra regole di Eurostat e Codice dei contratti pubblici (vecchio e nuovo)*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, n. 1/2023.

21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione Europea (c.d. SEC 10)⁶⁸.

I principi sanciti dal SEC 10 hanno trovato ulteriore specificazione e attuazione (tra l'altro) nel Manual on Government Deficit and Debt, pubblicato per la prima volta il 4 febbraio 2013 dall'Ufficio statistico dell'Unione Europea (Eurostat)⁶⁹ e poi più volte aggiornato⁷⁰.

Il Manuale, che dedica un'intera sezione al trattamento contabile delle operazioni economiche riconducibili al paradigma del partenariato pubblico-privato (trattasi della sezione 6.4., rubricata "Public Private Partnerships (PPP)"), chiarisce che la contabilizzazione degli *asset* coinvolti in un'operazione di PPP come "pubblici" (e quindi *on-balance*) oppure "privati" (e dunque *off-balance*) dipende da come i rischi siano stati allocati, in concreto, in relazione al singolo contratto.

In particolare, la contabilizzazione *off-balance* sarà consentita tutte le volte in cui sia possibile dimostrare che è il *partner* privato ad assumere la maggior parte dei rischi correlati all'esecuzione del contratto⁷¹.

Così stando le cose, è facilmente intuibile la ragione per cui il tema dell'allocazione dei rischi assume un rilievo centrale nelle operazioni di partenariato pubblico-privato.

Come si è avuto modo di vedere brevemente sopra, uno dei maggiori vantaggi del ricorso al PPP, in luogo degli altri strumenti astrattamente a disposizione delle pubbliche amministrazioni per la realizzazione di progetti di pubblico interesse, consiste nell'apporto di risorse economiche – oltre che di competenze tecniche – da parte del *partner* privato; ciò consente di realizzare l'opera e/o erogare il servizio oggetto della *partnership* con un minor dispendio (o, in alcuni casi, addirittura senza alcun dispendio)

⁶⁸ Come successivamente modificato e integrato, da ultimo con Regolamento (UE) 2023/734 del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 marzo 2023 che modifica il regolamento (UE) n. 549/2013 relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione Europea e che abroga 11 atti giuridici nel settore della contabilità nazionale.

⁶⁹ La prima versione del Manual on Government Deficit and Debt è reperibile al seguente *link*: <https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-manuals-and-guidelines/-/manual-on-government-deficit-and-debt-implementation-of-esa95-2013-edition>.

⁷⁰ L'ultima versione è stata pubblicata nel 2023 ed è reperibile al seguente *link*: <https://ec.europa.eu/eurostat/en/web/products-manuals-and-guidelines/w/ks-gq-23-002>.

⁷¹ Al paragrafo 6.4.1.4. del Manual on Government Deficit and Debt pubblicato dall'Eurostat si legge in particolare che "*the assets involved in a PPP can be considered nongovernment assets, in national accounts, only if there is strong evidence that the partner bears simultaneously most of the risks and rewards attached to the assets (directly and linked to its use) involved in the specific partnership*".

di fondi pubblici. Tale vantaggio, tuttavia, rischierebbe di essere neutralizzato ove gli *asset* derivanti dalla collaborazione con il privato fossero considerati “pubblici” e, dunque, il relativo investimento fosse contabilizzato nel bilancio dell’amministrazione aggiudicatrice, concorrendo a formare il debito della stessa.

Non è un caso, allora, che il Codice dei contratti pubblici, nel definire i requisiti per la qualificabilità di un contratto come partenariato pubblico-privato, vi includa il trasferimento del rischio operativo in capo al *partner* privato⁷², né che la “*efficiente allocazione del rischio operativo*” rientri tra gli elementi di cui la stazione appaltante deve tener conto nella “valutazione preliminare di convenienza e fattibilità” di cui all’articolo 175, comma 2, del d. lgs. n. 36/2023, e neppure che, in fase esecutiva, l’attività di monitoraggio svolta da parte dell’amministrazione debba riguardare “*in particolare la permanenza in capo all’operatore economico del rischio operativo trasferito*”.

Si è anticipato sopra che le modalità di verifica della permanenza in capo al *partner* privato, per tutta la durata della fase esecutiva del contratto, dei rischi trasferiti siano state determinate dall’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), con le Linee Guida n. 9, recanti “Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”, approvate dal Consiglio dell’Autorità con Delibera n. 318 del 28 marzo 2018⁷³.

⁷² Come anticipato, ai sensi dell’articolo 174 (Nozione) del d. lgs. n. 36/2023, tra i requisiti che devono obbligatoriamente sussistere perché un’operazione economica possa essere qualificata come partenariato pubblico-privato, vi è il seguente: “*il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato*”.

Analoga previsione era contenuta nel previgente Codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 50/2016, che, all’articolo 3, comma 1, lett. zz), definiva il “*rischio operativo*” come “*il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito all’operatore economico nei casi di cui all’articolo 180*”, che disciplinava, per l’appunto, i contratti di partenariato pubblico privato.

⁷³ Il documento è reperibile sul sito *web* dell’ANAC. Merita precisare che Linee Guida n. 9 sono state adottate nella vigenza del d. lgs. n. 50/2016, e in particolare ai sensi dell’articolo 181, comma 4, che prevedeva che le modalità dell’esercizio del controllo e del monitoraggio da parte delle stazioni appaltanti nei confronti dei *partner* privati nella fase esecutiva dei partenariati pubblico-privati fossero fissate con regolamento adottato dall’ANAC.

Con l’entrata in vigore del d. lgs. n. 36/2023, a partire dal 1 luglio 2023, tutti i regolamenti attuativi del previgente Codice (ivi incluse le Linee Guida n. 9) hanno perso efficacia.

Ciò nonostante è utile richiamarne il contenuto, sia per una compiuta ricostruzione di come il tema dell’allocazione dei rischi è stato affrontato nel nostro ordinamento, sia perché, nel prevedere, all’articolo 175, comma 6, che “*L’ente concedente esercita il controllo sull’attività dell’operatore economico, verificando in particolare la permanenza in capo all’operatore economico del rischio operativo trasferito*”,

Veniamo ora al concetto di “rischio operativo”, a quello correlato di “trasferimento del rischio operativo” e alle modalità per garantire una efficiente allocazione dei rischi nelle operazioni di partenariato pubblico-privato.

Come detto, il Manual on Government Deficit and Debt ha previsto che, ai fini della contabilizzazione *off-balance*, il *partner* privato debba sopportare “la maggior parte” dei rischi insiti nel contratto. Il principio alla base della distribuzione dei rischi, per come identificato dalle Linee Guida n. 9, è quello della “*maggiore capacità di controllo e gestione*”: i singoli rischi correlati al singolo contratto dovrebbe essere allocato in capo al contraente (a seconda dei casi il *partner* pubblico o il *partner* privato) che sia più in grado di controllarli e gestirli, sulla base di una valutazione condotta *ex ante* dall’amministrazione aggiudicatrice⁷⁴.

Il Manuale individua poi, ai fini dell’allocazione, tre principali categorie (*main categories*) di rischio:

- il rischio di costruzione, che include tutti i rischi insiti nella fase di realizzazione dei lavori⁷⁵;
- il rischio di disponibilità, correlato alle attività di manutenzione ordinaria e straordinaria dell’opera realizzata e/o alla quantità e qualità del servizio reso (il concetto di disponibilità fa riferimento alla necessità che l’opera o i servizi siano tenuti “a disposizione” dell’amministrazione aggiudicatrice e/o, a seconda dei casi, della collettività, per tutta la durata del rapporto)⁷⁶;
- il rischio di domanda, correlato al livello di domanda del servizio (a seconda dei casi, reso nei confronti della amministrazione aggiudicatrice oppure

il Codice del 2023 non rinvia ad alcun regolamento attuativo né entra nel dettaglio delle modalità con le quali il monitoraggio debba essere svolto.

In tale contesto, le Linee Guida n. 9 possono continuare a costituire un utile strumento dal quale ricavare principi e indicazioni utili in punto di allocazione dei rischi nei contratti di partenariato pubblico-privato, pur non essendo ormai più vincolanti.

⁷⁴ Ai sensi del punto 1.1 delle Linee Guida n. 9, “*Le amministrazioni aggiudicatrici identificano e valutano gli specifici rischi connessi alla costruzione e gestione dell’opera o del servizio oggetto del contratto di PPP, ponendo gli stessi in capo al soggetto che presenta la maggiore capacità di controllo e gestione degli stessi*”.

⁷⁵ Ai sensi del paragrafo 6.4.1.5. del Manual on Government Deficit and Debt, “*construction risk: covering events like late delivery, respect of specifications and increased costs*”.

⁷⁶ Ai sensi del paragrafo 6.4.1.5. del Manual on Government Deficit and Debt, “*availability risk: covering the volume and the quality of output (linked to the performance of the partner)*”.

direttamente in favore della collettività) oggetto del contratto di partenariato pubblico-privato⁷⁷.

Così individuate le tre principali categorie di rischi insiti in operazioni di PPP, il Manual on Government Deficit and Debt precisa⁷⁸ che può ritenersi che il *partner* privato assuma “la maggior parte” dei rischi (e, dunque, per utilizzare il linguaggio del legislatore italiano, il “rischio operativo”), con conseguente contabilizzazione *off-balance* dell’operazione, al ricorrere di entrambe le seguenti condizioni:

- sul *partner* privato ricada il rischio di costruzione e almeno uno tra il rischio di disponibilità e il rischio di domanda; e
- tenuto conto della specifica struttura dell’operazione contrattuale, il rischio non sia indirettamente trasferito sulla parte pubblica, ad esempio tramite le modalità di finanziamento dell’operazione, la previsione di una garanzia pubblica, clausole di rimborso anticipato ecc.

Resta inteso che dall’assunzione della maggior parte dei rischi derivanti dal contratto deriva anche il diritto di percepire la maggior parte dei ricavi generati dall’esecuzione dello stesso.

Nel recepire nell’ordinamento nazionale i principi sanciti a livello euro-unitario, il d. lgs. n. 50/2016 definiva il “rischio operativo”⁷⁹ in questi termini: “*il rischio legato alla*

⁷⁷ Ai sensi del paragrafo 6.4.1.5. del Manual on Government Deficit and Debt, “*demand risk: covering the variability of demand (the effective use of the asset by end-users)*”.

⁷⁸ Cfr. paragrafi 6.4.1.6. e 6.4.1.7. del Manual on Government Deficit and Debt.

⁷⁹ Il previgente Codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 163/2006, non conteneva alcun riferimento al “rischio operativo”. Ciò nonostante, l’assunzione del rischio da parte del *partner* privato costituiva già uno degli elementi caratterizzanti il partenariato pubblico-privato. Come ricordato *retro*, l’articolo 3, comma 15-*ter*, del d. lgs. n. 163/2006, nel definire il partenariato pubblico-privato, chiariva che con tale locuzione si intendeva far riferimento a quei contratti che si caratterizzavano – tra l’altro – per la allocazione dei rischi “*ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti*”. Il riferimento doveva intendersi fatto, soprattutto, al “Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni” della Commissione europea del 30 aprile 2004.

Riferimenti al rischio nel contesto dei contratti di partenariato pubblico-privato, poi, si rinvenivano:

- (i) nelle norme dedicate al contratto di disponibilità, definito come “*il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell’affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell’amministrazione aggiudicatrice di un’opera di proprietà privata destinata all’esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo*” (cfr. articolo 3, comma 15-*bis* del d. lgs. n. 163/2006), rispetto al quale si prevedeva che fosse l’affidatario ad assumere il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell’opera per il periodo di messa a disposizione dell’amministrazione aggiudicatrice (ivi inclusi i rischi derivanti dal mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa),

gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei [contratti di partenariato pubblico-privato]. Si considera che l'operatore economico nei [contratti di partenariato pubblico-privato] assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili 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 all'operatore economico nei [contratti di partenariato pubblico-privato] deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile”⁸⁰.

Il Codice del 2016 proseguiva poi definendo:

- il rischio di costruzione⁸¹, come il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento della stessa;

-
- (ii) nonché il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti (cfr. articolo 160-ter del d. lgs. n. 163/2006); nelle norme dedicate al contratto di concessione relativa a infrastrutture, rispetto al quale si prevedeva che il concessionario assumesse a proprio carico “*il rischio di gestione dell'opera*” (cfr. articolo 174 del d. lgs. n. 163/2006).

⁸⁰ Cfr. articolo 3, comma 1, lett. zz) del d. lgs. n. 50/2016. La previsione riprende quanto previsto dalla Direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione. Il considerando (18) della stessa chiarisce infatti che “*La caratteristica principale di una concessione, ossia il diritto di gestire un lavoro o un servizio, implica sempre il trasferimento al concessionario di un rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. L'applicazione di norme specifiche per la disciplina dell'aggiudicazione di concessioni non sarebbe giustificata se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sollevasse l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. Allo stesso tempo, occorre precisare che alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura*”.

⁸¹ Cfr. articolo 3, comma 1, lett. aaa) del d. lgs. n. 50/2016.

- il rischio di disponibilità, come il rischio legato alla capacità, da parte del *partner* privato⁸², di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti⁸³;
- il rischio di domanda, come il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il *partner* privato⁸⁴ deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa⁸⁵.

Chiudeva il cerchio la previsione di cui all'articolo 180 (Partenariato pubblico privato)⁸⁶, comma 3, del d. lgs. n. 50/2016, che esplicitamente chiariva, in linea con quanto previsto a livello europeo dal Manual on Government Deficit and Debt dell'Eurostat, che perché il rischio operativo potesse dirsi trasferito sull'operatore economico privato era necessario che questo assumesse, oltre al rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, per tutta la durata del rapporto⁸⁷.

⁸² In realtà, l'articolo 3 del d. lgs. n. 50/2016, nel definire sia il rischio di disponibilità che il rischio di domanda, faceva riferimento alla figura del "concessionario" (e non invece, più in generale, a quella del *partner* privato in un'operazione di partenariato pubblico-privato). Il riferimento era improprio (o, quantomeno, incompleto) perché, come visto, il rischio operativo viene in rilievo in tutte le operazioni di partenariato pubblico-privato (di cui le concessioni costituiscono, senz'altro, la forma più ricorrente nella prassi, ma non certo l'unica).

⁸³ Cfr. articolo 3, comma 1, lett. bbb) del d. lgs. n. 50/2016.

⁸⁴ V. *supra* nota n. 70.

⁸⁵ Cfr. articolo 3, comma 1, lett. ccc) del d. lgs. n. 50/2016.

⁸⁶ Come visto *supra*, una delle norme generali, applicabili trasversalmente a tutti i tipi di partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale, introdotte dal Codice del 2016 e che, secondo il Consiglio di Stato, concorrevano a dar vita ad un "archetipo generale" del PPP.

⁸⁷ Al fine di agevolare l'attività di allocazione in concreto dei rischi derivanti dai contratti di partenariato pubblico-privato (e di garantire l'attribuzione del rischio operativo in capo all'operatore economico) l'ANAC, nelle Linee Guida n. 9, aveva fornito indicazioni ulteriori circa il "contenuto" che possono nella prassi assumere il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità e il rischio di domanda. Nonostante, come anticipato, le Linee Guida n. 9 (al pari di tutte le altre Linee Guida ANAC adottate nella vigenza del d. lgs. n. 50/2016) non siano più in vigore, esse continuano a costituire una fonte utile di indicazioni operative nonché ausilio all'interpretazione, ancorché non più vincolanti. D'altra parte, come altresì illustrato sopra, la tripartizione del "rischio operativo" rilevante nel contesto di operazioni di partenariato pubblico-privato in rischio di costruzione, rischio di domanda e rischio di disponibilità non è stata un'invenzione del d. lgs. n. 50/2016, ma deriva direttamente dal Manual on Government Deficit and Debt dell'Eurostat.

Spiegavano in particolare le Linee Guida ANAC n. 9 che "2.2 Il Rischio di costruzione è definito all'articolo 3, comma 1, lettera aaa), del codice dei contratti pubblici. In tale categoria generale di rischio si distinguono, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici: a) rischio di progettazione, connesso alla sopravvenienza di necessari interventi di modifica del progetto, derivanti da errori o omissioni di progettazione, tali da incidere significativamente su tempi e costi di realizzazione dell'opera; b) rischio di esecuzione dell'opera difforme dal progetto, collegato al mancato rispetto degli standard di progetto; c) rischio di aumento del costo dei fattori produttivi o di inadeguatezza o

Quanto al Codice del 2023, questo, dopo aver previsto, all'articolo 174, che il trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore economico costituisce uno degli elementi essenziali del partenariato pubblico-privato, rinvia, per la definizione delle modalità di allocazione del rischio in questione, alla disciplina dettata, sul punto, in materia di contratti di concessione (che, in virtù di tale rinvio, diviene applicabile anche a tutte le altre forme di PPP).

L'articolo 177 (rubricato "Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo"), chiarisce che per "rischio operativo" deve intendersi il rischio "*legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi*", che comprende "*un rischio dal lato della domanda dal lato dell'offerta o da entrambi*". Per rischio dal lato della domanda, si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio dal lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto e, in particolare, il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto nel contratto.

Nonostante il d. lgs. n. 36/2023 non individui espressamente, quali componenti del rischio operativo, il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità e il rischio di domanda, come fa invece il Manual on Government Deficit and Debt dell'Eurostat e

indisponibilità di quelli previsti nel progetto; d) rischio di errata valutazione dei costi e tempi di costruzione; e) rischio di inadempimenti contrattuali di fornitori e subappaltatori; f) rischio di inaffidabilità e inadeguatezza della tecnologia utilizzata.

2.3 Il Rischio di domanda è definito all'articolo 3, comma 1, lettera ccc), del codice dei contratti pubblici. Il Rischio di domanda, che può non dipendere dalla qualità delle prestazioni erogate dall'operatore economico, costituisce di regola un elemento del consueto "rischio economico" sopportato da ogni operatore in un'economia di mercato. In tale categoria generale di rischio si distinguono i seguenti rischi specifici: a) rischio di contrazione della domanda di mercato, ossia di riduzione della domanda complessiva del mercato relativa al servizio, che si riflette anche su quella dell'operatore economico; b) rischio di contrazione della domanda specifica, collegato all'insorgere nel mercato di riferimento di un'offerta competitiva di altri operatori che eroda parte della domanda. Il Rischio di domanda non è di regola presente nei contratti nei quali l'utenza finale non abbia libertà di scelta in ordine alla fornitura dei servizi (ad es. carceri, scuole, ospedali) e, pertanto, in tali casi, ai fini della qualificazione del contratto come PPP, è necessaria l'allocazione in capo all'operatore economico, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità di cui al successivo punto 2.4. a)

2.4 Il Rischio di disponibilità è definito all'articolo 3, comma 1, lettera bbb), del codice dei contratti pubblici. In tale categoria generale di rischio si distinguono, a titolo esemplificativo e non esaustivo, i seguenti rischi specifici: a) rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi; b) rischio di performance, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli indicatori chiave di prestazione (Key Performance Indicator - KPI) elaborati preventivamente in relazione all'oggetto e alle caratteristiche del contratto o agli standard tecnici e funzionali prestabiliti, con conseguente riduzione dei ricavi; c) rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare".

come avveniva anche nel Codice del 2016 e nelle Linee Guida ANAC n. 9, tale tripartizione ideale del rischio operativo pare comunque implicita nella differenziazione che il Codice opera tra rischio “sul lato della domanda” (categoria nella quale rientra il rischio di domanda) e “sul lato dell’offerta” (categoria nella quale rientrano il rischio di costruzione e il rischio di disponibilità)⁸⁸.

In linea con la definizione recata dal Codice del 2016, il d. lgs. n. 36/2023 chiarisce che il rischio operativo può dirsi trasferito sul *partner* privato quando, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati e/o dei costi sostenuti per la gestione dell’opera o per l’erogazione dei servizi oggetto del contratto⁸⁹.

Dunque: perché un’operazione economica possa qualificarsi come partenariato pubblico privato, è necessario che questa sia finanziata con risorse provenienti “*in misura significativa*”⁹⁰ dal *partner* privato e che quest’ultimo sia assoggettato al rischio di non recuperare l’investimento posto in essere (in virtù dell’assunzione del rischio di costruzione e di almeno uno tra il rischio di disponibilità o di domanda). Tale rischio deve dipendere da fattori estranei alla volontà delle parti⁹¹, che si collochino nello spazio di mezzo⁹² tra (a) le cause di forza maggiore (guerre, eventi atmosferici estremi, pandemie ecc.), che in alcun modo le parti possono controllare e che, pertanto, non concorrono all’individuazione del rischio operativo rilevante ai fini della qualificazione del contratto, e (b) i rischi connessi alle inadempienze contrattuali o alla cattiva gestione della

⁸⁸ Viene in rilievo, al riguardo, la relazione illustrativa al d. lgs. n. 36/2023, che, nel commentare l’articolo 177, richiamava espressamente la tradizionale “tripartizione” del rischio operativo affermando che “[l]o schema tipizzato dal legislatore incorpora dunque un piano di ripartizione dei rischi ben diverso rispetto All’appalto. Nella concessione (e, in generale, nelle altre forme di partenariato) al rischio di costruzione proprio anche dell’appalto (ovvero il rischio legato ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a standard inadeguati), si aggiunge il rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, e segnatamente: il rischio di mercato dei servizi cui è strumentale l’opera realizzata (rischio di domanda), oppure il rischio di disponibilità (rischio di offerta), oppure entrambi” (cfr. pag. 209).

⁸⁹ Cfr. articolo 177, comma 2, d. lgs. n. 36/2023.

⁹⁰ Cfr. articolo 174, comma 1, lett. b) d. lgs. n. 36/2023.

⁹¹ In questo senso si esprime anche la Direttiva 2014/23/UE, che al considerando (20) chiarisce che “[u]n rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell’operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione”.

⁹² In questo senso anche G. Fortunato, *Il rischio operativo nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Appalti&Contratti* (www.appaltiecontratti.it), 12 gennaio 2024.

commessa, nella misura in cui dipendano interamente da fattori controllabili dalle parti⁹³⁹⁴.

3.1. Il rischio operativo quale linea di confine tra contratti di partenariato pubblico-privato e appalti: alcuni precedenti

Al paragrafo che precede si sono ricostruiti i caratteri del “rischio operativo” e si è individuata la ragione per la quale il suo trasferimento in capo al *partner* privato assume particolare rilevanza nelle operazioni di partenariato pubblico-privato, consentendo la contabilizzazione *off-balance* degli interventi realizzati nel contesto della *partnership*.

⁹³ Cfr. articolo 177, comma 3, d. lgs. n. 36/2023, come modificato dal d. lgs. n. 209/2024 (c.d. Decreto Correttivo), ai sensi del quale “*Il rischio operativo, rilevante ai fini della qualificazione dell’operazione economica come concessione, è quello che deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle esterni, non soggetti al controllo delle parti. Non rilevano i rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell’operatore economico o a cause di forza maggiore*”.

⁹⁴ Ancora una volta, indicazioni utili ai fini della verifica in concreto dell’avvenuto trasferimento del rischio operativo in capo al *partner* privato si rinvencono nelle Linee Guida ANAC n. 9, ove si chiariva che: “*non può considerarsi trasferito all’operatore economico: a) il rischio di costruzione, laddove l’amministrazione si obblighi a corrispondere allo stesso le somme stabilite dal contratto senza la verifica preventiva delle condizioni in cui l’opera è consegnata o nel caso in cui si obblighi a sopportare sistematicamente ogni eventuale costo aggiuntivo indipendentemente dalla relativa causa; b) il rischio di disponibilità, qualora il pagamento dei corrispettivi stabiliti contrattualmente non sia strettamente correlato al volume e alla qualità delle prestazioni erogate; il contratto non preveda un sistema automatico di penali in grado di incidere significativamente sui ricavi e profitti dell’operatore economico; il valore del canone di disponibilità risulti così sovrastimato da annullare l’assunzione del rischio; [c)] il rischio di domanda, laddove l’amministrazione si obblighi ad assicurare all’operatore economico determinati livelli di corrispettivo indipendentemente dall’effettivo livello di domanda espresso dagli utenti finali, in modo tale che le variazioni di domanda abbiano un’influenza marginale sui profitti dell’operatore economico. Il rischio di domanda è altresì annullato quando negli atti di programmazione o nel piano economico e finanziario la domanda finale è sottostimata e, quindi, le fluttuazioni della domanda effettiva non determinano mai una reale possibilità di incorrere in perdite. In ogni caso, è opportuna la previsione di idonee clausole contrattuali volte a scongiurare ipotesi di extra-redditività prevedendo rimedi quali una variazione della durata del contratto nel caso in cui sia dimostrato che l’operatore economico abbia conseguito più velocemente l’obiettivo del recupero degli investimenti e dei costi sostenuti, oppure la previsione di meccanismi di profit sharing che consentano la condivisione degli extra-profitti con l’amministrazione o con gli utenti destinatari del servizio, in caso di opere calde. Assumono rilevanza sostanziale ai fini dell’allocazione dei rischi anche i fattori relativi al finanziamento pubblico dei costi di investimento, alle misure agevolative previste a legislazione vigente (ad esempio articolo 18 della legge 12 novembre 2011 n. 183; articolo 33 del decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179 convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012 n. 221; articolo 11 del decreto legge 11 settembre 2014 n. 133 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014 n. 164), alla presenza di garanzie pubbliche, alle clausole di fine contratto e al valore di riscatto dell’asset a fine rapporto. [...] Con riferimento al finanziamento pubblico, accanto alle più tradizionali forme di contribuzione pubblica devono essere considerate anche differenti forme, quali l’apporto di capitale di rischio (equity) o di capitale di credito (finanziamenti bancari)” (cfr. par. 2.6.).*

Nel nostro sistema normativo (costituito, ad oggi, dal d. lgs. n. 36/2023, oltre che dalle pertinenti fonti eurounitarie, a cominciare dal Manual on Government Deficit and Debt dell'Eurostat e dalla Direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione), l'assunzione da parte del privato del rischio operativo non solo è un requisito imprescindibile del partenariato pubblico-privato, ma costituisce altresì la "linea di confine", l'elemento discrezionale, tra tale istituto e quello dell'appalto pubblico.

Nella prassi, è proprio alla verifica circa la suddivisione in concreto dei rischi tra le parti che si ricorre nei casi in cui la natura di un contratto stipulato tra un soggetto pubblico e un soggetto privato sia incerta.

Nonostante il trasferimento sull'operatore economico privato del rischio operativo sia elemento caratterizzante tutti i diversi tipi contrattuali riconducibili al *genus* PPP, nella maggior parte dei casi in cui emerge un dubbio sulla natura giuridica del contratto questo riguarda contratti qualificati formalmente come concessioni: ciò in quanto, da un lato, le concessioni sono la forma di partenariato pubblico-privato più diffusa nella prassi (e l'unica disciplinata a livello europeo); dall'altro lato, le concessioni sono il tipo di PPP che, rispetto agli altri, presenta le maggiori similitudini con il contratto di appalto⁹⁵ (con il che è più facile che sia proprio sul confine tra concessione e appalto che, nei singoli casi concreti, si appuntino i maggiori dubbi).

La conseguenza dell'eventuale accertamento di una inidonea allocazione dei rischi nel contesto di un contratto formalmente qualificato come concessione (che non consenta di considerare il rischio operativo effettivamente e correttamente "trasferito" sul contraente privato) è la riclassificazione del rapporto in termini di appalto, con tutto ciò che ne consegue in termini di contabilizzazione *on-balance* dello stesso⁹⁶.

⁹⁵ In questo senso si v. Valaguzza S. e Parisi E., *Public Private Partnerships. Governing Common Interests*.

⁹⁶ A sua volta, la contabilizzazione *on-balance* (a fronte di un'iniziale trattamento *off-balance* del contratto) potrebbe condurre (come è in passato avvenuto) alla revoca della concessione (oggi regolata dal Codice del 2023, più correttamente, in termini di "recesso") per motivi di pubblico interesse, nel qual caso, come anche chiarito dalla Corte dei Conti, Sezione Regionale di controllo per le Marche 173/2015/PRSP: "[...] è certo che l'Ente dovrà provvedere, così come previsto dall'atto di revoca della concessione, al pagamento di un indennizzo di notevole entità per il quale non risultano stanziamenti di bilancio (debito fuori bilancio). Tale circostanza, unitamente alla totale assenza di specifici accantonamenti nel risultato di amministrazione, espone l'Ente a gravissimi rischi sul fronte della tenuta degli equilibri di bilancio". Si v. sul punto S.M. Zappalà e M. Juan Parra, *Il controllo contabile delle operazioni di PPP come volano del PNRR, ovvero il volo del calabrone*, in NT+Diritto, 28 aprile 2021.

È proprio per tale motivo che la ripartizione dei rischi (anzitutto in fase di predisposizione del contratto⁹⁷) è un momento particolarmente delicato e importante delle operazioni di PPP.

Per meglio comprendere quanto si sta affermando, è utile volgere lo sguardo alla prassi, al fine di verificare come l’allocazione dei rischi consenta, in concreto, di differenziare i contratti di partenariato pubblico privato dagli appalti e come si atteggi nella pratica il “rischio operativo”.

A tal fine, giova anzitutto esaminare taluni dei più recenti casi nei quali contratti formalmente qualificati come PPP (*rectius* tendenzialmente, per le ragioni anzidette, come concessioni) sono stati oggetto di riqualificazione in appalto:

(a) sentenza del T.A.R. Milano, sez. I, n. 1348 del 6 maggio 2024.

Nel 2023, l’Azienda Lombarda per L’Edilizia Residenziale di Milano – ALER ha aggiudicato un contratto avente per oggetto il servizio di conduzione, gestione,

⁹⁷ Nella prassi, l’allocazione dei rischi tra le parti è riflessa in un documento, allegato al contratto stipulato e che ne costituisce parte integrante e sostanziale, denominato “Matrice dei Rischi”. In linea con le indicazioni fornite dall’ANAC nelle più volte richiamate Linee Guida n. 9, la Matrice dei Rischi è strutturata in formato tabellare e indica, per ciascun tipo di rischio insito nel contratto, oltre alla probabilità che questo si verifichi, ai maggiori costi che comporta e agli eventuali strumenti di mitigazione, se questo sia allocato in capo al *partner* pubblico o a quello privato. La Matrice dei Rischi dovrà altresì indicare, per ciascun tipo di rischio, quali siano le previsioni del contratto dalle quali derivi l’allocazione in capo all’uno o all’altro *partner*.

L’importanza dello strumento in questione nell’attività di redazione del contratto, nonché di monitoraggio in fase di gestione, è stata evidenziata dall’ANAC, nelle Linee Guida n. 9, ove si legge che: “5.8 Attraverso la matrice dei rischi, in cui sono richiamati i singoli articoli del contratto che definiscono il soggetto e le modalità di assunzione dei rischi, l’amministrazione effettua un controllo sulle principali clausole contrattuali, verificando se le stesse siano state formulate in modo da assicurare la corretta allocazione dei rischi. Pertanto, il RUP deve procedere all’elaborazione della matrice dei rischi, richiamando nella stessa i singoli articoli del contratto che definiscono il soggetto a carico del quale è posto un determinato rischio e le modalità di assunzione dello stesso. Una volta completata la matrice dei rischi le amministrazioni verificano se l’allocazione dei rischi ivi individuata è coerente con le prescrizioni del codice dei contratti pubblici per la qualificazione giuridica del contratto come PPP (ovvero, se sono stati trasferiti all’operatore economico, oltre il rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l’esterno, il rischio di domanda dei servizi resi, e per i contratti di concessione il rischio operativo), nonché con i criteri dettati da Eurostat per l’eventuale contabilizzazione dell’intervento al di fuori del bilancio pubblico.

5.9 Ai fini della verifica della permanenza in capo all’operatore economico dei rischi trasferiti allo stesso, ogniqualvolta le parti concordano una variazione contrattuale o la revisione del PEF, l’amministrazione accerta che tali modifiche lascino inalterata l’allocazione dei rischi così come definita nei documenti contrattuali e riportata nella matrice e che permanga, quindi, in capo all’operatore economico il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi. L’atto di modifica del contratto o di revisione del PEF dà conto della anzidetta valutazione”.

manutenzione e pronto intervento degli impianti elevatori degli immobili di proprietà o amministrati da ALER, per una durata pari a dieci anni (Lotto 1).

Il contratto in questione veniva formalmente qualificato come concessione e, in particolare, come concessione di c.d. “opera fredda” (ovvero di opera che non è in grado di generare flussi di cassa da ricavi da utenza)⁹⁸: i servizi oggetto del contratto, infatti, sarebbero stati forniti (solo) nei confronti dell’amministrazione aggiudicatrice. Coerentemente con la natura “fredda” dell’oggetto della concessione, la matrice dei rischi predisposta dalla stazione appaltante prevedeva, al fine di dimostrare il rispetto del requisito del trasferimento del rischio operativo sul concessionario, che questo assumesse il rischio di costruzione e il rischio di disponibilità. In altri termini, per utilizzare il linguaggio fatto proprio dall’attuale Codice dei contratti pubblici il privato assumeva esclusivamente il rischio “dal lato dell’offerta” e non, invece, anche “dal lato della domanda”⁹⁹.

⁹⁸ Le opere suscettibili di essere realizzate tramite strumenti di partenariato pubblico-privato sono tradizionalmente suddivise in tre categorie: opere calde, opere tiepide e opere fredde.

Le opere calde sono quelle in grado di generare flussi di cassa da ricavi da utenza in misura tale da consentire al privato di recuperare interamente l’investimento realizzato (si pensi, per fare un esempio, alle concessioni di costruzione e gestione di autostrade, nelle quali il concessionario recupera l’investimento effettuato in fase di costruzione e i costi di gestione tramite i pedaggi corrisposti dagli utenti).

Le opere tiepide, categoria intermedia tra le opere calde e le opere fredde, sono quelle in grado di generare flussi di cassa derivanti da ricavi da utenza, ma non in misura sufficiente a consentire il recupero dell’investimento realizzato dalla parte privata. Pertanto, nel caso di opere tiepide, viene prevista una compartecipazione economica della parte pubblica (sotto forma di corrispettivo per le attività svolte dal privato, di contributo a fondo perduto o sotto altra forma), che fornisce le risorse integrative necessaria a consentire al privato di recuperare l’investimento.

Le opere fredde sono le opere non in grado di generare flussi di cassa da ricavi da utenza. Nel caso di opere fredde, il privato che le realizza e gestisce fornisce servizi direttamente in favore dell’amministrazione aggiudicatrice, ottenendo in cambio il pagamento, da parte di quest’ultima, di un corrispettivo per i servizi resi. È dunque (solo) da tale corrispettivo che il privato trae la sua remunerazione. Si pensi, per fare un esempio, alle concessioni di costruzione e gestione di carceri, di scuole o di ospedali pubblici. Volendo calare il concetto di “opere fredde” nell’analisi sull’allocazione dei rischi nelle operazioni di partenariato pubblico-privato, che qui si sta svolgendo, si può dire che nelle opere fredde il privato non assume il rischio di domanda (non fornendo servizi nei confronti del pubblico, avendo quale suo unico “cliente” l’amministrazione). Ne consegue che, perché nel caso di opere fredde possa ritenersi che il rischio operativo sia stato trasferito sul *partner* privato, è necessario che questo assuma, accanto al rischio di costruzione, anche il rischio di disponibilità.

Sulla suddivisione delle opere realizzabili in regime di partenariato pubblico-privato in opere fredde, opere calde e opere tiepide, si v., tra gli altri, F. Nicotra, *Collaborare per migliorare: il partenariato pubblico-privato*, in *Il Diritto Amministrativo*, Anno XVII - n. 04 - Aprile 2025.

Si v. altresì il parere del Consiglio di Stato n. 855/2016, sullo schema di decreto legislativo recante “Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione” (poi confluito nel d. lgs. n. 50/2016).

⁹⁹ Come chiarito *supra*, ai sensi dell’articolo 177 del d. lgs. n. 36/2023, il partenariato pubblico-privato implica il trasferimento sul *partner* privato del “rischio operativo”, inteso come rischio “legato alla

Sulla carta, la struttura era dunque coerente con le previsioni normative applicabili: come visto sopra, infatti, perché il rischio operativo possa dirsi trasferito è necessario che il *partner* privato assuma, oltre al rischio di costruzione, almeno uno tra il rischio di domanda e il rischio di disponibilità.

Una società partecipante alla gara, esclusa per non aver allegato alla propria offerta un piano economico finanziario asseverato secondo quanto previsto dal d. lgs. n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis* alla procedura che si sta esaminando), ha impugnato, oltre alla propria esclusione, l'aggiudicazione del contratto in favore di un diverso concorrente dinanzi al T.A.R. Lombardia, Milano.

Nel pronunciarsi sul ricorso, il T.A.R. adito lo ha accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati e dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con l'impresa aggiudicataria, sul presupposto che “*il capitolato speciale di gara, nonostante abbia definito il contratto come di concessione, non rispond[e] ai requisiti che tale tipo di contratto deve avere secondo le previsioni del D. Lgs. 50/2016 con riferimento alle opere c.d. fredde*”¹⁰⁰.

In particolare, secondo il T.A.R., il concessionario non assumeva, in concreto, il rischio di disponibilità, difettando, in particolare “*il rischio di manutenzione straordinaria, non preventivata, derivante da una progettazione o costruzione non adeguata, con conseguente aumento dei costi ed il rischio di performance, ossia il rischio che la struttura messa a disposizione o i servizi erogati non siano conformi agli standard tecnici e funzionali prestabiliti*” (cfr. par. 4.8 della sentenza in commento).

Ciò in quanto gli interventi a guasto, gli interventi di manutenzione ordinaria e quelli di manutenzione correttiva venivano affidati sulla base di specifici ordini di servizio da parte della stazione appaltante.

Quanto alla manutenzione correttiva (*i.e.* manutenzione straordinaria), in particolare, il contratto prevedeva che per ciascun intervento l'operatore privato avrebbe dovuto presentare un preventivo di spesa, che descrivesse dettagliatamente le lavorazioni

realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda dal lato dell'offerta o da entrambi”.

¹⁰⁰ La sentenza è la n. 1348 del 6 maggio 2024. Per un commento, si v. M.C. Lenoci, *Il trasferimento del rischio operativo quale discrimen tra l'istituto dell'appalto e delle concessioni*, in *italiAppalti*, 19 giugno 2024.

necessarie per la risoluzione del guasto e il conseguente ripristino funzionale dell'elevatore. Detta offerta sarebbe stata esaminata dal Direttore dell'Esecuzione per la valutazione di congruità tecnico-economica e approvato dal RUP. Successivamente, sarebbe stato impartito l'ordine di intervento per l'esecuzione delle lavorazioni.

Il fatto che, per ogni intervento di manutenzione straordinaria, il "concessionario" dovesse presentare un preventivo di spesa all'amministrazione aggiudicatrice, che questa avrebbe approvato per poi emettere un ordine d'acquisto implicava, nella prospettazione fatta propria dal T.A.R. adito, che il rischio di disponibilità (*i.e.* il rischio derivante dalla necessità di interventi di manutenzione non preventivati) fosse in realtà allocato sulla parte pubblica, che ne sopportava i costi in forza del meccanismo di autorizzazione e emissione di ordine d'acquisto sopra ricordato, e non invece da quella privata, come dovrebbe accadere nei contratti di partenariato pubblico-privato.

Anche le modalità di liquidazione dei corrispettivi dovuti al "concessionario" contribuivano, sempre secondo il T.A.R., alla qualificazione del contratto in termini di appalto¹⁰¹.

¹⁰¹ Si riportano di seguito le previsioni del capitolato speciale posto a base di gara, sulle quali si sono appuntati i rilievi del T.A.R., "1. Ai sensi dell'art. 35 comma 18 del D.Lgs. 50/2016, così come modificato dalla Legge 77/2020, è prevista la corresponsione in favore del Concessionario di un'anticipazione sino all'importo massimo del 20 per cento.

.....

7. Il diritto dell'anticipazione decade in casi di ritardi imputabili al Concessionario rispetto alle tempistiche impartite. Sulle somme da restituire sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione dell'anticipazione.

Modalità di Liquidazione del servizio.

La liquidazione del corrispettivo del servizio, per ciascuna annualità, avverrà attraverso la remunerazione di un canone mensile diversificato per ogni tipologia di impianto mediante l'applicazione dei prezzi di cui all'Elenco Nuovi Prezzi, per rate di importo costante, per l'importo complessivo di € 33.193.209,34 - da corrispondere per la durata della concessione pari a 10 anni.

.....

Modalità di Liquidazione del servizio di manutenzione correttiva

La liquidazione del corrispettivo del servizio di manutenzione correttiva, avverrà con le seguenti modalità:
a) Le prestazioni dovranno essere ordinate con apposito Ordine di Servizio (ODS) dal DEC/Responsabile Unico del Procedimento e contabilizzate a misura così come indicato al precedente articolo 7. b) La contabilizzazione dei lavori di cui al presente comma sarà effettuata attraverso SAL bimestrali dettagliati per singola prestazione e/o impianto. Gli interventi potranno essere contabilizzati solo dopo l'avvenuta consegna ed accettazione da parte dell'Ente concedente di tutte le certificazioni di conformità degli impianti realizzati, copia dei progetti, degli as build ed in generale di tutta la documentazione contemplata nel CS.

Modalità di Liquidazione dei Lavori di ammodernamento degli impianti esistenti e di realizzazione dei nuovi impianti ascensore

Ed infatti, **(a)** il corrispettivo per il servizio di gestione degli elevatori (c.d. corrispettivo o canone di disponibilità, nel linguaggio proprio delle operazioni di PPP, perché correlato alla messa disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice delle opere e dei servizi oggetto del contratto, nella qualità e quantità ivi stabilite), **(b)** i corrispettivi per i servizi di manutenzione correttiva (*i.e.* manutenzione straordinaria) e **(c)** i corrispettivi per la realizzazione di nuovi impianti e di lavori di ammodernamento degli impianti esistenti, venivano corrisposti al termine della prestazione di volta in volta in volta remunerata (o con cadenza periodica regolare per quanto riguardava il pagamento del canone di disponibilità), alla sola condizione che tale prestazione fosse stata correttamente eseguita. Ebbene, come rilevato dal T.A.R., l'effettivo trasferimento del rischio operativo (e, in particolare, del rischio di disponibilità) in capo al privato avrebbe implicato l'esposizione del corrispettivo a fluttuazioni dovute, per esempio, al numero di guasti occorsi e al numero di giorni di indisponibilità degli elevatori in virtù della necessità di eseguire interventi di manutenzione non programmata. Invece, nel caso in esame *“il corrispettivo è legato esclusivamente a rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore che sono estranei al concetto di rischio di disponibilità”*.

Ancora, per quanto riguardava il sistema di penali contrattuali, queste venivano correlate esclusivamente al ritardo o all'inadempimento da parte del “concessionario” nell'esecuzione delle prestazioni, *“senza alcuna valutazione in merito alla sottrazione*

La contabilità ed i pagamenti dei lavori di ammodernamento degli impianti esistenti e di realizzazione dei nuovi impianti ascensore ordinati da ALER nel corso della durata della concessione, avverranno con le seguenti modalità: a) Le prestazioni dovranno essere ordinate con apposito Ordine di Lavoro (ODL) dal DEC/DL/Responsabile Unico del Procedimento e contabilizzate a misura. b) La contabilizzazione dei lavori di cui al presente comma sarà effettuata attraverso SAL bimestrali dettagliati per singola prestazione e/o impianto. Gli interventi potranno essere contabilizzati solo dopo l'avvenuta consegna ed accettazione da parte dell'Ente concedente di tutte le certificazioni di conformità degli impianti realizzati, copia dei progetti, as build ed in generale di tutta la documentazione contemplata nel CS. c) Per i lavori relativi ad interventi di sostituzione e ammodernamento degli impianti esistenti di cui al punto 3 di cui all'art. 3 della tabella 1, le cui prestazioni sono compensate mediante emissioni di SAL bimestrali su apposita commessa, il Responsabile Unico del Procedimento e/o il Direttore dell'Esecuzione del Contratto emetterà appositi Ordini di Lavoro (ODL), trasmessi al Concessionario mediante mail. Con l'avvio dell'ODL il Concessionario si impegnerà attraverso il proprio team tecnico a produrre e presentare, previo benestare dell'Ente concedente, tutta la documentazione preliminare (progetti esecutivi meccanici, elettrici, benestare sovrintendenza, ecc) necessaria alla realizzazione degli interventi agli uffici Comunali preposti. La tempistica massima per la conclusione e presentazione dei progetti alle competenti strutture comunali da parte di tecnici abilitati, a cura del Concessionario, non potrà superare i 60 gg massimi naturali e consecutivi a partire dalla ricezione dell'ODL. I lavori dovranno essere avviati immediatamente”.

della disponibilità del bene all'amministrazione in considerazione dei suddetti inadempimenti” (cfr. par. 4.11 della sentenza in commento).

Ulteriore elemento di valutazione è stata, infine, la previsione del capitolato speciale secondo la quale, nel caso in cui il concessionario avesse accumulato penali per un importo pari o superiore al 10% del valore complessivo netto del contratto, questo sarebbe stato considerato inadempiente e ALER avrebbe potuto procedere alla risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1456 c.c.¹⁰². Ciò in quanto tale soglia massima dell'importo delle penali “non è stabilita in relazione alla necessità che tali variazioni del corrispettivo siano, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario” (cfr. par. 4.11 della sentenza in commento)¹⁰³.

In conseguenza di tutto quanto sin qui esposto, il T.A.R. ha concluso ritenendo che il contratto aggiudicato non potesse intendersi come concessione ma presentasse, in

¹⁰² Si riportano di seguito le previsioni del capitolato speciale posto a base di gara sulle quali si sono appuntati i rilievi del T.A.R.: “7. L'importo complessivo delle penali irrogate ai sensi dei commi precedenti non può superare il 10 (dieci) per cento dell'importo contrattuale; qualora i ritardi siano tali da comportare una penale di importo superiore alla predetta percentuale trova applicazione quanto indicato in contratto in materia di risoluzione dello stesso. 8. Gli inadempimenti o i ritardi nell'esecuzione dei lavori di adeguamento normativo e ammodernamento degli impianti esistenti nonché della realizzazione dei nuovi impianti ascensore, nel corso della durata della concessione, daranno luogo all'applicazione di una penale, quantificata nella misura giornaliera compresa tra 0,3 e 1 per mille, contabilizzata in detrazione sull'importo dei lavori ordinati. 9. Qualora il Concessionario accumuli penali per un importo pari o superiore al 10% del valore complessivo della concessione, il Concessionario stesso sarà automaticamente ritenuto inadempiente e ALER potrà procedere alla risoluzione del Contratto, e ciò ai sensi e per gli effetti dell'art. 1456 c.c.”.

¹⁰³ Merita segnalare che, proprio l'orientamento al quale si è conformato il T.A.R. Lombardia nella sentenza che si sta esaminando va riconosciuto il merito di aver indotto il legislatore, nell'adottare il Codice dei contratti pubblici del 2023, a precisare le condizioni alle quali le concessioni c.d. “opere fredde” possono considerarsi riconducibili alla categoria del partenariato pubblico-privato (e, dunque, a quali condizioni può in tali casi considerarsi che il rischio operativo sia stato trasferito sul partner privato). In particolare, l'articolo 177 del d. lgs. n. 36/2023 prevede oggi al comma 4 che “i contratti remunerati dall'ente concedente senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo si configurano come concessioni se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore dipende esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura. 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”.

Si v. sul punto M.C. Lenoci, *Il trasferimento del rischio operativo quale discrimen tra l'istituto dell'appalto e delle concessioni*.

effetti, i caratteri dell'appalto. Nel complesso, infatti, il T.A.R. ha ritenuto che non ricorresse la condizione (fondamentale ai fini del trasferimento del rischio operativo) per 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”*¹⁰⁴¹⁰⁵.

(b) sentenza del Consiglio di Stato del 4 maggio 2020, n. 2810.

Altro caso interessante è quello che ha riguardato il servizio di trasporto passeggeri tramite bus navetta nell'area universitaria del Comune di Rende, in provincia di Cosenza.

In particolare, il Consiglio di Stato (e, prima di esso, il T.A.R. Calabria – Catanzaro) è stato chiamato a valutare se il contratto disciplinante il servizio in questione – aggiudicato nel 2005 dall'Università della Calabria all'impresa Autoservizi Fiorino Preite S.r.l., in R.T.I. con la ditta Savaglio Rolando, e poi più volte rinnovato – fosse qualificabile come concessione di servizio di trasporto pubblico di passeggeri (con conseguente applicazione della relativa disciplina europea e regionale) o se, invece, si trattasse di un contratto di appalto di servizi.

Il caso è particolarmente interessante perché trattasi di un'ipotesi nella quale il servizio oggetto di concessione è astrattamente esposto al rischio di domanda (il servizio di trasporto passeggeri è svolto, infatti, nei confronti del pubblico). Il contratto aggiudicato dall'Università della Calabria, tuttavia, prevedeva che la remunerazione del privato fornitore del servizio derivasse (esclusivamente) da un corrispettivo pagato dall'amministrazione stessa e non, invece, dai singoli utenti.

¹⁰⁴ Così l'articolo 177, comma 2, del d. lgs. n. 36/2023, ma in termini analoghi già l'articolo 3, comma 1, lett. zz) del d. lgs. n. 50/2016.

¹⁰⁵ Per completezza, merita precisare che la sentenza qui esaminata è stata riformata in appello (v. sentenza del Consiglio di Stato dell'11 ottobre 2024 n. 8197). Tuttavia, l'accoglimento dell'appello promosso dall'ALER è dipeso da motivi procedurali (che, secondo il Consiglio di Stato, avrebbero dovuto portare il T.A.R. Lombardia a ritenere inammissibile il ricorso di primo grado). Di conseguenza, i principi sanciti dal giudice di primo grado in punto di riclassificazione del contratto aggiudicato dall'ALER meritano comunque di essere illustrati in quanto non superati in sede di appello e, anzi, del tutto coerenti con l'orientamento della giurisprudenza (ivi inclusa quella del Consiglio di Stato, come si vedrà al successivo par. b)) in materia di allocazione dei rischi.

Ciò, di per sé, non esclude l'assunzione del rischio operativo da parte del privato e la conseguente possibilità che il contratto sia qualificato come concessione.

Basti pensare, infatti, che, in linea con l'elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi sul punto, il d. lgs. n. 36/2023 contempla esplicitamente l'ipotesi nella quale il contratto preveda una remunerazione del privato a carico esclusivo dell'amministrazione aggiudicatrice, chiarendo a tal proposito che **(a)** i contratti remunerati dall'amministrazione senza alcun corrispettivo in denaro a titolo di prezzo possono configurarsi come contratti di partenariato pubblico-privato se il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore dipende esclusivamente dalla domanda del servizio o del bene, oppure dalla loro fornitura e **(b)** nelle operazioni economiche comprendenti un rischio soltanto sul lato dell'offerta (*i.e.* qualora il privato non sia esposto al rischio di fluttuazioni sul lato della domanda), perché il contratto possa essere qualificato come partenariato pubblico-privato questo deve prevedere che il corrispettivo riconosciuto da parte dell'amministrazione venga erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, nonché un sistema di penali che riduca proporzionalmente o annulli il corrispettivo 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 assunta¹⁰⁶.

In sintesi: qualora la remunerazione della parte privata derivi interamente da somme di denaro a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, il contratto potrà considerarsi ascrivibile alla categoria del partenariato pubblico-privato solo se il pagamento sia effettuato dalla parte pubblica comunque in funzione dell'effettiva domanda del servizio oggetto del contratto da parte dell'utenza di riferimento (in questo caso dunque, pur essendo il pagamento a carico dell'amministrazione, il rischio di domanda è sopportato da – e dunque viene trasferito su – il privato), oppure se tale pagamento dipenda dalla effettiva disponibilità del bene e/o servizio oggetto del contratto (con il che il privato assume, quantomeno, il rischio di disponibilità).

Ebbene, nel caso posto all'esame del Consiglio di Stato, il corrispettivo versato dall'Università della Calabria in favore dell'impresa affidataria veniva determinato in

¹⁰⁶ Cfr. articolo 177, comma 4 del d. lgs. n. 36/2023.

ragione del prezzo unitario per ogni ora di servizio prestato, moltiplicato per il numero totale delle ore di effettivo servizio, e il relativo pagamento veniva erogato su base trimestrale, per gli importi come sopra determinati, previa presentazione di fattura da parte dell'impresa affidataria.

La remunerazione del soggetto affidatario non dipendeva, dunque, né dal livello della domanda (*i.e.* di passeggeri che concretamente utilizzassero il servizio di trasporto fornito), né dall'effettiva messa a disposizione del servizio. Purché il servizio fosse correttamente erogato, il privato veniva remunerato in applicazione di una tariffa oraria predeterminata. Non venivano previste penali o meccanismi di decurtazione del corrispettivo in funzione dei giorni di indisponibilità del servizio e/o di eventuali guasti. In altri termini, l'unico rischio sopportato dal privato era quello correlato a suoi eventuali inadempimenti (rischio che, per le ragioni ampiamente illustrate ai paragrafi che precedono, non concorre alla qualificazione del contratto in termini di appalto o di concessione).

Ne consegue che *“nella fattispecie concreta dedotta in giudizio manca del tutto il trasferimento del rischio economico a carico dell'impresa affidataria, gravando esso per contro interamente sull'Università in qualità di amministrazione aggiudicatrice”* (cfr. paragrafo 5.1.2. della sentenza in commento)¹⁰⁷.

3.2. La ripartizione dei rischi in alcuni contratti di concessione recentemente aggiudicati: un'analisi empirica

Sempre nell'ottica di svolgere un'analisi empirica della concreta suddivisione dei rischi nelle operazioni di partenariato pubblico-privato, al fine di verificare come il trasferimento del rischio operativo si atteggi nella prassi operativa, si è proceduto ad esaminare alcuni dei contratti (qualificati come PPP) aggiudicati più di recente, nella vigenza del “nuovo” Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023.

Tabella 1: allocazione dei rischi in alcuni contratti di partenariato pubblico-privato recentemente aggiudicati

¹⁰⁷ Nello stesso senso si era pronunciata anche la sentenza impugnata, resa dal T.A.R. Calabria – Catanzaro, n. 1006 del 14 maggio 2018.

Qualificazione e oggetto del contratto	Amministrazione e aggiudicatrice	Rischio di costruzione assunto dal <i>partner</i> privato	Rischio di domanda assunto dal <i>partner</i> privato	Rischio di disponibilità assunto dal <i>partner</i> privato
Concessione dei servizi museali integrati per il pubblico (accoglienza, informazione e orientamento, strumenti di supporto alla visita, visite guidate, attività didattiche, <i>bookshop</i>) e del servizio di biglietteria presso Castel	Consip S.p.A. in qualità di centrale di committenza per il Ministero della Cultura	<p style="text-align: center;">NO</p> Il rischio di costruzione è escluso sulla base dell'oggetto del contratto, che non include l'esecuzione di lavori	<p style="text-align: center;">SÌ</p> Il concessionario assume il rischio di contrazione della domanda di (a) accesso a Castel Sant'Angelo e (b) acquisto di	<p style="text-align: center;">SÌ</p> Il concessionario assume, tra l'altro, i seguenti rischi: (a) rischio di errata valutazione dei costi ¹¹⁰ , (b) rischio di indisponibilità totale o parziale della struttura da mettere a disposizione e/o dei servizi da erogare e (c) di inaffidabilità e inadeguatezza della

¹¹⁰ Qualora il concessionario incorra in costi maggiori rispetto a quelli preventivati, i ricavi in fase di gestione potrebbero non essere sufficienti a remunerare l'investimento posto in essere o, comunque, a remunerare tale investimento al livello stimato in fase di partecipazione alla procedura.

Qualificazione e oggetto del contratto	Amministrazione e aggiudicatrice	Rischio di costruzione assunto dal partner privato	Rischio di domanda assunto dal partner privato	Rischio di disponibilità assunto dal partner privato
Sant'Angelo (Roma) ¹⁰⁸			servizi aggiuntivi ¹⁰⁹	tecnologia applicata ¹¹¹
Concessione (in regime di finanza di progetto) della progettazione, autorizzazione all'esercizio, costruzione e	Roma Capitale	SÌ Il concessionario assume, tra l'altro, i seguenti rischi:	SÌ Il concessionario assume i seguenti rischi: (a) il rischio di	SÌ Il concessionario assume, tra l'altro, i seguenti rischi:

¹⁰⁸ La documentazione di gara, ivi incluso lo schema di convenzione di concessione e la matrice dei rischi, sono reperibili al seguente *link*: <https://www.consip.it/bandi/gara-servizi-museali-integrati-presso-castel-santangelo>.

¹⁰⁹ Ai sensi dell'articolo 6 dello schema di convenzione di concessione posto a base di gara, "[a] titolo di corrispettivo della presente concessione, al Concessionario è riconosciuto il diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente i servizi oggetto del contratto, con assunzione a proprio carico del rischio operativo legato alla gestione dei servizi medesimi".

Ai sensi del successivo articolo 7, il concessionario si impegna, a decorrere dalla data di avvio delle attività oggetto di concessione, a versare al concedente:

A. l'incasso derivante dalla vendita dei titoli d'accesso avendo diritto, come proprio corrispettivo, a un aggio di importo variabile pari ad una percentuale sul monte incassi;

B. un canone fisso annuo di importo pari a quanto offerto in sede di gara;

C. una *royalty* di importo pari ad una percentuale sugli incassi annui al netto di IVA derivanti dalla vendita dei servizi per il pubblico (accoglienza, informazione e orientamento, strumenti di supporto alla visita, visite guidate, attività didattiche, *bookshop*).

Dunque, il concessionario trae il proprio corrispettivo dalla gestione dei servizi oggetto del contratto (vendita dei biglietti per l'accesso a Castel Sant'Angelo, gestione del *bookshop*, offerta di servizi al pubblico ulteriori ecc.), rivolti a un pubblico indistinto di potenziali visitatori. La possibilità per il concessionario di remunerare l'investimento effettuato è dunque posta in diretta correlazione con il livello di domanda dei servizi offerti.

Ciò posto, il rischio di domanda è sopportato (in parte) anche dal concedente, tenuto conto del fatto che, delle tre voci che il concessionario si impegna a corrispondere al concedente ai sensi dell'articolo 7 dello schema di convenzione di concessione riportato sopra, due (quella di cui alla lettera A. e quella di cui alla lettera C.) dipendono dal livello di domanda dei servizi offerti dal concessionario (essendo calcolate in misura percentuale su, rispettivamente, il monte incassi dalla vendita di titoli di accesso e il totale degli incassi annui derivanti dalla vendita di servizi al pubblico).

¹¹¹ L'inaffidabilità e/o inadeguatezza delle tecnologie utilizzate dal concessionario potrebbe comportare un aumento dei costi di erogazione dei servizi oggetto di concessione e/o avere un impatto sulla disponibilità della struttura fisico-tecnologica prevista dal contratto (e funzionale alla prestazione dei servizi) e dei servizi da erogare tramite la stessa, con conseguente applicazione delle penali previste dall'articolo 15 dello schema di convenzione di concessione.

Qualificazione e oggetto del contratto	Amministrazione e aggiudicatrice	Rischio di costruzione assunto dal <i>partner privato</i>	Rischio di domanda assunto dal <i>partner privato</i>	Rischio di disponibilità assunto dal <i>partner privato</i>
gestione del polo impiantistico relativo ad un impianto di termovalorizzazione sito nel territorio di Roma Capitale ¹¹²		(a) rischio derivante da errori od omissioni di progettazione, (b) rischio connesso alla realizzazione dell'opera in modo difforme dal progetto approvato, (c) rischio connesso alla presenza di vizi intrinseci e (d) rischio derivante da ritardi nella costruzione imputabili al concessionario ¹¹³	contrazione della domanda dei servizi a tariffazione sull'utenza e/o commerciali, (b) rischio di offerte competitive da parte di altri operatori, (c) rischio che modifiche normativo-regolamentari determinino una riduzione della domanda di servizi, (d) rischio che venga meno, nel tempo, il <i>commitment</i>	(a) rischio di indisponibilità totale o parziale dell'opera in relazione agli standard tecnici e funzionali stabiliti dal contratto, anche per obsolescenza tecnica ¹¹⁵ ; (b) necessità di eseguire maggiori manutenzioni ordinarie e straordinarie rispetto a quelle previste e quantificate

¹¹² La documentazione di gara, ivi incluso lo schema di convenzione e la matrice dei rischi sono reperibili al seguente *link*: <https://gare.comune.roma.it/gare/id35838-dettaglio>.

¹¹³ In particolare, il concessionario è esposto al rischio che da vizi o ritardi nella progettazione e/o costruzione derivino maggiori costi, che si configurino ipotesi di inadempimento potenzialmente tali da comportare l'applicazione di penali e/o la risoluzione contrattuale per inadempimento del concessionario.

¹¹⁵ Con conseguente possibile applicazione di penali a carico del concessionario e/o risoluzione della concessione.

Qualificazione e oggetto del contratto	Amministrazione e aggiudicatrice	Rischio di costruzione assunto dal <i>partner</i> privato	Rischio di domanda assunto dal <i>partner</i> privato	Rischio di disponibilità assunto dal <i>partner</i> privato
			politico per la gestione dei servizi e (e) rischio che il concessionario non riceva contestualmente e al conferimento dei rifiuti il pagamento del corrispettivo dovuto ¹¹⁴	nel PEF, per carenze costruttive o carenza nello svolgimento delle precedenti attività di manutenzione ¹¹⁶
Concessione (in regime di finanza di progetto) della progettazione, costruzione e gestione di impianti a terra per la produzione di energia solare su	Difesa Servizi S.p.A.	SÌ Il concessionario, assume, tra l'altro, i seguenti rischi: (a) ritardo nella consegna dei progetti o errori nella	SÌ Il concessionario assume il rischio di contrazione della domanda di energia	SÌ Il concessionario assume, tra l'altro, i seguenti rischi: (a) rischio di indisponibilità totale o parziale degli

¹¹⁴ Ai sensi dello schema di convenzione di concessione, il concessionario trae la remunerazione del proprio investimento dal diritto di gestire l'opera realizzata e, in particolare, dalla fornitura di servizi a tariffazione o commerciali ai potenziali utenti del termovalorizzatore. Anche in questo caso, dunque, la possibilità per il concessionario di remunerare l'investimento effettuato è posta in diretta correlazione con il livello di domanda dei servizi offerti.

¹¹⁶ Con conseguente aumento dei costi rispetto a quanto preventivato in fase di offerta.

Qualificazione e oggetto del contratto	Amministrazione e aggiudicatrice	Rischio di costruzione assunto dal <i>partner</i> privato	Rischio di domanda assunto dal <i>partner</i> privato	Rischio di disponibilità assunto dal <i>partner</i> privato
siti del Ministero della Difesa ¹¹⁷		progettazione; (b) rischio di realizzazione degli impianti in modo difforme dal progetto approvato dal concedente; (c) rischio di errata stima/valutazione e dei costi e tempi di realizzazione degli impianti ¹¹⁸	prodotta dagli impianti ¹¹⁹	impianti in relazione agli standard tecnici e funzionali stabiliti dalla convenzione e/o della fornitura del servizio di vendita energia in favore del concedente per cause tecniche o interne oppure a causa di una più rapida obsolescenza tecnica; (b)

¹¹⁷ La documentazione di gara, ivi incluso lo schema di convenzione e la matrice dei rischi sono reperibili al seguente *link*: <https://www.difesaservizi.it/gare/gara-procedura-aperta-valorizzazione-sedimi-militari-concessione-progettazione-gestione-impianti-produzione-energia-solare>.

¹¹⁸ In particolare, il concessionario è esposto al rischio che da vizi o ritardi nella progettazione e/o costruzione derivino maggiori costi, che si configurino ipotesi di inadempimento potenzialmente tali da comportare l'applicazione di penali e/o la risoluzione contrattuale per inadempimento del concessionario.

¹¹⁹ Ai sensi dello schema di convenzione di concessione, il concessionario trae la sua remunerazione (e ha la possibilità di recuperare l'investimento compiuto) tramite la gestione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili installati. In particolare, il concessionario vende l'energia prodotta dagli stessi (a) in minima parte, al concedente, a un prezzo scontato rispetto a quello di mercato e (b) per gran parte, sul libero mercato. Il livello della domanda di energia sul mercato è, dunque, una variabile dalla quale dipende la possibilità per il concessionario di recuperare l'investimento realizzato.

Qualificazione e oggetto del contratto	Amministrazione e aggiudicatrice	Rischio di costruzione assunto dal <i>partner</i> privato	Rischio di domanda assunto dal <i>partner</i> privato	Rischio di disponibilità assunto dal <i>partner</i> privato
				rischio derivante dalla necessità di eseguire maggiori attività di manutenzione ordinaria e/o straordinaria rispetto a quelle previste e quantificate nel PEF a causa di una progettazione, costruzione o manutenzione non adeguata ¹²⁰

4. L'equilibrio del Piano Economico Finanziario (PEF) ...

Un tema strettamente connesso al trasferimento del rischio operativo sul *partner* privato nelle operazioni di PPP è quello dell'equilibrio economico-finanziario del

¹²⁰ Con conseguente aumento dei costi rispetto a quanto preventivato in fase di offerta, possibile applicazione di penali, nonché eventuale risoluzione contrattuale per inadempimento del concessionario.

contratto, che il d. lgs. n. 50/2016 individuava esplicitamente come “presupposto” della corretta allocazione dei rischi¹²¹.

Nonostante, nel Codice del 2023, sia venuto meno l’espreso riconoscimento di un siffatto rapporto di interdipendenza tra equilibrio economico-finanziario e ripartizione dei rischi contrattuali, la sostanza è rimasta immutata: l’equilibrio economico-finanziario costituisce limite e misura dell’allocazione dei rischi e, in particolare, del trasferimento in capo al privato del rischio operativo.

Il d. lgs. n. 36/2023 prevede al riguardo (con riferimento ai contratti di concessione, ma i medesimi principi devono considerarsi applicabili a tutti i contratti nei quali venga in rilievo il trasferimento del rischio operativo in capo al privato e, dunque, a tutti i contratti di partenariato pubblico-privato) che “[l’]assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell’equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. L’equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento [ed è in ciò che si esprime la “convenienza economica” del progetto, *n.d.r.*], di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio [in ciò consiste la “sostenibilità finanziaria” dell’iniziativa, *n.d.r.*”]¹²².

Dunque: da un lato, come ampiamente visto *supra*, perché il rischio operativo possa dirsi trasferito in capo al privato (e, dunque, perché il contratto possa qualificarsi come partenariato pubblico-privato), è necessario che, in condizioni normali, non sia garantito il recupero dell’investimento realizzato e/o dei costi operativi sostenuti.

Dall’altro lato, tuttavia, il legislatore si premura di assicurare una adeguata “serietà” delle operazioni volte alla realizzazione di opere o alla fornitura di servizi di pubblico interesse, richiedendo che il recupero dell’investimento e/o dei costi operativi, ancorché non certo, sia ragionevolmente prevedibile.

¹²¹ Cfr. articolo 3, comma 1, lett. fff) del d. lgs. n. 50/2016. Quanto alla nozione di “*equilibrio economico-finanziario*”, questo era definito come la “*contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell’arco dell’efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento*”.

¹²² Cfr. articolo 177, comma 5, del d. lgs. n. 36/2023.

Ciò non tutela solo il *partner* privato, proteggendolo dall'assunzione di un rischio imprenditoriale che si spinga fino all'*azzardo*, ma anche – e forse, nelle intenzioni del legislatore¹²³, soprattutto – l'interesse generale alla effettiva realizzazione dell'opera e/o fornitura del servizio oggetto dell'operazione di PPP¹²⁴.

Le condizioni di equilibrio economico-finanziario vengono definite, per singolo contratto, sulla base di taluni indicatori specifici, espressi in valori numerici¹²⁵.

¹²³ Il requisito dell'equilibrio economico-finanziario come presupposto della corretta allocazione dei rischi è stato introdotto dal legislatore italiano: nella normativa europea (Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione e ss.mm.ii.) non si rinvenivano infatti previsioni analoghe. In effetti, l'unico riferimento all'"*equilibrio economico del contratto*" si rinviene all'articolo 43 (Modifica di contratti durante il periodo di validità), al paragrafo 4, ove si prevede che una modifica contrattuale è sempre considerata "*sostanziale*" (e richiede dunque una nuova procedura di aggiudicazione della concessione) se "*la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale*". Si v., ancorché con riferimento al previgente Codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 50/2016, G. Greco, *Profili generali*, in M.A. Sandulli - R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2019.

¹²⁴ Sul punto, si v. A. Deodato, *Il contratto di concessione: il "rischio operativo" e la revisione dell'equilibrio contrattuale*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2024, p. 611.

¹²⁵ Una dettagliata illustrazione degli indicatori di equilibrio nei contratti di partenariato pubblico-privato è contenuta nella relazione illustrativa alla "*Guida alle pubbliche amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato*", predisposta dalla Ragioneria Generale dello Stato e dall'Autorità Nazionale Anticorruzione e pubblicata nel 2021.

Si legge in tale relazione illustrativa (cfr. pag. 43) che "*Gli indicatori fondamentali per definire l'equilibrio economico e finanziario sono il VAN (Valore Attuale Netto), il TIR (Tasso Interno di Rendimento) e il DSCR (Debt Service Cover Ratio). Il VAN e il TIR misurano la convenienza economica mentre il DSCR è una misura di bancabilità, spesso associata a un altro indicatore, il LLCR (Loan Life Cover Ratio). Il VAN e il TIR possono misurare sia la redditività del progetto nel suo complesso (quando applicati ai flussi di cassa del progetto o operativi, FCFO in inglese e nella pratica) oppure la redditività dei mezzi propri investiti (quando applicati ai flussi di cassa dell'azionista, FCFE in inglese e nella pratica). In dettaglio. Il TIR di Progetto indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento assicurato dai flussi di cassa operativi (FCFO) associati al Progetto, così come individuato nel Piano economico-finanziario, rispetto al costo del capitale, medio ponderato, impiegato nel contratto. Il VAN di Progetto indica, in termini monetari, il valore creato o disperso dal progetto nell'arco del periodo della Concessione. Si ricava dall'attualizzazione dei flussi di cassa operativi netti attesi del progetto (i cosiddetti flussi unlevered, che non considerano i flussi relativi alla struttura finanziaria, Net Cash Flows o NCF) a un certo tasso di sconto. L'Equilibrio economico e finanziario è assicurato quando il TIR di progetto tende al costo medio ponderato del capitale (WACC), sempre che il WACC sia stato correttamente calcolato e quando il VAN tende a zero. Il TIR degli Azionisti indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa liberi per gli azionisti (e non sui flussi relativi alla distribuzione dei dividendi) rispetto al rendimento atteso sul capitale investito. Il VAN degli Azionisti indica, in termini monetari, il valore creato o disperso dall'investimento effettuato dagli azionisti nell'arco del periodo della Concessione. Il calcolo del VAN deve essere effettuato con riferimento ai flussi di cassa liberi per l'azionista (e non sui flussi relativi alla distribuzione dei dividendi). L'Equilibrio economico e finanziario è assicurato quando il TIR di azionista tende al rendimento atteso dei mezzi propri investiti, sempre che tale rendimento sia stato correttamente stimato in funzione del profilo di rischio sopportato e quando il VAN dell'azionista tende a zero. In caso di costituzione della società di progetto, è possibile scegliere come indicatori di equilibrio solo quelli riferiti all'Equity. A questi indicatori è necessario accompagnare quelli di bancabilità, il DSCR e il LLCR. Gli indicatori di bancabilità sono*

Ordinariamente, gli indicatori di equilibrio vengono riflessi in un apposito elaborato, allegato al contratto, denominato Piano Economico Finanziario (PEF).

Proprio perché fornisce una rappresentazione dell'equilibrio economico-finanziario del contratto, nelle operazioni realizzate in regime di PPP il PEF costituisce, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza, “*un documento essenziale ai fini dell'offerta*”¹²⁶.

Il PEF illustra, tra l'altro, il costo complessivo dell'intervento oggetto del contratto, la durata dell'investimento, la struttura del capitale investito e le eventuali fonti di finanziamento (ivi incluso, come si vedrà meglio di seguito, l'eventuale contributo pubblico), le modalità e i tempi di ammortamento delle opere realizzate e l'eventuale valore residuo alla scadenza del contratto, i flussi di cassa attesi e, più in generale, i risultati economici previsti per tutta la durata del rapporto ¹²⁷.

All'inizio della fase esecutiva del progetto, il PEF deve esprimere una condizione di equilibrio, per ciò intendendosi, come detto, una situazione nella quale i ricavi attesi

fondamentali e necessari in caso di finanziamento in project finance dell'investimento. Si rammenta che per investimenti di taglio ridotto, i progetti di PPP possono essere finanziati anche con logiche corporate finance. Il DSCR è l'indice mira a valutare se l'insieme dei flussi di cassa che l'attività operativa è in grado di generare durante la gestione caratteristica (EBIT), al netto delle aliquote fiscali, è in grado di remunerare gli oneri finanziari connessi all'operazione, ed è dato dal rapporto, per ogni periodo rilevante, tra i flussi di cassa operativi e il servizio del debito (rimborso del capitale e pagamento degli oneri finanziari). Nella pratica il valore minimo accettabile di questo indicatore si attesta attorno a valori di 1,20 o 1,30. Il LLCR esprime il rapporto tra il valore complessivo di flussi di cassa destinati al rimborso del debito e il valore stesso del debito residuo al tempo t. Dal punto di vista interpretativo, ancora una volta, il progetto sarà tanto più sostenibile quanto più l'LLCR sarà maggiore dell'unità. Anche in questo caso, nella pratica operativa il progetto è considerato soddisfacente se ha un valore maggiore di 1,5 e, comunque, non inferiore a 1,2. Il DSCR è un indicatore di bancabilità e sostenibilità del progetto puntuale e riferito al singolo periodo temporale; il LLCR offre, invece, una valutazione riferita a un orizzonte temporale medio/lungo, abbracciando il periodo temporale relativo alla durata del finanziamento. Gli indicatori sopra menzionati devono esprimere, all'avvio del progetto, una situazione di equilibrio economico e finanziario. Se il VAN è positivo o il TIR superiore al costo del capitale (WACC o rendimento atteso dall'azionista) significa che il contratto è potenzialmente in grado di generare un surplus di ricchezza che, nei fatti, riduce l'effettiva esposizione al rischio da parte dell'operatore economico. Questo extra rendimento non consente di incentivare in modo ottimale il Concessionario alla gestione del rischio operativo”.

¹²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 25 febbraio 2019, n. 1247.

¹²⁷ Per alcune considerazioni e indirizzi pratico-operativi circa la redazione del PEF nelle operazioni di partenariato pubblico-privato alla luce del d. lgs. n. 36/2023, si v. il documento predisposto dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e dalla Fondazione Nazionale Commercialisti, recante “*Linee guida per la redazione del piano economico-finanziario nelle procedure di partenariato pubblico-privato: aggiornamenti in base al nuovo codice e alla prassi recente*”, pubblicato il 27 dicembre 2023 e reperibile al seguente link: <https://www.fondazioneNazionaleCommercialisti.it/node/1746>.

sono astrattamente sufficienti a coprire i costi operativi e i costi di investimento, nonché a remunerare e rimborsare il capitale di debito e a remunerare il capitale di rischio.

Merita evidenziare, a questo riguardo, che qualora l'operazione economica non sia in grado, da sola, di conseguire l'equilibrio economico-finanziario, il Codice ammette “*un intervento pubblico di sostegno*” (cfr. articolo 177, comma 6).

La previsione è interessante per due ordini di ragioni.

Anzitutto, perché contribuisce a dimostrare come il trasferimento del rischio operativo non equivalga ad allocare sul *partner* privato tutti – e nella loro interezza – i rischi derivanti dalla realizzazione del progetto. Purché il recupero e la remunerazione dell'investimento posto in essere non siano garantiti, il privato sia effettivamente esposto alle fluttuazioni di mercato e il finanziamento dell'intervento derivi, in misura significativa, da risorse apportate dallo stesso¹²⁸, ben può prefigurarsi (ed anzi è ciò che ordinariamente accade) l'ipotesi nella quale anche la parte pubblica è esposta ad alcuni dei rischi correlati all'esecuzione dell'operazione. Ebbene, ai sensi dell'articolo 177, comma 6, del Codice, ciò può eventualmente derivare (anche) dal contributo pubblico corrisposto al fine di garantire l'equilibrio economico-finanziario del contratto¹²⁹.

In secondo luogo, è interessante notare come, rispetto al d. lgs. n. 50/2016, il Codice del 2023 non preveda più un limite quantitativo alla partecipazione pubblica al finanziamento di operazioni di partenariato pubblico-privato, che il previgente *corpus* normativo fissava al 49% del costo complessivo dell'investimento¹³⁰.

Il nuovo Codice prevede oggi un limite solo *qualitativo* che l'eventuale contributo pubblico – che può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie

¹²⁸ Come espressamente previsto dal combinato disposto dei più volte menzionati articoli 174 e 177 del d. lgs. n. 36/2023.

¹²⁹ Secondo il criterio, esplicitato anche dall'ANAC nelle Linee Guida n. 9 recanti “Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”, secondo cui i singoli rischi correlati all'esecuzione dell'operazione devono essere allocati in capo alla parte (a seconda dei casi pubblica o privata) che sia meglio in grado di controllarli e gestirli.

¹³⁰ Il d. lgs. n. 50/2016 prevedeva infatti, all'articolo 165, comma 2, che “*Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili. Il contributo, se funzionale al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario, può essere riconosciuto mediante diritti di godimento su beni immobili nella disponibilità dell'amministrazione aggiudicatrice la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera affidata in concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari” (sottolineature aggiunte).*

o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti – deve rispettare: non può avere l'effetto di sollevare l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che il privato deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto. In altri termini, il contributo pubblico non può finire per “annullare” gli effetti propri del trasferimento del rischio operativo: ove ciò accada, chiarisce il medesimo articolo 177, comma 6, del Codice che “[n]on si applicano le disposizioni sulla concessione, ma quelle sugli appalti”. Resta tuttavia inteso che “[l]a 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”.

La riforma è da accogliersi con favore. L'introduzione di un criterio “mobile”, correlato agli effetti prodotti dall'eventuale intervento finanziario pubblico, piuttosto che al suo valore assoluto, garantisce una maggiore flessibilità, consentendo di *calibrare* l'entità del contributo a seconda delle concrete necessità del singolo caso¹³¹.

La portata innovativa della previsione in commento deve tuttavia essere opportunamente ridimensionata in considerazione della previsione di cui al comma 7 del medesimo articolo 177, ai sensi del quale “[a]i 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”.

In altri termini, il Codice del 2023 sembra aver voluto tenere distinti i profili normativi e negoziali del contratto di partenariato pubblico-privato da quelli contabili.

¹³¹ Per un commento all'articolo 177 del Codice del 2023 si v., tra gli altri, D. Bolognino, H. Bonura, E. Griglio, A. Storto (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il commento organico al D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36*, Collana Tribuna Dossier, diretta da Luigi Viola, La Tribuna, 2023.

Sul punto, la relazione illustrativa al Codice del 2023 ha rilevato come la novella appaia coerente con la normativa europea, dal momento che “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 (...)”.

Si configura così l'eventualità in cui un contratto possa essere normativamente qualificato come PPP, con conseguente applicazione della relativa disciplina, pur dovendo essere contabilizzato *on-balance* qualora l'importo della partecipazione pubblica all'investimento, calcolato secondo le modalità indicate nelle decisioni Eurostat, superi la percentuale ivi indicata¹³².

Ebbene, poiché, ai sensi delle decisioni Eurostat che la menzionata norma richiama, un contributo pubblico superiore al 50% del valore complessivo dell'investimento elide la possibilità di contabilizzazione *off-balance* del progetto e poiché, come detto, la possibilità di contabilizzazione fuori bilancio è tra i maggiori vantaggi del ricorso al partenariato pubblico-privato, risulta difficile immaginare che, nella pratica, le amministrazioni possano spingersi a contribuire alla realizzazione delle operazioni di PPP in misura superiore a quella prevista dalle decisioni Eurostat.

4.1. ...e il relativo “ri-equilibrio”

Per poter svolgere la funzione di “assicuratore” della buona riuscita dell'operazione che il legislatore gli assegna, non basta che l'equilibrio economico-finanziario sussista al momento della stipula del contratto, dovendo permanere lungo tutto il periodo di esecuzione dello stesso.

È proprio per questo motivo che il Codice, dopo aver individuato l'equilibrio economico-finanziario come requisito fondamentale dei contratti di partenariato pubblico-privato (all'articolo 177, comma 5), disciplina una procedura di c.d. “ri-equilibrio”, cui far ricorso in tutti i casi nei quali si verificano eventi tali da determinare un'alterazione del valore degli indicatori riflessi nel Piano Economico Finanziario (PEF).

L'articolo 192 del d. lgs. n. 36/2023, rubricato “Revisione del contratto di concessione”, prevede che, qualora si verificano eventi sopravvenuti, straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione dei termini del contratto.

¹³² Si v. F. Risso, *sub Articolo 177*, in Giovagnoli R., Rovelli G., *Codice dei contratti pubblici*.

Tale revisione è ammessa solo “*nella misura strettamente necessaria*” a ricondurre gli indicatori di equilibrio al medesimo livello (e cioè, in pratica, al medesimo valore numerico) riflesso nel PEF al momento della stipula del contratto.

Resta inteso che la procedura di ri-equilibrio non può finire, di fatto, per sollevare il *partner* privato dal rischio operativo sullo stesso allocato e, dunque, per *snaturare* il contratto di partenariato pubblico-privato: per questo motivo, la procedura di revisione disciplinata dal Codice può essere attivata solo per correggere eventuali squilibri generati da eventi diversi da quelli che – in base alla matrice allegata al contratto – sono espressione di rischi assunti dalla parte privata¹³³.

Per evitare usi distorti dello strumento e garantire che il ricorso al ri-equilibrio avvenga solo in presenza dei requisiti di legge (e solo nei limiti di quanto necessario a ripristinare lo *status quo ante* degli indicatori di equilibrio), il Codice prevede altresì che, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, per le quali non sia già prevista l’espressione del parere del CIPESS, la revisione sia subordinata al previo parere del NARS. Negli altri casi (e cioè con riferimento alle opere sottoposte al parere del CIPESS), spetta all’amministrazione aggiudicatrice la valutazione circa l’opportunità di sottoporre la revisione al previo parere del NARS.

In ogni caso, il parere reso dal NARS non è vincolante. Tuttavia, l’amministrazione che intenda discostarsene è tenuta a darne adeguata motivazione, illustrando le ragioni della decisione e indicando, in particolare, la modalità di contabilizzazione adottata.

Il legislatore attribuisce una tale importanza all’equilibrio contrattuale posto a base della *partnership* che il Codice, all’articolo 192, comma 4, prevede che qualora non sia possibile raggiungere un accordo sul riequilibrio, ciascuna delle parti possa recedere dal contratto¹³⁴.

¹³³ Al fine di garantire che la revisione del contratto disciplinata dal comma 1 sia compatibile con i principi, di derivazione europea, di concorrenza e accesso al mercato, il comma 2 dell’articolo 192 del Codice precisa che “*In sede di revisione ai sensi del comma 1 non è consentito concordare modifiche che alterino la natura della concessione, o modifiche sostanziali che, se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione della concessione, avrebbero consentito l’ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l’accettazione di un’offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione della concessione*”.

¹³⁴ In tal caso, il privato avrà diritto al rimborso di un importo pari a:

- a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, oppure, nel caso in cui l’opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti;

5. Il partenariato pubblico-privato “in concreto”: alcuni dati dalla prassi

Sin qui, si è ripercorsa l’evoluzione normativa del partenariato pubblico-privato, a livello europeo e nazionale, e si sono delineati gli elementi caratterizzanti di tale istituto giuridico. Si è dimostrato come il PPP possa, se utilizzato correttamente, essere un rilevante “volano” di innovazione, consentendo la realizzazione di progetti di interesse pubblico facendo leva sulle risorse finanziarie e sul *know-how* tecnico-professionale di operatori economici privati.

Nonostante le innegabili potenzialità “sulla carta”, non sempre il ricorso al partenariato pubblico-privato realizza i risultati sperati.

Secondo la “Review of the European public-private partnership market in 2024”, pubblicata dalla Banca Europea per gli Investimenti (BEI) nel marzo 2025¹³⁵, nel quinquennio 2020-2024, l’Italia ha “guidato” il mercato europeo del partenariato pubblico-privato insieme a Francia, Germania e Regno Unito, sia per numero di progetti aggiudicati sia per valore aggregato degli investimenti.

In particolare, nel 2024 in Italia sono stati registrati cinque progetti di partenariato pubblico-privato per i quali si è raggiunto il c.d. “closing” (e cioè per cui la documentazione contrattuale e finanziaria è stata sottoscritta ed è divenuta efficace), per un valore aggregato di poco superiore al miliardo.

L’Italia si è collocata in testa (e in particolare al secondo posto, dopo la Francia) tra i paesi europei anche per numero di operazioni di partenariato pubblico-privato “in corso”, per tali intendendosi quelle per cui la procedura di individuazione del *partner* privato è stata indetta ma la documentazione contrattuale e finanziaria non è ancora stata sottoscritta: sono 41 i progetti registrati nella “*pipeline*” italiana nel 2024, di cui 10 nel settore sanitario.

b) i costi sostenuti o da sostenere in conseguenza del recesso, fatta eccezione per gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse (cfr. combinato disposto degli articoli 192, comma 4, e 190, comma 4, lettere a) e b) del d. lgs. n. 36/2023).

¹³⁵ Reperibile al seguente *link*: <https://www.eib.org/en/publications/20250010-market-update-review-of-the-european-public-private-partnership-market-in-2024#:~:text=The%20value%20of%20the%20market,in%20the%20number%20of%20projects>.

Sebbene l'Italia abbia dimostrato di essere un passo avanti rispetto a molti altri Stati europei nel ricorso al partenariato pubblico-privato, non si può non notare il rilevante scarto tra progetti “in *pipeline*” e progetti che raggiungono il “closing” contrattuale e finanziario: alla fine del 2023, i progetti in corso in Italia erano 39¹³⁶, quelli “chiusi” nel 2024 soltanto 5. Se ne ricava che **(a)** molti dei progetti iniziati – tramite la pubblicazione di bandi o di altri analoghi provvedimenti di avvio della procedura di selezione del *partner* privato – si interrompono prima della stipula della documentazione contrattuale o che, comunque, **(b)** le tempistiche per addivenire alla sottoscrizione degli accordi sono particolarmente lunghe.

Interessanti sono poi i dati resi noti dall'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT) circa la classificazione a fini contabili dei contratti di partenariato pubblico-privato. Si è detto sopra, infatti, che un contratto di partenariato pubblico-privato, per essere considerato tale, deve prevedere il trasferimento in capo al *partner* privato del “rischio operativo”, il che tendenzialmente implica che la parte privata assuma, accanto al rischio di costruzione, almeno uno tra il rischio di domanda e il rischio di disponibilità¹³⁷.

Si è altresì detto che l'effettivo trasferimento di tale rischio operativo in capo all'operatore economico, nei termini sopra descritti, consente la contabilizzazione c.d. *off-balance* (letteralmente: “fuori bilancio”) degli *asset* risultanti dalla collaborazione pubblico-privata e che proprio la contabilizzazione *off-balance* rappresenta uno dei maggiori vantaggi del ricorso allo strumento giuridico in esame, permettendo la realizzazione di opere o la fornitura di servizi di pubblico interesse senza che ciò gravi sulle finanze pubbliche.

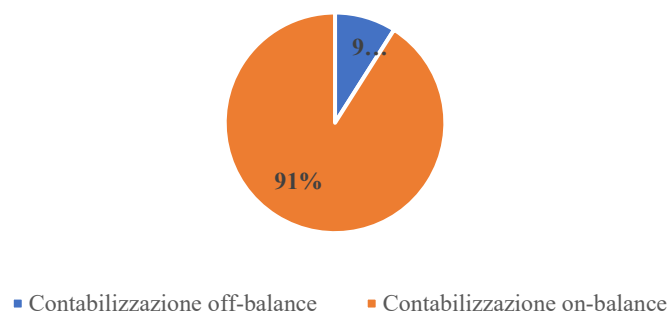
Senonché, nel contesto del monitoraggio sui contratti di partenariato pubblico-privato effettuato dall'ISTAT negli anni dal 2010 al 2023, è emerso che soltanto il 9% degli accordi inclusi nel campione oggetto di esame avevano i requisiti per poter essere classificati *off-balance*, vale a dire che solo nel 9% dei casi è stato riscontrato un effettivo trasferimento del rischio operativo (nei termini di cui al Manual on Government Deficit and Debt dell'Eurostat) in capo al *partner* privato.

¹³⁶ Il dato è tratto dalla Review of the European public-private partnership market in 2023 pubblicata dalla BEI a marzo 2024, reperibile al seguente *link*: <https://www.eib.org/en/publications/20240030-market-update-2023>.

¹³⁷ Si v. ampiamente *supra*, paragrafo 3 del presente Capitolo I.

Nel 91% dei casi, la contabilizzazione *on-balance* dei contratti esaminati dall'ISTAT è dipesa dalla mancata assunzione, da parte del privato, del rischio di costruzione; nell'81% dei casi si è invece registrata l'attribuzione alla parte pubblica del rischio di domanda¹³⁸.

Fig. 1 Risultati della classificazione *ex-post* condotta dall'ISTAT sulla classificazione a fini contabili dei contratti di partenariato pubblico privato



Merita evidenziare, con riferimento ai dati sin qui riportati, che i contratti presi in considerazione sono stati aggiudicati, in prevalenza, da amministrazioni comunali (40%), Aziende Sanitarie Locali (ASL), Unità Socio-Sanitarie Locali (ULSS) e aziende ospedaliere (38%).

Insomma, con un rapporto di circa 1:8 tra progetti per cui si formalizza la documentazione contrattuale e le procedure di selezione “in corso” in un dato anno e, al contempo, una riscontrata difficoltà delle amministrazioni (con particolare riguardo a quelle locali) a garantire l’effettivo trasferimento del rischio in capo alla controparte

¹³⁸ I dati sono riportati nella “Relazione sull’attività svolta dal DIPE nell’anno 2023 in materia di Partenariato Pubblico Privato e Finanza di Progetto” pubblicata dal Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri nel luglio 2024. L’attività di monitoraggio ha avuto inizio nel 2010, ma ha riguardato anche contratti “significativi” (vale a dire con un valore dell’investimento superiore a 5 milioni di Euro) sottoscritti in anni precedenti. La statistica in questione si basa sull’esame di 88 contratti di partenariato pubblico-privato, per un valore complessivo di circa 12.200 milioni e un valore medio per contratto di circa 140 milioni di euro. Di questi, 38 contratti riguardano interventi nel settore dell’edilizia sanitaria, 6 contratti interessano il settore dei trasporti (e di questi 5 contratti riguardano il trasporto urbano), 6 contratti riguardano il settore energetico, 1 un progetto di edilizia istituzionale, 1 un progetto di ristrutturazione urbana, 7 progetti di edilizia urbana, 7 progetti di edilizia scolastica, 9 progetti edilizia sociale, 5 contratti attengono allo sviluppo di reti ed infrastrutture tecnologiche, 4 all’edilizia universitaria e, infine, 4 contratti riguardano progetti di edilizia portuale. La Relazione è reperibile al seguente *link*: <https://www.programmazioneeconomica.gov.it/it/il-partenariato-pubblico-privato/dipe-e-nars-per-il-ppp/attivita/pubblicazioni/>.

privata, c'è ancora strada da fare per consentire al partenariato pubblico-privato di esprimere al meglio le sue potenzialità.

Nel prosieguo del presente lavoro, si indagheranno le maggiori cause degli ostacoli al proficuo ricorso al partenariato pubblico-privato, con specifico riferimento allo strumento che rappresenta una delle prevalenti espressioni, in Italia, di tale istituto: la finanza di progetto.

CAPITOLO II

La finanza di progetto

1. Nozione e caratteristiche della finanza di progetto: l'evoluzione normativa

Nel nostro ordinamento, la forma di partenariato pubblico-privato più diffusa nella prassi è la finanza di progetto: trattasi di una particolare modalità di realizzazione di interventi di pubblico interesse che prevede l'apporto (sostanziale, se non esclusivo) di uno o più soggetti privati sia ai fini della predisposizione della documentazione progettuale, sia al fine di garantire la provvista finanziaria necessaria a realizzare il progetto (che viene messa a disposizione direttamente dall'operatore che realizza l'opera o presta il servizio o, più frequentemente, tramite ricorso al debito bancario o ad altre forme di finanziamento esterno)¹³⁹.

1.1. La c.d. “Legge Merloni-ter” introduce per la prima volta la finanza di progetto

La finanza di progetto, istituto di derivazione anglosassone¹⁴⁰, è stato introdotto e disciplinato per la prima volta nel nostro ordinamento dalla legge 18 novembre 1998, n.

¹³⁹ Sulla finanza di progetto, si v. in generale, tra gli altri: U. Draetta, C. Vaccà (a cura di), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Egea, Milano, 1997, p. 81; Tullio A., *La finanza di progetto: profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2003; A. Vacca, C. Solustri, *Il project financing per le opere pubbliche*, Esselibri – Simone, Milano, 2003; G. Morbidelli, *Finanza di progetto*, Torino, 2004; G.F. Ferrari, F. Fracchia (a cura di), *Project financing e opere pubbliche, problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Egea, Milano, 2004; T.V. Russo-P. Marchetti, *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010; S.M. Sambri, *Project Financing: la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in E. Picozzi, E. Gabrelli (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia: volume III*, CEDAM, 2013; Cartei G.F., Ricchi M. (a cura di), *Finanza di progetto*, Editoriale Scientifica, 2015; Montani V., *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Giappichelli Editore, 2018; Pietrantonio G.L., *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Giappichelli Editore, 2018; D. Siclari, *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*; E. Campagnano, *Il project financing*, in E. Campagnano, *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato. Servizi pubblici e infrastrutture*; Russo T.V., *La gestione delle sopravvenienze nelle operazioni di project financing tra adeguamento e rinegoziazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 4/2021, p. 661; M. Orlandi, *Il project financing: profili operativi e finanziari*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 6/2024, p. 69.

¹⁴⁰ Si v., tra gli altri, F. Cassella, *Il project financing nel Regno Unito*. Nella letteratura straniera, P.K. Nevitt, *Project Financing*, trad. it. ad opera di P. De Sury, Laterza, Bari, 1987; E.R. Yescombe, *Principles of Project Finance*, Elsevier, Amsterdam, 2014; J.D. Finnerty, *Project Financing: Asset-based Financial Engineering*, Wiley, Hoboken, 2013; Sawyer M., *The Private finance initiative, The Uk experience, Research in Transportation Economics*.

415 (c.d. “Legge Merloni-ter”), che ha apportato significative modifiche all’allora vigente Legge quadro sui contratti pubblici (legge 11 febbraio 1994, n. 109, anche detta “Legge Merloni”), inserendovi – *inter alia* – gli articoli da 37-bis a 37-nonies.

L’articolo 37-bis della Legge Merloni (come modificata dalla Legge Merloni-ter) prevedeva che gli operatori economici avrebbero potuto presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative “*alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale [...] ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati*”¹⁴¹.

Le proposte dovevano prevedere la realizzazione dell’opera che ne costituiva oggetto “*tramite contratti di concessione*”, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei “promotori” (così venivano definiti i privati proponenti).

A corredo delle proposte, dovevano essere predisposti e presentati una serie di documenti, tra i quali uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato, un documento recante la “*specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione*”, l’indicazione delle garanzie offerte dal promotore all’amministrazione aggiudicatrice ricevente.

La norma prevedeva altresì la possibilità, per gli operatori economici, di presentare “*proposte d’intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità*” nell’ambito (e cioè nel corso) delle attività di programmazione dei lavori pubblici svolte da parte delle amministrazioni riceventi. In altri termini, eventuali proposte potevano essere presentate anche prima della formale approvazione dei documenti di programmazione, con riferimento a opere o interventi non ancora ivi inclusi, ma che, in caso di accettazione della proposta, avrebbero poi dovuto confluirci.

Sulla compatibilità dell’istituto della finanza di progetto con l’ordinamento giuridico italiano, si v. P. Carrière, *Project financing. Profili di compatibilità con l’ordinamento giuridico italiano*, Cedam, Padova, 1999, p. 33; S. Presilla, *Il project financing. Profili di compatibilità generale con l’ordinamento giuridico italiano alla luce della sua tradizionale diffusione nei paesi di origine anglosassone*, in *Nuova Rassegna*, 2004, p. 2108.

¹⁴¹ Al fine di assicurare un miglior coordinamento tra le attività di programmazione svolte da parte delle amministrazioni e le eventuali iniziative degli operatori economici, il comma 3 dell’articolo 37-bis prevedeva che, entro venti giorni dalla formale adozione degli strumenti di programmazione in questione, le amministrazioni aggiudicatrici rendessero nota la presenza, all’interno degli stessi, di progetti idonei ad essere realizzati tramite ricorso a capitali privati, “*in quanto suscettibili di gestione economica*”.

Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta, l'amministrazione doveva nominare (e comunicare al proponente) il responsabile del procedimento e verificare la completezza della documentazione presentata.

A seguire, e comunque entro il termine di quattro mesi dalla data della sua ricezione, la proposta doveva essere esaminata *nel merito*, in modo da valutarne la fattibilità sotto plurimi profili¹⁴² e di verificarne il pubblico interesse. Nel caso in cui, per la medesima opera, fosse presentata più di una proposta, la valutazione di cui al periodo precedente doveva svolgersi in forma comparativa.

Entro i successivi tre mesi, doveva prendere avvio la gara per l'aggiudicazione della concessione relativa alla realizzazione del progetto proposto. La gara si svolgeva in due fasi: anzitutto, le amministrazioni indicevano una gara da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla cui base era posto il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni dell'amministrazione aggiudicatrice. In alternativa, tale fase poteva svolgersi anche nella forma dell'appalto-concorso¹⁴³.

¹⁴² Ai sensi dell'articolo 37-ter, in particolare, “[l]e amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse”.

¹⁴³ L'appalto-concorso era una modalità di aggiudicazione degli appalti prevista dall'articolo 20 della Legge Merloni, alternativa rispetto al pubblico incanto o alla licitazione privata. In particolare, l'articolo 20 della legge 109/1994 prevedeva che all'appalto-concorso potesse farsi ricorso “in seguito a motivata decisione, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici per i lavori di importo pari o superiore a 25.000.000 di euro, per speciali lavori o per la realizzazione di opere complesse o ad elevata componente tecnologica, la cui progettazione richieda il possesso di competenze particolari o la scelta tra soluzioni tecniche differenziate. Lo svolgimento della gara è effettuato sulla base di un progetto preliminare [...], nonché di un capitolato prestazionale corredato dall'indicazione delle prescrizioni, delle condizioni e dei requisiti tecnici inderogabili. L'offerta ha ad oggetto il progetto esecutivo ed il prezzo”.

Ai sensi dell'articolo 21, comma 2, della legge 109/1994 “L'aggiudicazione degli appalti mediante appalto-concorso [...] avv[iene] con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prendendo in considerazione i seguenti elementi variabili in relazione all'opera da realizzare:

a) nei casi di appalto-concorso:

- 1) il prezzo;
- 2) il valore tecnico ed estetico delle opere progettate;
- 3) il tempo di esecuzione dei lavori;
- 4) il costo di utilizzazione e di manutenzione;
- 5) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare; [...]

Terminata tale prima fase della selezione, la concessione veniva aggiudicata all'esito di una procedura negoziata cui partecipavano il promotore e i due operatori che avessero presentato le migliori offerte nella fase precedente¹⁴⁴.

Ai sensi dell'articolo 37-*quinquies* della Legge Merloni, i bandi di gara per l'affidamento delle concessioni da aggiudicare in regime di finanza di progetto dovevano prevedere che l'operatore economico aggiudicatario avesse la facoltà (o l'obbligo, a discrezione dell'amministrazione aggiudicatrice), dopo l'aggiudicazione, di costituire una "società di progetto" in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, con capitale sociale non inferiore a quello minimo indicato dal bando¹⁴⁵.

La società di progetto così costituita sarebbe subentrata di diritto nel rapporto di concessione in luogo dell'originario aggiudicatario, senza necessità di approvazione o autorizzazione e senza che tale subentro costituisse cessione del contratto¹⁴⁶.

Molto importante – sia in sé per sé, in quanto previsione peculiare e innovativa nel "mondo" dei contratti pubblici, sia perché l'istituto che si sta per introdurre costituisce

¹⁴⁴ Nel caso di mancata partecipazione alla procedura selettiva da parte di soggetti diversi dal promotore, quest'ultimo, ai sensi dell'articolo 37-*quater*, comma 2, sarebbe stato vincolato dalla proposta presentata e, dunque, tenuto alla realizzazione dell'opera che ne costituiva oggetto secondo i termini e alle condizioni ivi previste.

¹⁴⁵ L'articolo 37-*sexies* prevedeva la possibilità, per le società di progetto costituite ai sensi dell'articolo 37-*quinquies*, di emettere obbligazioni, nominative o al portatore, al fine di finanziare la realizzazione del progetto.

A dimostrazione della centralità del ruolo dei finanziatori esterni nelle operazioni realizzate in regime di finanza di progetto, si consideri che gli articoli 37-*octies* e 37-*nonies* prevedevano specifici strumenti a tutela degli stessi.

In particolare, ai sensi dell'articolo 37-*octies*, "[i]n tutti i casi di risoluzione di un rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario, gli enti finanziatori del progetto potranno impedire la risoluzione designando, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione al posto del concessionario e che verrà accettata dal concedente a condizione che:

a) la società designata dai finanziatori abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione;

b) l'inadempimento del concessionario che avrebbe causato la risoluzione cessi entro i novanta giorni successivi alla scadenza del termine di cui all'alinea del presente comma ovvero in un termine più ampio che potrà essere eventualmente concordato tra il concedente e i finanziatori".

Ai sensi, poi, dell'articolo 37-*nonies* della Legge Merloni "[i] crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale sui beni mobili del concessionario ai sensi degli articoli 2745 e seguenti del codice civile".

¹⁴⁶ La costituzione di una società di progetto (o *special purpose vehicle* - *SPV*) realizza la logica del c.d. "ring fence": è funzionale, cioè, a costituire un'entità autonoma e distinta – rispetto al promotore e rispetto agli eventuali finanziatori – nella quale "isolare" i rischi e i profili di responsabilità correlati alla realizzazione del progetto oggetto della commessa.

tema centrale della presente trattazione – è quanto era statuito dall’articolo 37-ter della Legge Merloni, agli ultimi due periodi.

Secondo tale norma, qualora all’esito della procedura negoziata il promotore non avesse ottenuto l’aggiudicazione della concessione, questo avrebbe potuto “*adeguare la propria proposta a quella giudicata dall’amministrazione più conveniente*”, così subentrando al miglior offerente nel ruolo di aggiudicatario.

In altri termini, la Legge Merloni attribuiva al promotore – a titolo di “compensazione” per lo sforzo industriale ed economico profuso nella predisposizione della proposta – un diritto di prelazione da esercitare nel caso in cui un altro operatore avesse presentato un’offerta più conveniente. In tale ipotesi, il promotore avrebbe potuto adeguarsi alle condizioni (tecniche ed economiche) proposte dal concorrente posizionatosi primo in graduatoria ed aggiudicarsi la commessa. Merita precisare che il diritto di prelazione in favore del promotore non era presente *ab origine* nel testo dell’articolo 37-ter della Legge Merloni, ma è stato introdotto dall’articolo 7 della Legge 1 agosto 2002, n. 166 (recante “Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti”)¹⁴⁷.

Insomma, con l’introduzione della finanza di progetto, nel 1998, il sistema della realizzazione di opere pubbliche subisce una “rivoluzione”. Ai privati viene riconosciuto un ruolo che non è più (solo) quello di meri esecutori di lavori e/o fornitori di servizi commissionati dalle amministrazioni. Gli operatori economici diventano compartecipi delle attività di progettazione, consentendo di integrare le conoscenze delle amministrazioni con competenze tecnico-industriali specialistiche, e assumono su di sé gran parte degli oneri (economici) correlati alla realizzazione del progetto: ciò, oltre a recare giovamento alle casse pubbliche, conferisce centralità alla considerazione della redditività degli investimenti effettuati, così introducendo elementi di efficienza tipici dei sistemi di mercato nell’ambito di valutazioni pur sempre centrate sul rilievo dell’interesse pubblico¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Si v., tra gli altri, M. Baldi, *La disciplina delle concessioni e del project financing dopo la legge 166/2002*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2003.

¹⁴⁸ In questi termini, D. Siclari, *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*.

L’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP), le cui funzioni sono oggi esercitate dall’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), nell’Atto di Regolazione n. 34 del 2000 rilevava che “*la caratteristica*

Iniziavano così ad intravedersi, nella disciplina della finanza di progetto recata dalla Legge Merloni-*ter*, alcuni dei caratteri tipici del partenariato pubblico-privato (per il cui primo riconoscimento formale in Italia dovrà attendersi, come visto *supra* al Capitolo I, l'introduzione del primo Codice dei contratti pubblici nel 2006¹⁴⁹).

Il neo-introdotta istituto, tuttavia, ha sollevato alcune perplessità, soprattutto in una prospettiva europea.

La disciplina, soprattutto a seguito delle riforme di cui alla Legge 166/2002, si connotava in effetti per una posizione di privilegio attribuita al soggetto promotore, nel contesto di una procedura di affidamento che nel suo complesso si caratterizzava per l'informalità: l'intera procedura, articolata nella valutazione finalizzata all'individuazione della proposta ritenuta di pubblico interesse, seguita da una prima fase di gara tra soggetti terzi rispetto al promotore, veniva espletata sulla base del progetto preliminare di quest'ultimo, e sfociava, infine, in una procedura negoziata (e quindi tendenzialmente informale) tra il promotore e le due migliori offerte risultanti all'esito della gara, prevedendosi che anche quando il promotore non fosse risultato aggiudicatario, egli potesse comunque adeguarsi all'offerta migliore, divenendo così concessionario.

La dottrina più sensibile¹⁵⁰ non ha potuto fare a meno di notare come la disciplina della finanza di progetto contenuta nella Legge Merloni sembrasse voler costituire una

qualificante di tale istituto [i.e., della finanza di progetto, n.d.r.] consiste essenzialmente nella copertura finanziaria di importanti investimenti sulla base di un progetto in quanto tale, prendendo in considerazione la sua validità, la sua corretta gestione e quindi la sua capacità di produrre reddito per un determinato periodo di tempo. A differenza del tradizionale finanziamento all'imprenditore, basato sull'equilibrio finanziario ed economico del soggetto, il project financing si basa, pertanto, sulle prospettive reddituali e sui flussi di cassa attesi da una specifica iniziativa. Esso si applica, quindi, con particolare riferimento ai progetti infrastrutturali nel settore delle opere pubbliche, a quelle iniziative che risultano essere in grado di generare un cash flow di gestione e un adeguato profitto in termini di capacità a soddisfare un bisogno reale diffuso".

¹⁴⁹ Preceduto, nell'ordinamento dell'Unione Europea, dall'adozione nel 2004 del "Libro Verde relativo ai partenariati pubblico – privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni" della Commissione europea. La genesi e lo sviluppo del partenariato pubblico-privato in Europa e in Italia sono affrontati in dettaglio nel Capitolo I che precede.

¹⁵⁰ Tra gli altri, si v. F. Manfreda, *La finanza di progetto: dalla legittimazione delle Ati costituendae alla illegittimità dei criteri valutativi dei progetti. Profili ricostruttivi di un istituto in evoluzione*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 9, 2713 ss. Anche M. Baldi, *La disciplina delle concessioni e del project financing dopo la legge 166/2002*, rilevava come, con riferimento alla disciplina risultante dalla Legge 166/2002, residuassero "dubbi di compatibilità con la direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993, disciplina comunitaria in materia di appalti di lavori pubblici, che impone comunque l'affidamento della concessione all'esito di una

parziale “eccezione” rispetto ai principi di correttezza e buon andamento (oltre che a quelli di concorrenza di derivazione comunitaria) che avrebbero dovuto informare – e informavano – la disciplina dei contratti pubblici.

1.2. I primi dubbi sulla compatibilità del diritto di prelazione con i principi europei applicabili

Anche la Commissione europea ha mosso dei rilievi – sfociati poi nell’avvio di una procedura di infrazione e persino nella presentazione di un ricorso in sede giurisdizionale – circa la disciplina della finanza di progetto contenuta nella Legge Merloni.

Con lettera di messa in mora del 19 dicembre 2002, ai sensi dell’articolo 226 del Trattato che istituisce la Comunità economica europea (TCEE o Trattato di Roma)¹⁵¹, la Commissione ha contestato alle Autorità italiane una serie di presunti inadempimenti che la disciplina di cui alla Legge Merloni avrebbe comportato in relazione alle disposizioni del Trattato di Roma, nonché al quadro normativo comunitario in materia di contratti pubblici allora vigente (ci si riferisce, in particolare, alla Direttiva n. 93/37/CEE in tema di appalti di lavori e alla Direttiva n. 92/50/CE in tema di appalti di servizi).

I rilievi della Commissione si appuntavano, tra l’altro, proprio sulla disciplina della finanza di progetto e, in particolare, sul ruolo attribuito al soggetto promotore che, secondo la Commissione, presentava dei profili di contrasto con il principio di parità di trattamento, perché consentiva al soggetto che avesse presentato la proposta (i) di essere automaticamente invitato a partecipare alla procedura negoziata per l’aggiudicazione della concessione e, in ogni caso, (ii) di aggiudicarsi la commessa semplicemente adeguandosi all’offerta del concorrente classificatosi primo in graduatoria.

Peraltro, la Legge Merloni, pur disponendo la pubblicazione in G.U.C.E. di un avviso indicativo volto a far conoscere l’esistenza di interventi realizzabili mediante

procedura di selezione dei concorrenti sulla base di uno dei criteri di cui all’art. 30” (i.e., il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa o quello del miglior prezzo). L’A. rilevava anche, però, come “[i]l tenore del nuovo art. 37-ter nella parte in cui riferisce la facoltà di adeguamento alla proposta giudicata più conveniente dall’amministrazione, sembra però circoscrivere il vantaggio per il promotore solo in relazione agli aspetti economici, in cui si identifica la convenienza, cioè in sostanza all’elemento del prezzo, con esclusione di elementi diversi quali ad esempio la qualità progettuale, il rendimento, le caratteristiche del servizio etc.”.

¹⁵¹ Il cui contenuto è oggi confluito nell’articolo 258 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea (TFUE).

finanza di progetto, non prevedeva in alcun modo che detto avviso rendesse noti i vantaggi di cui beneficiava il promotore nella successiva fase della procedura negoziata (*i.e.*, l'invito automatico, il diritto di prelazione).

La lettera di messa in mora ha condotto all'apertura di una procedura di infrazione che, nel 2004, è sfociata nella presentazione, da parte della Commissione, di un formale ricorso alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (CGCEE, oggi Corte di Giustizia dell'Unione Europea, CGUE) contro la Repubblica Italiana.

Nelle more del giudizio – e nel tentativo di venire incontro ai rilievi avanzati in sede europea – con la c.d. legge comunitaria per il 2004 (Legge 18 aprile 2005, n. 62) sono state apportate modifiche all'articolo 37-*bis* della Legge Merloni. In particolare, è stato previsto, al comma 2-*bis*, che l'avviso che le stazioni appaltanti dovevano pubblicare per dare evidenza delle opere incluse negli strumenti di programmazione realizzabili in regime di finanza di progetto avrebbe dovuto contenere, oltre all'indicazione dei “*criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 37-ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte*”, anche una specifica informativa riguardante il diritto di prelazione attribuito al promotore, “*ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti*”.

Prima che la CGCEE potesse pronunciarsi, tuttavia, la Legge Merloni è stata abrogata e sostituita dal Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 163/2006.

1.3. Le Direttive del 2004 e il primo Codice dei contratti pubblici: le sorti altalenanti del diritto di prelazione

Come si è avuto modo di vedere ampiamente nelle pagine precedenti¹⁵², la necessità di recepire le Direttive europee del 2004 sui contratti pubblici ha portato l'Italia ad adottare la sua prima codificazione organica della materia, confluita nel d. lgs. n. 163/2006, che ha abrogato la Legge Merloni.

Complice anche l'adozione da parte della Commissione europea, sempre nel 2004, del “Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli

¹⁵² Cfr. Capitolo I.

appalti pubblici e delle concessioni” (dal quale viene tradizionalmente fatta discendere la “nascita” del PPP in Europa), il Codice del 2006 introduce per la prima volta una definizione di “contratti di partenariato pubblico-privato” e vi riconduce espressamente la finanza di progetto, che disciplina agli articoli 153 e ss.

Nella sua versione originaria, il d. lgs. n. 163/2006 ricalcava la disciplina in materia di finanza di progetto già contenuta nella Legge Merloni, con la procedura selettiva articolata in due fasi: la prima, una gara alla cui base doveva essere posto il progetto presentato dal promotore, la seconda, una procedura negoziata alla quale dovevano essere invitati a partecipare il promotore e i due concorrenti che avessero presentato la migliore offerta nel corso della fase precedente.

Come la Legge Merloni, l’articolo 153 del Codice attribuiva al soggetto promotore “sconfitto” – *i.e.* al soggetto che avesse presentato la proposta posta a base del confronto competitivo, ma che non si fosse poi visto aggiudicare la gara per non aver presentato l’offerta più conveniente – un diritto di prelazione, da esercitare dichiarando di impegnarsi ad eseguire l’opera a condizioni analoghe a quelle offerte dal primo classificato, così subentrando nell’aggiudicazione della commessa.

A seguito della sua introduzione, il d. lgs. n. 163/2006 (e in particolare, per quanto qui rileva, la disciplina in materia di finanza di progetto ivi contenuta) è stato più volte oggetto di interventi di revisione.

Tra le altre, particolarmente rilevante è la riforma operata dal secondo decreto correttivo¹⁵³ di cui al decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113¹⁵⁴, che ha abrogato la previsione relativa al diritto di prelazione del promotore.

Che la scelta del Governo italiano sia stata influenzata dalla procedura di infrazione relativa alla Legge Merloni (e dal correlato giudizio dinanzi alla CGCEE), al tempo ancora in corso, è fuor di dubbio: basti pensare che, nel parere reso in data 7 giugno 2007 sullo schema di secondo decreto correttivo, il Consiglio di Stato aveva ricordato che “[p]endono nei confronti dell’Italia alcune questioni di legittimità comunitaria del diritto

¹⁵³ Il primo decreto correttivo intervenuto sul Codice è stato il d. lgs. n. 26 gennaio 2007, n. 6.

¹⁵⁴ Per una sintesi e un commento delle novità introdotte dal secondo decreto correttivo si v., tra gli altri, C. Lacava, *Il secondo correttivo del Codice dei contratti pubblici – Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2007 e R. De Nictolis, *Le novità normative in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 9/2007.

italiano dei pubblici appalti, in ordine alle quali è prevedibile un esito di condanna dell'Italia. Più esattamente, la causa C-412/04 Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Italiana, dove l'Avvocato generale, nel presentare le proprie conclusioni, ha proposto alla Corte di Giustizia la declaratoria d'inadempimento dell'Italia, laddove ha adottato gli articoli 37 ter e 37 quater [...] della legge 11 febbraio del 1994 n. 109", invitando pertanto il Governo a valutare "se sia il caso di emendare i corrispondenti articoli del Codice ove non tengano conto dei rilievi fatti in sede comunitaria, al fine di arrestare la procedura di infrazione. Ciò vale in particolare per la prelazione in favore del promotore, nel "project financing" confermata nell'articolo 154 del Codice (che è comunque una sede impropria), prelazione che anche sul piano sostanziale è inopportuna perché rende poco appetibile la partecipazione alla gara e rischia così di sottrarre di fatto alla concorrenza questo importante istituto".

E in effetti, nella sua versione finale, il d. lgs. n. 113/2007 ha disposto l'abrogazione del diritto di prelazione del promotore.

Nella relazione illustrativa, si legge come obiettivo della riforma fosse la "più profonda conformazione dell'ordinamento ad esigenze di matrice anche comunitaria, ma comunque – indipendentemente da tale origine, cioè – assunte come pilastri fondamentali ed insostituibili del nuovo regime, in una accezione attenta ai profili sostanziali e funzionali, più che meramente formalistici".

Senonché, tale abrogazione si è rivelata essere una soluzione non efficace al problema dei presunti rischi per la concorrenza insiti nella disciplina della finanza di progetto: l'eliminazione della posizione di vantaggio attribuita al promotore, lungi dallo stimolare un maggior confronto competitivo, ha determinato la paralisi del ricorso all'istituto. D'altra parte, la presentazione di una proposta di finanza di progetto implica, da parte del privato promotore, un'importante dispendio di tempo e risorse, di cui difficilmente un operatore economico sarebbe disposto a farsi carico se non potesse contare sulla ragionevole aspettativa di vedersi aggiudicata la commessa (benché adeguandosi alle condizioni proposte dal miglior offerente)¹⁵⁵.

¹⁵⁵ In questo senso, si v. M. Mattalia, *Project financing, un istituto in continua evoluzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5/2011; M. Trudu, *L'eliminazione del diritto di prelazione per il promotore e la gain redemption clause*, in *Azienditalia – Finanza e Tributi*, n. 23/2007. La Presidenza dell'ANCE, nel comunicato 20 marzo

Così, poco più di un anno dopo la sua abrogazione, il diritto di prelazione del promotore è stato reintrodotta per effetto del decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152¹⁵⁶.

Tale intervento normativo ha operato, in effetti, una sostanziale riscrittura dell'articolo 153 (precedentemente rubricato "Promotore" e che ha assunto invece la rubrica "Finanza di progetto"), abrogando al contempo gli articoli 154 e 155 (rubricati rispettivamente "Valutazione della proposta" e "Indizione della gara").

L'intera procedura – inclusa la valutazione delle proposte e lo svolgimento della gara – veniva così disciplinata dall'articolo 153.

Si delineavano due "forme" di finanza di progetto, quella a iniziativa pubblica e quella a iniziativa privata.

La finanza di progetto a iniziativa pubblica trovava applicazione alla "*realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità*" inseriti nei documenti di programmazione approvati da parte delle amministrazioni riceventi, e prevedeva che fosse messo a gara, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, uno studio di fattibilità redatto da parte della stazione appaltante.

Le offerte – che ai sensi del comma 1 dell'articolo 153 dovevano contemplare "*l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti*" – dovevano contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, e dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto. Il piano economico-finanziario doveva comprendere l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, che non poteva in ogni caso superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara.

2008, n. 1054, si riferiva alla situazione del *project financin* in Italia dopo il secondo decreto correttivo definendola "drammatica", in quanto "*senza la prelazione non ci saranno per gli operatori sufficienti incentivi a produrre progetti e studi economico-finanziari, visto il rischio di vederseli copiati nella gara fase due*".

¹⁵⁶ Per un commento generale si v. R. De Nictolis, *Le novità del terzo (e ultimo) Decreto Correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 11/2008; L. Fiorentino., *Il terzo correttivo del Codice dei contratti pubblici – il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2009. Sulla finanza di progetto, in particolare, si v. M. Ricchi, *La finanza di progetto nel Codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 12/2008.

Una volta ricevute le offerte, l'amministrazione procedeva alla loro valutazione, nominando promotore il soggetto che avesse presentato l'offerta migliore e si fosse pertanto classificato primo in graduatoria.

La stipulazione del contratto poteva avvenire soltanto a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore e della accettazione da parte di quest'ultimo delle modifiche progettuali eventualmente richieste dalla stazione appaltante¹⁵⁷.

Qualora la concessione fosse stata infine aggiudicata a un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo avrebbe avuto diritto al rimborso delle spese per la predisposizione dell'offerta nella misura massima del 2,5% del valore dell'investimento.

La finanza di progetto a iniziativa privata era invece disciplinata dal comma 19 dell'articolo 153 del d. lgs. n. 163/2006 e trovava applicazione alle opere non incluse negli strumenti di programmazione adottati dalle amministrazioni riceventi.

In particolare, con riferimento a tali opere, si prevedeva che i privati potessero presentare proposte "spontanee" – acquisendo così la qualifica di "proponenti" – contenenti un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché una autocertificazione circa il possesso dei requisiti generali, tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali necessari per eseguire il progetto.

Entro tre mesi dal ricevimento della proposta, l'amministrazione doveva valutarne il pubblico interesse. In caso di esito positivo della valutazione (eventualmente anche a seguito del recepimento, da parte del proponente, di richieste di modifica avanzate da parte dell'amministrazione), il progetto veniva inserito negli strumenti di programmazione dell'ente ricevente.

Il progetto preliminare approvato veniva dunque posto a base di gara per l'affidamento di una concessione. Alla gara doveva essere invitato il proponente, che assumeva così (e cioè dalla fase di gara in poi) la denominazione di promotore. Nel bando,

¹⁵⁷ In caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto preliminare, l'amministrazione aveva la facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

l'amministrazione aggiudicatrice poteva chiedere ai concorrenti, compreso il promotore, la presentazione di eventuali varianti al progetto.

Per il caso in cui il promotore (già proponente) non si fosse classificato primo in graduatoria, ecco che tornava il diritto di prelazione: il promotore avrebbe infatti potuto aggiudicarsi la concessione *“se dichiara[va] di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario”*.

Al fine di controbilanciare l'effetto disincentivante che il diritto di prelazione del promotore poteva avere rispetto alla partecipazione alla gara da parte di altri operatori, si prevedeva che, qualora il promotore avesse esercitato la prelazione, l'originario aggiudicatario avrebbe avuto diritto al rimborso delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, nei limiti del 2,5% dell'importo complessivo dell'investimento.

Dunque, rispetto alla disciplina contenuta nella Legge Merloni (oggetto, come visto, di contestazioni in sede europea, ma anche di perplessità manifestate da una parte della dottrina nazionale), il Codice del 2006 – nella versione successiva al terzo decreto correttivo – presenta(va) almeno due caratteristiche valorizzabili per sostenere il superamento, o quantomeno il contenimento, dei rischi di pregiudizio alla concorrenza individuati in relazione alla previgente disciplina.

Anzitutto, la concessione veniva aggiudicata all'esito di una procedura competitiva coerente con la normativa europea (e non, invece, sulla base di una procedura improntata all'informalità, come la procedura negoziata *ex* Legge Merloni); in secondo luogo, come visto, al possibile disincentivo alla partecipazione alla gara da parte di soggetti diversi dal promotore che poteva derivare dall'attribuzione a quest'ultimo del diritto di prelazione, si faceva fronte prevedendo il rimborso, in favore dell'originario aggiudicatario, delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta.

Nel frattempo, la CGCEE, nel febbraio del 2008, si era pronunciata – tra l'altro – proprio sulla questione di compatibilità del diritto di prelazione attribuito al promotore nella finanza di progetto (ai sensi della Legge Merloni) con il diritto euro-unitario: la questione è stata dichiarata irricevibile, per non aver la Commissione indicato

precisamente quali norme la disciplina italiana avrebbe violato. La Corte non si è pertanto pronunciata nel merito¹⁵⁸.

Dunque, la prelazione del promotore nella finanza di progetto era – almeno per quel momento – salva; ciò, tuttavia, non perché la Corte europea si fosse pronunciata esplicitamente nel senso della sua compatibilità con i principi e le norme eurounitarie. Come si vedrà in dettaglio nel prosieguo, il dubbio circa la conformità euro-unitaria di tale istituto (mai del tutto sopito) è recentemente – nuovamente – sfociato in un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea (già CGCEE).

1.4. La finanza di progetto nel Codice dei contratti pubblici del 2016

Ferma restando la maggiore dignità – e la più ampia disciplina normativa – che il d. lgs. n. 50/2016 ha riconosciuto al partenariato pubblico-privato (come si è avuto modo di vedere in dettaglio *supra*, al Capitolo I), tale Codice dei contratti pubblici non ha introdotto particolari stravolgimenti nella disciplina della finanza di progetto rispetto a quanto previsto dal suo “predecessore” d. lgs. n. 163/2006¹⁵⁹.

L’articolo 183 – come il 153 dell’art. d. lgs. n. 163/2006 – distingueva ancora tra finanza di progetto a iniziativa pubblica e a iniziativa privata. Tuttavia, mentre la finanza di progetto a iniziativa pubblica era utilizzabile – come nel Codice del 2006 – con riferimento alle opere inserite negli atti di programmazione adottati dalla stazione appaltante, per quanto riguarda la finanza di progetto a iniziativa privata il d. lgs. n. 50/2016 prevedeva che a questa potesse farsi ricorso per la realizzazione di qualsiasi opera, “*anche se present[e] negli strumenti di programmazione approvati dall’amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente*”¹⁶⁰.

Anche i documenti da presentare a corredo della proposta erano sostanzialmente gli stessi previsti dal Codice del 2006: un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il

¹⁵⁸ CGCEE, sentenza del 21 febbraio 2008, causa C-412/04, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Italiana. Si v. sul punto C. Contessa, *La Corte di Giustizia fra indicazioni (tardive) sulla Legge Merloni e spunti (tempestivi) sul Codice dei contratti - il commento*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 7/2008.

¹⁵⁹ Sul Codice del 2016 in generale e, in particolare, sulle novità in materia di concessioni e partenariato pubblico privato, si v., oltre alla letteratura già citata al Capitolo I che precede, anche R. Proietti, *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Il corriere giuridico*, n. 8-9/2016; R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2016.

¹⁶⁰ Ciò, per effetto delle modifiche apportate al comma 15 dell’articolo 183 del d. lgs. 50/2016 per effetto del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76.

piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e, nel caso di proposte “a iniziativa privata”, l’autocertificazione relativa al possesso dei requisiti generali per l’esecuzione del contratto.

Il termine perentorio per la valutazione delle proposte era sempre di tre mesi.

Si confermava l’attribuzione al proponente – che in gara assumeva la qualifica di promotore – del diritto di prelazione, da esercitare nel caso in cui non fosse risultato aggiudicatario, purché si impegnasse espressamente “*ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall’aggiudicatario*”¹⁶¹.

1.5. La finanza di progetto nel “nuovo” Codice dei contratti pubblici del 2023

Sulla disciplina della finanza di progetto è – infine – significativamente intervenuto il “nuovo” Codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 36/2023, nonché, ancor più incisivamente, il c.d. Decreto Correttivo di cui al d. lgs. n. 209/2024¹⁶².

Per linearità di esposizione, giova ripercorrere prima le novità introdotte dal d. lgs. n. 36/2023 nella sua versione originaria e, solo successivamente, descrivere come su tale disciplina sia intervenuto il Decreto Correttivo, anche al fine di dare atto di come quest’ultimo abbia operato una sostanziale riscrittura dell’articolo 193 a poco più di un anno di distanza dalla sua entrata in vigore.

1.5.1. La disciplina di cui al testo originario dell’articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023

¹⁶¹ Cfr. articolo 193, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016.

¹⁶² Sulla finanza di progetto nel “nuovo” Codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 36/2023, si v. in generale, tra gli altri, Baldi M., *L’esecuzione delle concessioni e la finanza di progetto*, in *Urbanistica e Appalti*, 2023, 401; Guccione C., *Project financing, semplificazioni e spazio agli investitori istituzionali*, in *Enti Locali e Edilizia*, 6 aprile 2023; M. Ricchi, *Struttura e semantica del PPP: le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice, il D.Lgs. n. 36/2023*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 3/2024.

Sulla finanza di progetto a seguito del Decreto Correttivo di cui al d. lgs. n. 209/2024, si v. L.R. Perfetti, *Sul “Correttivo” al Codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2025; S. Colombari, *Il “Correttivo” al Codice dei contratti pubblici, la finanza di progetto e il principio del risultato*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 3/2025; G.F. Cartei e M. Ricchi, *Correttivo al Codice dei contratti pubblici: novità e conferme - Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9/2025.

Si è già detto sopra¹⁶³ della riconduzione, ad opera del d. lgs. n. 36/2023, della finanza di progetto al contratto di concessione (quale peculiare modalità di finanziamento dello stesso).

Tra le altre novità introdotte dal “nuovo” Codice, meritevole di menzione è anzitutto l’espreso riconoscimento della possibilità di ricorrere alla finanza di progetto anche per l’affidamento di concessioni di servizi. Se l’articolo 183 del d. lgs. n. 50/2016 (e prima ancora il 153 del d. lgs. n. 163/2006) prevedeva che l’istituto in questione potesse essere utilizzato “[p]er la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità”¹⁶⁴, il nuovo articolo 193, in coerenza con l’obiettivo sancito dalla legge-delega di favorire un sempre maggiore ricorso al PPP, chiarisce, al comma 1, che le operazioni in finanza di progetto possano riguardare indifferentemente l’affidamento in concessione “di lavori o servizi”.

Scompareva, poi, nella nuova disciplina, la figura della finanza di progetto c.d. a iniziativa pubblica. Nell’originaria formulazione dell’articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023, l’iniziativa idonea a dare impulso alla realizzazione di progetti in *project financing* era solo quella privata¹⁶⁵. Il cambio di prospettiva era da accogliere con favore, dal momento che la finanza di progetto ad iniziativa pubblica presentava confini spesso troppo labili con il “semplice” affidamento tramite gara pubblica di una concessione, di cui rischiava di costituire un duplicato¹⁶⁶.

Rilevanti novità, orientate a conferire maggiore flessibilità alla disciplina, riguardano poi la materia della configurazione del soggetto proponente.

Innanzitutto, con l’obiettivo di incentivare investimenti in operazioni in finanza di progetto anche da parte di soggetti che, pur dotati del necessario capitale, non abbiano

¹⁶³ Cfr. Capitolo I, par. 2.

¹⁶⁴ La previsione, in combinato disposto con il comma 16 del medesimo articolo 183, secondo cui “*La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato*”, tra le quali, a rigore, rientra anche la concessione di servizi, ha dato adito a non poche incertezze interpretative. Si v., sul punto, Delibera ANAC 19 febbraio 2022, n. 4058 e, prima, Delibera 31 maggio 2017, n. 566. Per una riflessione critica sui confini del *project financing*, si veda C. Donadi e I. Rossetti I., *Le nuove frontiere del PPP: il caso della mobilità elettrica*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 1, 2023, p. 33.

¹⁶⁵ Veniva tuttavia prevista, al comma 11 dell’articolo 193, la possibilità per gli enti concedenti di sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi nel programma triennale di cui all’articolo 175.

¹⁶⁶ V. Guccione C., *Project financing, semplificazioni e spazio agli investitori istituzionali*, in *Enti Locali e Edilizia*, 6 aprile 2023.

esperienza né capacità tecnico-imprenditoriali nel settore economico-industriale di riferimento, si prevede che gli investitori istituzionali, nonché gli istituti nazionali di promozione¹⁶⁷, possano presentare proposte di finanza di progetto anche singolarmente.

Nella successiva fase di gara, per far fronte alla necessità di attestare il possesso dei requisiti correlati ai lavori o servizi oggetto del contratto, i predetti soggetti potranno, alternativamente, associarsi o consorziarsi con operatori economici in possesso di tali requisiti, ovvero ricorrere all'avvalimento, anche integrale, delle capacità di altri soggetti. La norma prevede altresì la possibilità, per i citati investitori istituzionali, di ricorrere (eccezionalmente) al subappalto integrale in fase esecutiva.

La novità – peraltro prevista negli stessi termini, per tutti i tipi di PPP, dall'articolo 198, comma 3¹⁶⁸ – è rilevante. La disciplina codicistica del 2016, infatti, imponeva agli investitori istituzionali, come detto tendenzialmente privi delle necessarie capacità tecnico-professionali, di associarsi con progettisti qualificati già in fase di presentazione della proposta, al fine di poter attestare, sin da tale fase preliminare, il possesso di requisiti proporzionati alla commessa.

Ciò aveva comportato, nei fatti, una scarsa propensione degli investitori istituzionali a partecipare a operazioni in finanza di progetto, essendo essi tendenzialmente non disposti ad assumere, nei confronti delle stazioni appaltanti, responsabilità ulteriori rispetto a quelle connesse agli aspetti meramente finanziari¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Ai sensi della definizione recata dall'art. 2, n. 3), del Regolamento (UE) 2017/2015 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 giugno 2015 relativo al Fondo europeo per gli investimenti strategici, al polo europeo di consulenza sugli investimenti e al portale dei progetti di investimento europei, secondo il quale sono istituti e banche nazionali di promozione “*le entità giuridiche che espletano attività finanziarie su base professionale, cui è stato conferito un mandato da uno Stato membro o da un'entità di uno Stato membro, a livello centrale, regionale o locale, per svolgere attività di sviluppo o di promozione*”. Nel nostro ordinamento, detiene la qualifica di istituto nazionale di promozione la società Cassa depositi e prestiti S.p.A., in virtù del mandato conferito dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208, articolo 1, comma 826.

¹⁶⁸ Ai sensi di tale norma, “[g]li investitori istituzionali di cui all'articolo 193, comma 1, quarto periodo, anche al di fuori della finanza di progetto, possono partecipare alla gara, associandosi o consorziandosi con operatori economici in possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori o dei servizi, qualora gli stessi ne siano privi. Gli investitori istituzionali possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. Gli investitori istituzionali possono altresì subappaltare, anche interamente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore venga comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta”.

¹⁶⁹ V. anche Guccione C., *Project financing, semplificazioni e spazio agli investitori istituzionali*.

Sempre orientata alla medesima finalità di smussare la rigidità dell'istituto è anche la previsione (anch'essa portatrice di una novità rispetto al d. lgs. n. 50/2016) secondo cui la configurazione giuridica del soggetto proponente *“può essere modificata e integrata sino alla data di scadenza della presentazione delle offerte”*.

Il lessico ampio utilizzato dalla norma in commento sembrerebbe doversi interpretare nel senso di rendere ammissibili tutte, nessuna esclusa, le modifiche soggettive che dovessero interessare il proponente tra la presentazione della proposta e la successiva gara. Per esempio, potrebbe darsi il caso in cui un soggetto presenti una proposta singolarmente e poi, nella successiva fase di gara, decida di associarsi a un'altra o ad altre imprese e partecipare alla procedura in forma di raggruppamento temporaneo (o viceversa). Analogamente, non è da escludere l'ipotesi in cui il proponente, in fase di gara, identifichi una società dallo stesso controllata cui far assumere la qualifica di promotore.

Sempre con riferimento alla fase di proposta, è interessante notare come con il “nuovo” Codice sia scomparso l'obbligo di presentazione, sin da tale fase, della cauzione c.d. provvisoria pari al 2% del valore dell'investimento, nonché di manifestazione dell'impegno a prestare, in fase di gara, anche l'ulteriore garanzia di importo pari al 2,5% dell'ammontare dell'investimento previsto¹⁷⁰. Novità certamente da accogliere con favore, dal momento che la garanzia in questione rischiava di costituire un rilevante disincentivo alla presentazione di proposte, anche tenuto conto del fatto che, troppo spesso, protraendosi la fase di valutazione di fattibilità oltre i tre mesi previsti dalla legge, i proponenti si trovavano costretti a rinnovarla per periodi di tempo lunghi (e incerti).

Nell'ottica di alleggerire gli impegni correlati alla partecipazione alle procedure selettive e dunque di ampliare la platea dei potenziali concorrenti, la cauzione provvisoria

¹⁷⁰ Il previgente Codice di cui al d. lgs. n. 50/2016 prevedeva, all'articolo 183, comma 13, che le offerte fossero corredate, oltre che dalla c.d. garanzia provvisoria di cui all'articolo 93, pari *“al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente”*, anche *“da un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara”*.

A sua volta il comma 15, relativo alla presentazione di proposte c.d. ad iniziativa privata, chiariva che la proposta fosse corredata, oltre che dalla garanzia di cui all'articolo 93, anche dall'impegno a prestare la garanzia pari al 2,5% del valore dell'investimento.

e quella del 2,5% del valore dell'investimento non devono essere presentate neppure in fase di gara.

Infine, una menzione è d'obbligo alla – nuova – previsione della obbligatorietà, per tutti i progetti di valore superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, della costituzione della “società di scopo” (fino al Codice del 2016 definita “società di progetto”, la cui costituzione era facoltativa in tutti i casi in cui il bando di gara non prevedesse diversamente). D'altra parte, la costituzione della società di scopo risponde tendenzialmente all'interesse dei proponenti, che hanno tutta la convenienza a isolare i rischi connessi al progetto in un veicolo appositamente costituito.

Nel complesso, la disciplina di cui all'articolo 193 del “nuovo” Codice sembra (o almeno, come si vedrà *infra*, sembrava, nella sua versione originaria) aver risposto alla sollecitazione, contenuta nella legge-delega, di incentivare il ricorso al partenariato pubblico-privato e, tra gli altri, allo strumento della finanza di progetto, rendendo la relativa disciplina più flessibile.

1.5.2. Il Decreto Correttivo di cui al d. lgs. 209/2024

Se la nuova configurazione della finanza di progetto, come emergente dal testo originario del d. lgs. n. 36/2023, era complessivamente da accogliere (e in effetti è stata accolta) con favore, la riforma operata con il Decreto Correttivo¹⁷¹ apre la porta a talune perplessità.

Nelle intenzioni del Governo, per come espresse nella relazione illustrativa al Decreto Correttivo, la nuova disciplina mirerebbe “*a rendere effettivamente applicabile*

¹⁷¹ Con l'adozione del Decreto Correttivo, il Governo si è avvalso della facoltà concessa dall'art. 4, comma 1, della “legge-delega” del 21 giugno 2022, n. 78 di intervenire sulla disciplina codicistica nel rispetto dei medesimi principi e criteri direttivi contenuti nella delega stessa.

Le modifiche introdotte dal Decreto Correttivo, frutto di tavoli di confronto sia istituzionale, sia con le rappresentanze degli operatori economici e delle stazioni appaltanti, si pongono l'obiettivo di razionalizzare e semplificare la disciplina, di tener conto degli orientamenti giurisprudenziali intervenuti e delle istanze degli *stakeholders* del settore, nonché di prevenire nuove procedure di infrazione da parte della Commissione europea e risolvere quelle ancora aperte.

Per un commento organico al Decreto Correttivo di cui al d. lgs. n. 209/2024, si v., tra gli altri, Bolognino D., Bonura H., Griglio E., Storto A. (a cura di), *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici. Il commento organico al D.L.vo 31 dicembre 2024, n. 209*, Collana Tribuna Dossier, diretta da Luigi Viola, La Tribuna, 2025.

*l'istituto della finanza di progetto, fornendo agli enti concedenti e agli operatori economici un quadro normativo chiaro ed esaustivo per l'applicazione dell'istituto*¹⁷².

Per quanto condivisibile sia l'obiettivo, la riforma operata dal Decreto Correttivo, per le ragioni di cui si darà conto nelle pagine che seguono, rischia di generare, nei fatti, l'effetto esattamente contrario, e cioè disincentivare il ricorso a uno strumento la cui attrattività è già stata messa in crisi da recenti orientamenti giurisprudenziali *restrittivi* in materia di modalità di esercizio del diritto di prelazione¹⁷³, e che risulta oggi molto complesso (da un punto di vista procedimentale)¹⁷⁴ e incerto (nei tempi e negli esiti)¹⁷⁵.

I) La reintroduzione della finanza di progetto a iniziativa pubblica

Se, con un'importante innovazione rispetto al regime di cui al d. lgs. n. 50/2016, il d. lgs. n. 36/2023 aveva eliminato la distinzione tra finanza di progetto a iniziativa pubblica e a iniziativa privata, limitandosi a disciplinare quest'ultima quale modalità ordinaria di ricorso all'istituto, tale distinzione è stata reintrodotta dal Decreto Correttivo.

Il nuovo articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023 si apre con la presentazione delle due modalità alternative di affidamento in concessione di lavori e servizi mediante finanza di progetto: su iniziativa privata, anche per progetti non inclusi negli atti di programmazione approvati dall'amministrazione ricevente, o su iniziativa dell'ente concedente, per progetti inclusi nei predetti atti di programmazione.

A ben vedere, in realtà, il riferimento contenuto nel comma 1 dell'articolo 193 del Codice (e nella relazione illustrativa al Decreto Correttivo) alla "*iniziativa pubblica*" appare fuorviante: la "finanza di progetto a iniziativa pubblica" si traduce, in realtà, nella sollecitazione, da parte dell'ente concedente, della presentazione di proposte da parte di soggetti privati. Presentazione che è invece spontanea nella finanza di progetto a iniziativa privata¹⁷⁶.

¹⁷² Cfr. pag. 13 della relazione illustrativa.

¹⁷³ Il riferimento è alla sentenza n. 9210 del 24 ottobre 2023, resa dalla V sezione del Consiglio di Stato. Per un'analisi di tale pronuncia e delle sue implicazioni si rinvia *infra* al Capitolo III, par. 5.

¹⁷⁴ Per effetto delle modalità con cui è stata procedimentalizzata la fase prodromica all'indizione della gara.

¹⁷⁵ Per effetto dell'introduzione della "contendibilità" del diritto di prelazione.

¹⁷⁶ Si v. in questo senso G.F. Cartei, M. Ricchi, *Correttivo al Codice dei contratti pubblici: novità e conferme - Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto*.

II) La manifestazione di interesse

Con il dichiarato¹⁷⁷ obiettivo di garantire una maggiore trasparenza delle fasi prodromiche agli affidamenti in regime di finanza di progetto, il Decreto Correttivo ha inteso dare una specifica disciplina normativa a una prassi ampiamente diffusa e tuttavia precedentemente non regolamentata: la presentazione di manifestazioni di interesse da parte di soggetti privati potenzialmente interessati a sviluppare proposte di finanza di progetto, funzionali a ottenere informazioni preliminari di carattere tecnico, nonché dati generali sulle esigenze che l'amministrazione possa essere interessata a veder soddisfare tramite ricorso al partenariato pubblico-privato¹⁷⁸.

Non di rado, infatti, i potenziali *partner* privati, pur astrattamente interessati a (e in possesso di requisiti, finanziari e tecnico-professionali, sufficienti per) collaborare con le amministrazioni alla realizzazione di opere o alla prestazione di servizi di pubblico interesse, non hanno a loro disposizione tutti i dati necessari per sviluppare una proposta che sia effettivamente rispondente ai bisogni dell'amministrazione ricevente (e/o della relativa comunità di riferimento) e, al contempo, idonea a garantire al proponente la remunerazione dell'investimento.

Proprio per questo, non è raro che le amministrazioni ricevano manifestazioni di interesse esplorative, volte a ottenere informazioni utili a verificare l'effettiva possibilità (o convenienza) di una *partnership* pubblico-privata. Tali manifestazioni di interesse, nella prassi seguita sino all'entrata in vigore del Decreto Correttivo, venivano trattate informalmente o, comunque, si inserivano nel canale procedimentale tipico dell'accesso agli atti e ai documenti amministrativi.

Con il Decreto Correttivo, tuttavia, le manifestazioni di interesse funzionali alla presentazione di proposte di finanza di progetto assumono una loro autonoma rilevanza giuridica, che comporta l'applicazione di una disciplina *ad hoc*. Secondo il Decreto Correttivo, la manifestazione di interesse dovrà essere "*corredata dalla richiesta di informazioni e dati necessari per la predisposizione della proposta*" (articolo 193, comma 2 del d. lgs. n. 36/2023).

¹⁷⁷ Nella relazione illustrativa al Decreto Correttivo.

¹⁷⁸ Si v. anche S. Colombari, *Il "Correttivo" al Codice dei contratti pubblici, la finanza di progetto e il principio del risultato*.

A fronte della presentazione di una manifestazione di interesse, l'amministrazione ricevente è tenuta a comunicare all'operatore economico se, sulla base di una analisi preliminare, ritiene che il progetto presentato possa essere di interesse pubblico e, in caso affermativo, a fornire le informazioni richieste.

Impone tuttavia la norma in commento che le medesime informazioni, oltre ad essere trasmesse al manifestante interesse, siano “*res[e] disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione nella sezione “Amministrazione trasparente” del proprio sito istituzionale*”.

La previsione, certamente ben intonata al principio di trasparenza, che viene in tal modo esteso anche alla fase *primordiale* dell'affidamento in regime di finanza di progetto, ha il pregio di contribuire a superare le reticenze spesso manifestate, nella prassi, dalle amministrazioni destinatarie di manifestazioni di interesse, preoccupate che fornire informazioni a un determinato operatore economico possa tradursi nell'attribuzione allo stesso di un indebito vantaggio concorrenziale.

Dall'altro lato, tuttavia, obbliga il manifestante interesse a “scoprire le carte”, facendogli perdere il vantaggio altrimenti derivante dall'essersi per primo attivato per la predisposizione di un progetto di (potenziale) interesse pubblico.

Il che, se positivo in una generale (e astratta) ottica di garanzia di maggiore trasparenza e competitività nelle procedure in finanza di progetto, si traduce in un elemento scoraggiante nei confronti dei possibili *partner* privati, tanto più restii a investire risorse per la predisposizione di una proposta quanto più probabile sia che proposte analoghe possano essere presentate da altri operatori.

III) La documentazione da allegare a corredo della proposta

Il Decreto Correttivo introduce previsioni importanti anche per quanto riguarda la documentazione da allegare a corredo delle proposte di finanza di progetto¹⁷⁹.

Anzitutto, vengono precisati i contenuti del “progetto di fattibilità”, che costituisce uno degli elaborati tecnici principali di cui le proposte si compongono.

¹⁷⁹ Si v. sul punto anche G.F. Cartei, M. Ricchi, *Correttivo al Codice dei contratti pubblici: novità e conferme - Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto*.

A differenza del d. lgs. n. 50/2016, che individuava tre livelli di progettazione (il progetto di fattibilità tecnico-economica, il progetto definitivo e il progetto esecutivo), il d. lgs. n. 36/2023 ne prevede soltanto due: il progetto di fattibilità tecnico-economica e il progetto esecutivo. Il primo ha assorbito molte delle caratteristiche – e sostanzialmente il livello di approfondimento progettuale – che nella previgente disciplina connotano il progetto definitivo.

In tale contesto, il riferimento, contenuto nell’originaria versione dell’articolo 193, alla presentazione a corredo delle proposte di finanza di progetto di un “progetto di fattibilità” aveva creato non pochi dubbi circa l’effettivo livello di dettaglio che dovesse connotare tale documento, se lo stesso del “nuovo” progetto di fattibilità tecnico-economica o meno.

Il fatto che si facesse riferimento al progetto di “fattibilità”, e non di “fattibilità tecnico-economica”, poteva consentire di argomentare che il legislatore avesse voluto tenere distinti i due elaborati, ma l’assonanza tra le due locuzioni lasciava spazio a non poche incertezze. Il tema, da un punto di vista pratico, non era certamente di poco conto: il livello di approfondimento tecnico che caratterizza, nel “nuovo” Codice, il “progetto di fattibilità tecnico economica”, infatti, è decisamente superiore a quanto era richiesto, nel Codice del 2016, ai fini della presentazione di proposte di PPP, e implica un lavoro tecnico certamente più complesso e dispendioso.

Con il Decreto Correttivo, il dubbio viene meno. L’articolo 193 chiarisce ora al comma 3 che il progetto di fattibilità da presentare a corredo delle proposte deve essere redatto in coerenza con una norma introdotta dallo stesso Decreto Correttivo: l’articolo 6-bis dell’allegato I.7, rubricato proprio “Progetto di fattibilità per la finanza di progetto”.

Si tratta, in sintesi, di un progetto di fattibilità “light”, dal contenuto più snello del PFTE che costituisce il primo livello progettuale previsto dal Codice¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Prevede in particolare l’articolo 6-bis dell’allegato I.7 al d. lgs. n. 36/2023 che:

“1. Per le concessioni di lavori, ai fini della valutazione di fattibilità delle proposte presentate ai sensi dell’articolo 193, il promotore o il proponente presenta un progetto di fattibilità composto almeno dai seguenti elaborati:

a) relazione generale; b) relazione tecnica relativa al contesto territoriale nel quale l’opera è inserita, contenente anche una descrizione dell’opera medesima; la relazione è altresì corredata dagli approfondimenti richiesti dal RUP in funzione della natura e dell’ubicazione dell’intervento; c) relazione preliminare di sostenibilità dell’opera; d) elaborati grafici tipologici delle opere (planimetrie, prospetti e

La novella, che è volta a contenere i costi della presentazione delle proposte di finanza di progetto, è da accogliere con favore.

Meritevole di menzione, sempre in tema di documentazione da allegare a corredo delle proposte, è poi il fatto che, con la nuova formulazione dell'articolo 193 del Codice, viene esplicitata la necessità che i requisiti di cui il proponente è in possesso siano dichiarati sin dalla fase di presentazione della proposta.

IV) La nuova procedura per il caso di presentazione di proposte a iniziativa privata

Tra le modifiche introdotte dal Decreto Correttivo, quella più rilevante – anche in termini di possibile impatto sull'attrattività dello strumento agli occhi dei potenziali *partner* privati – è senza dubbio quella che riguarda il (nuovo) procedimento da seguire nel caso di presentazione di proposte ad iniziativa privata, che rispetto al passato diviene più lungo, complesso e, nella prospettiva del proponente, incerto¹⁸¹.

Anzitutto, si introduce una nuova e ulteriore fase di confronto competitivo, anticipata rispetto alla vera e propria procedura di gara, collocata in un momento immediatamente successivo a quello di presentazione della proposta.

Prevede infatti il nuovo comma 4 dell'articolo 193 che, previa verifica dell'interesse pubblico e della coerenza della proposta con gli atti di programmazione dell'ente concedente, quest'ultimo dia notizia della presentazione nella sezione "Amministrazione Trasparente" del proprio sito istituzionale, invitando eventuali ulteriori operatori economici interessati alla realizzazione della medesima opera e/o alla fornitura del medesimo servizio a presentare anch'essi, entro un termine commisurato alla

sezioni tipo); e) computo metrico estimativo preliminare dell'opera, coerente con gli elaborati grafici tipologici di cui alla lettera d); f) cronoprogramma.

2. Per le concessioni di servizi, il progetto di fattibilità è composto almeno dai seguenti elaborati:

a) una relazione tecnico-illustrativa, che identifica gli elementi tecnici, economici e finanziari dell'investimento e specifica i costi del servizio in rapporto alle sue componenti, come identificate nel documento di specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché agli elementi evidenziati nel piano economico finanziario della proposta; b) il cronoprogramma di attuazione dei servizi".

¹⁸¹ Per un commento, si v. G.F. Cartei, M. Ricchi, *Correttivo al Codice dei contratti pubblici: novità e conferme - Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto.*

Per alcune considerazioni critiche si v. anche L.R. Perfetti, *Sul "Correttivo" al Codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto.*

complessità del progetto e comunque non inferiore a sessanta giorni, proposte relative al medesimo intervento.

Scaduto il termine per la presentazione delle proposte *concorrenti*, l'ente concedente individua, in forma comparativa e sulla base di criteri che tengano conto della fattibilità e della corrispondenza dei progetti ai propri fabbisogni, una o più proposte che intende approfondire (dandone notizia ai soggetti interessati e sul proprio sito istituzionale). Si apre così una sorta di “fase due” del procedimento di valutazione, durante la quale l'ente concedente può richiedere ai proponenti individuati come “migliori” di apportare eventuali modifiche alle rispettive proposte, necessarie ai fini della loro approvazione. Eventualmente, l'amministrazione procedente può persino indire una conferenza di servizi preliminare, volta a consultare le altre amministrazioni potenzialmente coinvolte in o interessate a l'intervento oggetto di proposta.

La “fase due” deve concludersi entro i successivi sessanta giorni, differibili fino a novanta giorni per comprovate esigenze istruttorie.

Una volta selezionato il progetto più confacente al pubblico interesse, il Decreto Correttivo prevede ancora un ulteriore adempimento prima che si giunga alla fase di gara: il progetto di fattibilità “light” presentato dal proponente deve essere integrato in modo da raggiungere l'approfondimento proprio del primo livello di progettazione previsto dal Codice (*i.e.* il progetto di fattibilità tecnica ed economica per i lavori o il progetto di cui all'articolo 4-bis dell'Allegato I.7 per i servizi). Così, una volta approvato, il progetto è inserito tra gli strumenti di programmazione dell'ente concedente e posto a base di gara.

Resta ferma l'attribuzione al proponente (che in gara acquisisce la qualifica di promotore) del diritto di prelazione, per il caso in cui non risulti aggiudicatario.

1.5.3. Osservazioni sulla disciplina risultante dal Decreto Correttivo

Come visto, il Decreto Correttivo ha comportato un complessivo ridisegno della finanza di progetto (soprattutto) dal punto di vista procedurale¹⁸².

¹⁸² Le considerazioni espresse nel presente paragrafo sono confluite in L. Zanghi Buffi, *La finanza di progetto*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2025, pagg. 201 e ss.

Da valutare positivamente è senz'altro l'introduzione e la regolamentazione del progetto di fattibilità "light", con conseguente rilevante sgravio degli oneri progettuali in fase di proposta.

Per il resto, non può non notarsi come la nuova disciplina rischi di compromettere l'attrattiva dello strumento agli occhi dei privati e, dunque, di limitarne (ancor di più) l'effettivo utilizzo.

Il tema non è di poco conto: con le risorse messe a disposizione nel contesto del dispositivo di ripresa e resilienza che vanno esaurendosi, e la stagione del PNRR che sta per chiudersi, gli strumenti di partenariato pubblico-privato assumono rilievo centrale. Come visto ampiamente al Capitolo I, infatti, l'attrazione di capitali privati per finanziare la realizzazione di opere o la fornitura di servizi pubblici consente di garantire il soddisfacimento degli interessi della collettività superando i limiti di bilancio delle amministrazioni interessate.

È allora interessante notare come, nella relazione illustrativa, il Governo abbia dichiarato che la disciplina introdotta dal Decreto Correttivo sarebbe volta "a rendere effettivamente applicabile l'istituto della finanza di progetto" quando, a ben vedere, la fase procedurale che va dalla proposta alla gara si è fatta più lunga e complessa; l'apertura al confronto concorrenziale già in fase di proposta (con la pubblicazione sul sito dell'ente concedente e l'invito rivolto al mercato a presentare ulteriori proposte aventi ad oggetto la stessa opera o servizio) rende di fatto "contendibile" e incerto il diritto di prelazione, che per i proponenti rappresenta(va) lo stimolo maggiore a investire nella finanza di progetto; agli occhi dei potenziali investitori aumentano le probabilità che le attività svolte per la predisposizione del progetto (che di per sé implicano un rilevante dispendio economico) si rivelino vane; le occasioni di contenzioso si moltiplicano.

Al riguardo, e per poter meglio inquadrare le innovazioni derivanti dal Decreto Correttivo, è opportuna una breve digressione.

1.5.4. L'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 9449 del 25 novembre 2024

In effetti, l'intento che ha animato il legislatore del Decreto Correttivo – più che quello di incentivare il ricorso al *project financing* – sembra essere stato quello di superare

i rilievi critici sollevati da parte della giurisprudenza nazionale e delle istituzioni europee circa la (in)compatibilità della disciplina italiana della finanza di progetto con il diritto euro-unitario.

Si fa riferimento, anzitutto, all'ordinanza n. 9449 del 25 novembre 2024 del Consiglio di Stato, sez. V.

La controversia portata all'attenzione del Collegio riguardava una gara indetta dal Comune di Milano, avente per oggetto la progettazione, fornitura, posa in opera, gestione e manutenzione di 70 servizi igienici pubblici automatizzati. Stando alla documentazione di gara, il contratto messo a gara sarebbe stato qualificabile come contratto di sponsorizzazione c.d. tecnica.

La gara era stata indetta sulla base di una proposta presentata da un raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) costituito tra le società A&C Network S.r.l. (mandataria) e Vox Communication S.r.l. (mandante).

Nonostante la stazione appaltante non avesse espressamente qualificato la procedura come finanza di progetto ai sensi dell'allora vigente articolo 183 del d. lgs. n. 50/2016 (bensì, come visto, come procedura volta all'affidamento di un contratto di sponsorizzazione), il bando prevedeva che qualora il soggetto proponente non si fosse classificato primo in graduatoria, questo avrebbe potuto esercitare un diritto di prelazione, impegnandosi a eseguire il contratto alle stesse condizioni offerte dall'originario aggiudicatario, assicurandosi così la commessa.

All'esito della fase di valutazione, l'offerta presentata dalla società Urban Vision S.p.A. era stata giudicata la migliore, e tale società si era pertanto collocata al primo posto in graduatoria (mentre il RTI proponente si era classificato al secondo posto).

Senonché, il proponente ha esercitato il diritto di prelazione allo stesso attribuito dalla documentazione di gara, divenendo così aggiudicatario.

La società Urban Vision S.p.A. ha dunque impugnato l'aggiudicazione disposta in favore del RTI A&C Network, nonché tutti gli ulteriori atti alla stessa presupposti o

conseguenti, chiedendone l'annullamento. A tal fine, la ricorrente fatto valere, sotto plurimi profili, l'asserita illegittimità del procedimento seguito dal Comune di Milano¹⁸³.

Il T.A.R. Milano, sez. I, con sentenza del 29 gennaio 2024, n. 196, ha respinto il ricorso¹⁸⁴.

La sentenza di primo grado è stata impugnata dalla Urban Vision S.p.A. dinanzi al Consiglio di Stato. Quest'ultimo ha anzitutto ritenuto – a differenza di quanto sostenuto dal T.A.R. e dal Comune di Milano resistente – che il contratto stipulato con Urban Vision S.p.A. fosse qualificabile non come sponsorizzazione, bensì come concessione aggiudicata in regime di finanza di progetto¹⁸⁵.

¹⁸³ In sintesi, nella prospettazione della ricorrente, poiché la proposta era stata presentata nel contesto di un avviso pubblico con cui il Comune di Milano aveva “reso noto, ai sensi dell’art. 19 del D.lgs. n. 50/2016, l’intervenuto ricevimento di una proposta di sponsorizzazione tecnica per la progettazione, fornitura, posa in opera, gestione e manutenzione, a cura e spese dello Sponsor; di n. 70 servizi igienici pubblici automatizzati (c.d. S.I.A.), a fronte del corrispettivo consistente nel diritto di sfruttamento economico di nr. 97 impianti pubblicitari bifacciali di piccole dimensioni, localizzati nel territorio cittadino nei luoghi indicati dal Piano Generale degli Impianti Pubblicitari. Il tutto per una durata contrattuale di 18 anni e un valore stimato delle prestazioni a carico dello Sponsor, posto a base di gara, pari a € 14.448.000,00”, il contratto stipulato a valle della procedura sarebbe stato classificabile come contratto di sponsorizzazione, con conseguente inapplicabilità dell’istituto della prelazione.

¹⁸⁴ Il T.A.R., pur riconoscendo che il contratto sottoscritto dal Comune di Milano con Urban Vision S.p.A. fosse qualificabile come contratto di sponsorizzazione, ha rilevato che “il Codice dei contratti pubblici di cui al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 rimette alla stazione appaltante la definizione della procedura di gara, limitando il vincolo di legge al rispetto dei principi generali in materia di gare. In particolare la norma specifica che “il contratto può essere liberamente negoziato”, evidenziando così che la discrezionalità della stazione appaltante è molto ampia ed il modello suggerito è quello della procedura negoziale in cui è lasciato alle parti ampio spettro di manovra. Non è possibile quindi escludere l’introduzione di un diritto di prelazione negoziale od una diversa disciplina di gara che rispetti comunque la distinzione in fasi previsto dall’art. 32.

A ciò si aggiunge che il Codice dei contratti pubblici di cui al Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE hanno abbandonato il modello unitario di procedura ad evidenza pubblica che appartiene alla nostra tradizione giuridica, per cui sono possibili procedure volte a sollecitare offerte di prestazioni, compartecipazioni alla spesa, collaborazioni nell’individuazione delle prestazioni da porre a base di gara, dialoghi competitivi, negoziazioni varie, in un caleidoscopio di possibilità tra le quali non può escludersi anche il diritto di prelazione o di subentro nell’aggiudicazione, a condizione che sia perseguito l’interesse pubblico ed i principi comunitari in materia di gare pubbliche. La mancata previsione da parte della legge del diritto di prelazione nell’ambito della scarsa disciplina del procedimento di affidamento della sponsorizzazione tecnica non può quindi ritenersi elemento ostativo alla sua introduzione ad opera della stazione appaltante a fronte dell’ampia discrezionalità lasciata alla stazione appaltante”.

¹⁸⁵ Rileva in particolare il Consiglio di Stato che “12. Il Collegio ritiene che il contratto stipulato dal Comune non sia qualificabile in termini di sponsorizzazione, come invece ritenuto dal Comune stesso. Nel contratto di sponsorizzazione lo sponsor si impegna a destinare proprie risorse per finanziare la prestazione alla quale è interessata l’amministrazione e riceve in cambio un’utilità immateriale, il ritorno di immagine (aleatorio) “come conseguenza della comunicazione al pubblico dell’esecuzione della prestazione” (Cons. St., sez. V, 3 ottobre 2017 n. 4614).

Sulla base di tale presupposto, il Consiglio di Stato ha verificato il procedimento seguito dal Comune di Milano per giungere all'aggiudicazione e ha ritenuto che questo si fosse svolto in modo coerente con quanto previsto dalla legge applicabile e, in particolare, dall'articolo 183, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016, che prevede espressamente che il

Nel contratto in esame invece la controprestazione consiste “nel ritorno economico costituito dall'utilizzo/sfruttamento dei n. 97 impianti pubblicitari” e “Lo Sponsor si assume l'alea dello sfruttamento pubblicitario” (art. 7 contratto).

Posto poi che le modalità di promozione diretta del privato, che, in base alla relazione istruttoria, si affiancano alla “pubblicità in conto terzi che lo stesso, in qualità di collettore, veicolerà negli spazi messi a disposizione”, non sono individuate in contratto, essendo definite in un piano che è redatto in adempimento di un obbligo contrattuale, detto elemento non può essere ritenuto qualificante.

L'interesse del privato si appunta pertanto, in una misura che il contratto non assicura che non sia del tutto prevalente, sullo sfruttamento degli impianti pubblicitari, con assunzione del relativo rischio di domanda.

13. Piuttosto il contratto stipulato dal Comune e il relativo procedimento rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 183 d.lgs. 50/2016, intitolato “finanza di progetto”.

13.1. L'art. 183 disciplina un modulo procedimentale (così anche la relazione al d.lgs. n. 36/2023). Detto modulo si applica a contratti nei quali, come si evince anche dal titolo (così anche la relazione al d.lgs. n. 36/2023 e la delibera Anac 23 settembre 2015 n. 10), il privato finanzia, in modo totale o parziale, l'opera, senza garanzia del recupero dell'investimento, che dipende dall'introito derivante dallo sfruttamento dell'opera o dalla fornitura del servizio.

13.2. Con il contratto in esame non solo il privato si assume l'onere di realizzare i bagni automatizzati pubblici e di trasformare gli impianti pubblicitari con proprie risorse, ma neppure riceve una controprestazione in denaro, potendo piuttosto sfruttare i 97 impianti pubblicitari. Il privato quindi finanzia l'intervento, nei termini di cui all'art. 183.

In ragione di ciò egli assume il rischio operativo delle opere e delle gestioni anzidette, oltre che il rischio della domanda rispetto agli impianti pubblicitari.

Detto elemento consente di qualificare il contratto.

La concessione è infatti caratterizzata, oltre che da un corrispettivo costituito unicamente dal diritto di gestire le opere o i servizi o da tale diritto accompagnato da un prezzo, dall'assunzione, da parte del concessionario, del rischio operativo (lett. uu) e vv) dell'art. 3), inteso quale rischio di gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, come nel caso in cui non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati (lett. zz).

La definizione di paternariato pubblico privato comprende quella di concessione: i contratti di paternariato sono infatti contratti a titolo oneroso con i quali è conferito all'operatore economico il compito di realizzare e gestire un'opera in cambio del suo sfruttamento economico, o di fornire un servizio, “con assunzione di rischio” (art. 3 lett. eee), in termini di rischio di costruzione, oltre che di rischio di disponibilità o di rischio di domanda (art. 180 comma 3), con una definizione più lata, specie in relazione all'oggetto del contratto e al relativo rischio, rispetto a quella di concessione.

L'onere, assunto dal raggruppamento, di finanziare l'opera senza garanzia del recupero dell'investimento, dipendente dall'introito derivante dallo sfruttamento degli impianti pubblicitari, costituisce un tipico esempio di assunzione del rischio che connota la concessione e il paternariato.

13.2. Il contratto in esame è quindi qualificabile, anche ai fini del diritto Ue (su cui infra), come concessione, oltre che come paternariato pubblico privato

[...]

15. La procedura seguita dal Comune rispetta il modulo disciplinato dall'art. 183 del d. lgs. 50/2016, che contiene la previsione della prelazione [...].”

promotore che non risulti vincitore della procedura possa divenire aggiudicatario esercitando il diritto di prelazione¹⁸⁶.

Ciò nonostante, il Consiglio di Stato ha posto in dubbio che il diritto di prelazione nel contesto della finanza di progetto costituisca “*puntuale recepimento del diritto europeo*”.

Ciò in quanto la prelazione “*pur assicurando lo svolgimento di una gara, è idonea a sovvertirne l'esito se il promotore la esercita: il proponente che non risulti aggiudicatario secondo le regole di gara, se adegua la sua proposta a quella individuata come migliore, diviene egli stesso aggiudicatario. La prelazione produce quindi effetti sulla parità di trattamento che informa legare pubbliche, mettendone in discussione l'essenza*”.

Il dubbio deriva, chiarisce il Collegio, dal fatto che, se da un lato la direttiva europea in materia di concessioni (*i.e.* Direttiva (UE) 2014/23/UE) non disciplina espressamente alcun istituto analogo al diritto di prelazione che il diritto italiano attribuisce al proponente nel contesto di operazioni realizzate in regime di finanza di progetto, dall'altro lato neppure espressamente vieta agli Stati membri di introdurre norme di tal tipo.

Anzi, secondo il Consiglio di Stato, nell'ordinamento euro-unitario sarebbero rinvenibili taluni “*elementi*” che potrebbero indurre a ritenere che la prelazione di cui all'articolo 183 del d. lgs. n. 50/2016 (oggi articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023) sia in effetti legittima¹⁸⁷.

¹⁸⁶ “17. Il procedimento svolto dal Comune integra i presupposti delineati dall'art. 183 del d. lgs. 50/2016 e, in particolare, dal relativo comma 15. Urban Vision ha presentato una proposta. La proposta è stata valutata positivamente sia rispetto al fine pubblico (“il fine pubblico che si intende perseguire è una nuova dotazione di Servizi – Igienici Automatizzati nonché la loro gestione e manutenzione”), sia, in esito ad apposita istruttoria, in merito alla “congruità tecnico- economica finanziaria” (così dalla determina n. 5782 del 2021). È stato quindi pubblicato un avviso pubblico, con il quale la proposta è stata messa a gara e nel quale è specificato che il promotore può esercitare la prelazione. In esito alla gara il promotore ha esercitato la prelazione e ha ottenuto l'aggiudicazione adeguando l'offerta a quella dell'appellante, risultato migliore offerente. 18. Il procedimento svolto dal Comune ha assicurato una trasparenza anche maggiore in quanto ha pubblicato un avviso preliminare nel quale ha reso noto l'interesse a ricevere proposte per la realizzazione di iniziative per la rigenerazione di spazi pubblici, specificando che il vantaggio competitivo del promotore”.

¹⁸⁷ Rileva il Consiglio di Stato che “23. In particolare, depone in tal senso la direttiva laddove stabilisce: - la “flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario” (considerando 68, oltre che 1 e 8); - il punto di equilibrio fra flessibilità e parità di trattamento, individuato nella trasparenza e nel rispetto delle informazioni diffuse (così il considerando 68);

D'altra parte, il diritto di prelazione attribuito al proponente è espressione di libertà imprenditoriale: trattasi, per utilizzare le parole del Consiglio di Stato, di una “rendita di posizione”¹⁸⁸ riconosciuta all'operatore che abbia elaborato un progetto innovativo e lo abbia “offerto” a un'amministrazione pubblica per la soddisfazione di un bisogno della collettività. E la libertà imprenditoriale è espressamente qualificata come fondamentale dall'articolo 15 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea.

Dall'altro lato, secondo il Consiglio di Stato, è pur vero che l'obiettivo delle Direttive in materia di appalti e concessioni è quello di garantire una effettiva concorrenza nel mercato (unico) dei contratti pubblici e che la realizzazione di tale obiettivo può dover passare per talune restrizioni – *inter alia* – della libertà imprenditoriale dei singoli operatori.

Ciò posto, la natura “fondamentale” della libertà in questione implica che eventuali limitazioni debbano necessariamente mantenersi entro i confini di quanto strettamente necessario a garantire un adeguato livello di concorrenza, in ossequio al principio di proporzionalità.

Oltre che alla luce del principio di concorrenza (in rapporto alla libertà economico-imprenditoriale), secondo il Consiglio di Stato la legittimità del diritto di prelazione deve essere valutata anche tenendo conto delle libertà di stabilimento e prestazione dei servizi, di cui, rispettivamente, agli articoli 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

- le informazioni “minime”, che riguardano la “natura e l'ambito di applicazione della concessione” ma anche la “limitazione del numero di candidati” (considerando 68);

- le “norme di carattere generale” necessarie per garantire parità di trattamento, che “possono fare riferimento a fattori di carattere non puramente economico ma tali da influenzare il valore di un'offerta dal punto di vista dell'amministrazione”, così da “permettere di individuare un vantaggio economico globale per l'amministrazione” (considerando 73);

- la positiva considerazione dell'inclusione nei criteri di aggiudicazione di fattori ambientali, sociali o relativi all'innovazione (considerando 73);

- la rilevanza della comunicazione non discriminatoria delle “informazioni che possano avvantaggiare determinati candidati o offerenti rispetto ad altri” (combinato disposto degli artt. 3 e 30) ai fini del rispetto dei principi di parità.

Una particolare evidenza assume la previsione contenuta nell'art. 41 par. 3: se l'amministrazione riceve un'offerta che propone una “soluzione innovativa”, questa “può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tenere conto di tale soluzione innovativa”. In tal caso, essa è tenuta a emettere un nuovo invito, posto che “la modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni”.

In tal caso il punto di equilibrio fra apporto del privato e par condicio sta nel porre l'innovazione a gara”.

¹⁸⁸ Si v. il par. 25 della sentenza in commento.

Nella prospettazione del Consiglio di Stato, le predette libertà subirebbero una restrizione per effetto della disciplina in materia di diritto di prelazione nelle procedure di finanza di progetto. Pur non affermandolo esplicitamente, sembrerebbe che il Consiglio di Stato intenda far riferimento all'ipotesi in cui un operatore proveniente da un altro Stato membro dell'Unione Europea, classificatosi primo in graduatoria, si veda soppiantare nel ruolo di aggiudicatario dal promotore che, pur non avendo presentato la migliore offerta, abbia esercitato il diritto di prelazione allo stesso attribuito *ex lege*. In tale prospettiva, potrebbe sostenersi che la previsione, da parte del Codice dei contratti pubblici italiano, di un diritto di prelazione tale da sovvertire *ex post* l'ordine della graduatoria formata sulla base della valutazione delle offerte possa costituire un limite (in termini di disincentivo) all'esercizio di attività economiche in Italia da parte di operatori europei.

In ogni caso, il Consiglio di Stato riconosce che le libertà fondamentali sancite dai Trattati (ivi incluse quelle di stabilimento e prestazione dei servizi) non sono assolute: lo stesso TFUE prevede che esse possano subire limitazioni giustificate da esigenze imperative di interesse generale, purché si tratti di limitazioni idonee allo scopo perseguito e proporzionate.

In quest'ottica – rileva il Consiglio di Stato – potrebbe valorizzarsi il fatto che la prelazione attribuita al promotore nelle procedure di finanza di progetto “*costituisce attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.), è espressione di una modalità di cooperazione che può rendere più efficace, in termini di tempo e risorse, la realizzazione degli interessi pubblici in e promuovere un rinnovamento dell'amministrazione attraverso l'acquisizione di nuove conoscenze, proprie delle realtà private (in coerenza con i principi di imparzialità e buon andamento dell'art. 97 Cost.), oltre a costituire uno stimolo per l'impresa*”¹⁸⁹.

Tanto premesso, secondo il Collegio potrebbero astrattamente esistere modalità alternative comunque funzionali a premiare l'operatore che abbia avanzato la proposta poi messa a base di gara, ma prive delle criticità riscontrate nella disciplina di cui all'articolo 183 del d. lgs. n. 50/2016 (poi confluita nell'articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023, nella sua versione originaria).

¹⁸⁹ Si v. paragrafo 26 della sentenza in commento.

Ed infatti, secondo il Consiglio di Stato¹⁹⁰ il diritto di prelazione attribuito al proponente:

“seppur premia, e quindi promuove, l’iniziativa del privato che si assume l’onere di formulare una proposta senza potere conoscere in anticipo i rischi e l’esito della stessa, nondimeno:

- garantisce l’aggiudicazione al promotore, anche se l’offerta migliore è stata presentata da altro candidato;

- per tale motivo non premia necessariamente il soggetto che ha presentato l’offerta preferibile per l’amministrazione, che, altrimenti, non si renderebbe necessario esercitare la prelazione;

- non delimita l’ambito di applicazione dell’istituto, richiedendo che l’oggetto del contratto in gara abbia caratteristiche volte a circoscrivere l’utilizzo dell’istituto, che non siano limitate alla tipologia di finanziamento e alla rispondenza all’interesse pubblico;

- non presuppone il carattere innovativo della proposta, in termini di caratteristica intrinseca dell’oggetto della proposta o di novità dello stesso rispetto alla precedente attività svolta dall’amministrazione;

- non richiede una trasparenza iniziale in ordine alla posizione privilegiata del promotore (anche se, nel caso di specie, è stata assicurata dal Comune), posto che la prelazione è resa nota con l’avvio della gara successiva alla presentazione della proposta, mentre la posizione privilegiata trova causa in una condotta precedente a detta comunicazione;

- difetta di garanzie e moduli procedurali in caso vi siano più promotori che presentano una proposta (circostanza che non ricorre nel caso di specie ma che è indicativa della disciplina dell’istituto)”.

Sulla scorta delle considerazioni sopra riportate, il Consiglio di Stato ha ritenuto opportuno rimettere alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea (CGUE), ai sensi dell’articolo 267 TFUE¹⁹¹, una questione pregiudiziale volta a verificare la compatibilità

¹⁹⁰ V. par. 28 della sentenza in commento.

¹⁹¹ Tale norma prevede che: *“La Corte di giustizia dell’Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:*

del diritto di prelazione, per come configurato dall'articolo 183, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016 (e 193 del Codice del 2023, nella sua versione pre-Decreto Correttivo) con il diritto dell'Unione e, in particolare: con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, con la disciplina in materia di concessioni di cui alla Direttiva 2014/23/UE, da interpretare alla luce dei principi di proporzionalità, efficienza e buona amministrazione, nonché dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza applicabili nel caso di limitatezza delle autorizzazioni disponibili per lo svolgimento di determinati servizi ai sensi dell'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006¹⁹², nei limiti in cui ritenuta applicabile allo specifico oggetto del contratto sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato nel caso in esame¹⁹³.

a) sull'interpretazione dei trattati;

b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile”.

¹⁹² La Direttiva 2006/123/CE introduce principi in materia di prestazione di servizi nel mercato interno, con l'obiettivo di assicurarne una maggiore competitività. L'articolo 12 (rubricato “Selezione tra diversi candidati”) prevede, in particolare, che “1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento.

2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami.

3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario”.

Nell'ordinanza in commento, il Consiglio di Stato richiama la disposizione di cui sopra pur riconoscendo che lo sfruttamento di impianti pubblicitari – che presenta i requisiti di un servizio per il quale sono disponibili una quantità limitata di autorizzazioni, in quanto tale ricompreso nell'ambito di applicazione dell'articolo 12 della Direttiva 2006/123/CE – non costituisca “prestazione caratterizzante il contratto in esame”.

¹⁹³ La questione rimessa alla CGUE è, in particolare, la seguente: “se i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi di cui agli artt. 49 e 56 Tfeue, nonché la direttiva n. 2014/23/UE, interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, e l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, per il caso in cui la Corte lo ritenga applicabile, osti alla disciplina nazionale della prelazione, contenuta nell'art. 183 comma 15 d.lgs. n. 50/2016”.

Al momento in cui si scrive, la questione è ancora in attesa di essere decisa da parte della CGUE.

Certamente, qualora la Corte dovesse pronunciarsi nel senso dell'incompatibilità dell'istituto della prelazione con i principi dell'ordinamento europeo, non sfugge come tale decisione potrebbe segnare la fine del modello della finanza di progetto, per come sinora conosciuto nel nostro sistema giuridico.

1.5.5. L'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato e la disciplina in materia di finanza di progetto risultante dal Decreto Correttivo: una relazione di causa-effetto?

Esaminando le disposizioni in materia di finanza di progetto contenute nel Decreto Correttivo alla luce delle motivazioni dell'ordinanza di rimessione n. 9449/2024 del Consiglio di Stato non si può fare a meno di pensare che tra i due atti esista un rapporto di causa-effetto.

La relazione illustrativa al Decreto Correttivo, nell'esplicare le ragioni delle modifiche apportate, afferma come queste siano funzionali, tra l'altro, a *“promuovere piena trasparenza in merito alle proposte presentate su iniziativa privata”*, altresì *“favorendo la più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di gara”*.

Ciò, anche al fine di tener conto – la relazione illustrativa lo afferma espressamente – delle indicazioni provenienti dall'Unione Europea e, in particolare, degli *“impegni assunti”* nei confronti della Commissione europea nel contesto del PNRR (tra i quali figurerebbe proprio quello di *“rimodulare l'operatività della prevista “clausola di prelazione” per evitare che possa essere utilizzata in funzione anti concorrenziale”*), nonché dei rilievi avanzati nell'ambito della procedura d'infrazione INFR (2018)2273, nel contesto della quale la Commissione aveva rilevato talune non conformità tra la normativa italiana in materia di contratti pubblici e – *inter alia* – la Direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione e gli articoli 49 e 56 del TFUE¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Per informazioni di dettaglio sulla menzionata procedura di infrazione, può farsi riferimento al portale ufficiale della Commissione europea, accessibile al seguente *link*: https://ec.europa.eu/implementing-eu-law/search-infringement-decisions/?lang_code=en&langCode=EN. Si v. altresì infra, il paragrafo 1.6. che segue.

Pur non rinvenendosi – né nella relazione illustrativa né altrove – espliciti riferimenti all’ordinanza del Consiglio di Stato commentata *supra*, non si può fare a meno di ravvisare, nelle disposizioni del Decreto Correttivo, il tentativo del Governo italiano di superare i rilievi del Giudice remittente prima che la disciplina censurata sia posta al vaglio della CGUE.

Ed infatti, la neo-introdotta “contendibilità” del diritto di prelazione – che deriva dall’obbligo della stazione appaltante di rendere noto il ricevimento di una proposta, attribuendo a qualsiasi altro operatore economico interessato il diritto di presentare proposte concorrenti – sembrerebbe proprio rispondere al rilievo del Consiglio di Stato secondo cui la disciplina della prelazione (nella sua versione antecedente all’entrata in vigore del Decreto Correttivo) “*non richiede[va] una trasparenza iniziale in ordine alla posizione privilegiata del promotore (anche se, nel caso di specie, è stata assicurata dal Comune), posto che la prelazione [era] resa nota con l’avvio della gara successiva alla presentazione della proposta, mentre la posizione privilegiata trova causa in una condotta precedente a detta comunicazione*”.

Al contempo, l’introduzione di una specifica disciplina della fase di valutazione “*comparativa*” delle proposte pervenute consente di ritenere superata la censura relativa al fatto che la disciplina “*difetta[va] di garanzie e moduli procedurali in caso vi siano più promotori che presentano una proposta*”.

Resta pur sempre il fatto che, anche a seguito dell’introduzione del Decreto Correttivo, la prelazione “*garantisce l’aggiudicazione al promotore, anche se l’offerta migliore è stata presentata da altro candidato*” e perciò “*non premia necessariamente il soggetto che ha presentato l’offerta preferibile per l’amministrazione, che, altrimenti, non si renderebbe necessario esercitare la prelazione*”. D’altra parte, tali aspetti rappresentano l’essenza stessa del diritto di prelazione che, in loro mancanza, non potrebbe neppure definirsi tale e perderebbe ogni effetto utile.

Quanto, poi, al rilievo secondo cui la disciplina di cui all’articolo 183 del d. lgs. n. 50/2016 – e 193 del d. lgs. n. 36/2023 nella sua versione originaria – “*non delimita l’ambito di applicazione dell’istituto, richiedendo che l’oggetto del contratto in gara abbia caratteristiche volte a circoscrivere l’utilizzo dell’istituto, che non siano limitate alla tipologia di finanziamento e alla rispondenza all’interesse pubblico*”, il Consiglio di

Stato sembrerebbe sottintendere che l'istituto della finanza di progetto – e la correlata attribuzione del diritto di prelazione al promotore – dovrebbe potersi utilizzare soltanto nei casi in cui l'oggetto del contratto sia tale da assicurare che, nel caso in cui la gara sia aggiudicata a un soggetto diverso dal promotore e quest'ultimo eserciti il diritto di prelazione, sia possibile eguagliare, in tutto e per tutto, l'offerta risultata migliore¹⁹⁵.

La tematica, pur non esplicitamente affrontata da parte del “nuovo” Codice, potrebbe ritenersi comunque gestita in modo soddisfacente (e dunque superata) alla luce delle disposizioni – introdotte già nella versione originaria del d. lgs. n. 36/2023 – che prevedono che la stazione appaltante, prima di decidere di ricorrere al partenariato

¹⁹⁵ Non può farsi a meno di notare, nel rilievo in esame, un implicito rimando a quanto statuito, dalla medesima sezione V del Consiglio di Stato, nella sentenza n. 9210 del 24 ottobre 2023, resa nel caso relativo all'aggiudicazione della gara per la realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale (PSN). La predetta sentenza è oggetto di esame critico nel successivo Capitolo III.

In quella sede, nell'interpretare il dettato dell'articolo 183 del d. lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del quale nelle procedure di finanza di progetto, ove il promotore non si qualifichi primo in graduatoria, può divenire aggiudicatario impegnandosi ad adempiere alle prestazioni contrattuali “*alle medesime condizioni*” offerte dall'aggiudicatario originario, il Collegio ha ritenuto che “*‘Medesime’ non significa ‘equivalenti’. ‘Medesime’ significa ‘stesse condizioni’. L’espressione normativa richiama un concetto di assoluta identità, e non il ben diverso concetto di “equivalenza” di derivazione eurounitaria, utilizzato in altre disposizioni del codice dei contratti pubblici. Inoltre la norma non fa distinzione tra condizioni “economiche” e condizioni “tecniche”, sicché non è accettabile l’assunto delle Amministrazioni e di RTI TIM che presupposto necessario e sufficiente per la prelazione sarebbe la identità della sola offerta economica, mentre quella tecnica potrebbe essere modificata. In base al chiaro tenore letterale della norma, tutte le condizioni dell’offerta aggiudicataria, tecniche, oltre che economiche, devono restare immutate, al fine del legittimo esercizio della prelazione. In sintesi, la ratio legis è di consentire una sostituzione meramente soggettiva dell’operatore aggiudicatario-esecutore, restando preclusa qualsivoglia sostituzione oggettiva afferente l’offerta aggiudicataria*”.

Sembrerebbe, dunque, che nell'affermare che la disciplina censurata “*non delimita l’ambito di applicazione dell’istituto, richiedendo che l’oggetto del contratto in gara abbia caratteristiche volte a circoscrivere l’utilizzo dell’istituto, che non siano limitate alla tipologia di finanziamento e alla rispondenza all’interesse pubblico*”, il Consiglio di Stato intenda sottintendere che la finanza di progetto dovrebbe poter essere utilizzata soltanto nei casi in cui l'oggetto delle offerte presentate in gara possa essere replicato, in modo assolutamente identico, dal soggetto promotore che non si classifichi primo in graduatoria e decida di esercitare la prelazione.

Amesso che ciò sia possibile, significherebbe relegare la finanza di progetto a contratti il cui oggetto abbia caratteri di standardizzazione. Con il che parrebbe contraddetto il rilievo – che lo stesso Consiglio di Stato avanza nell'ordinanza di rimessione alla CGUE – secondo cui i progetti realizzati in regime di finanza di progetto dovrebbero presentare caratteri di “innovatività”. Un progetto che sia innovativo da un punto di vista tecnico (e/o eventualmente tecnologico), presentato da parte di un determinato operatore, è per definizione non “standard”; è dunque quantomeno difficile (se non impossibile) immaginare che questo possa essere replicato in maniera del tutto identica.

Peraltro, per un contratto il cui oggetto sia del tutto standardizzato, che senso avrebbe ricorrere al partenariato pubblico-privato per darvi esecuzione? Tanto varrebbe utilizzare il più semplice – da tutti i punti di vista – strumento del contratto di appalto.

pubblico-privato per la realizzazione di un determinato progetto – valuti l’“idoneità” dello stesso a essere realizzato tramite tale strumento¹⁹⁶.

È sempre alla valutazione caso per caso compiuta da parte delle stazioni appaltanti che viene affidato anche il compito di recepire il rilievo del Consiglio di Stato secondo cui la disciplina contenuta nel “vecchio” Codice “*non presuppone[va] il carattere innovativo della proposta, in termini di caratteristica intrinseca dell’oggetto della proposta o di novità dello stesso rispetto alla precedente attività svolta dall’amministrazione*”.

Tale valutazione, infatti, deve tener conto anche della “*capacità [del progetto] di generare soluzioni innovative*”¹⁹⁷.

Insomma, è comprensibile la ragione per la quale il Governo sia così pesantemente intervenuto sulla disciplina della finanza di progetto tramite il Decreto Correttivo.

E nel complesso, sembrerebbero esservi buone ragioni per ritenere (o meglio, *sperare*) che le modifiche apportate dal Decreto Correttivo – ma, in parte, anche le novità introdotte dal Codice del 2023 nella sua versione originaria – consentano di superare i rilievi mossi dal Consiglio di Stato e sottoposti al vaglio della CGUE¹⁹⁸.

D’altra parte, come detto, è innegabile che, qualora la CGUE dovesse pronunciarsi nel senso dell’incompatibilità con la normativa UE della disciplina del diritto di prelazione del proponente e questa fosse abolita, il rischio che ne deriverebbe è la paralisi completa del ricorso all’istituto della finanza di progetto, con conseguenze pregiudizievoli non solo e non tanto per i potenziali operatori economici “finanziatori”,

¹⁹⁶ Si v. nota successiva.

¹⁹⁷ Il riferimento è all’articolo 175 del d. lgs. n. 36/2023, ampiamente esaminato *supra* al Capitolo I, che oltre a prevedere – al comma 1 – che le stazioni appaltanti adottino un programma triennale delle esigenze idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato, al comma 2 aggiunge che “*Il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità. La valutazione si incentra sull’idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell’ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. A tal fine, la valutazione confronta la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell’arco dell’intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente*”.

¹⁹⁸ Nel senso dell’idoneità delle modifiche apportate dal Decreto Correttivo a superare i rilievi mossi dal Consiglio di Stato, sez. V, con l’ordinanza n. 9449/2024, si v. G. Fidone, *Project financing, lo spettro della bocciatura Ue sul diritto di prelazione*, in *NT+ Enti Locali & Edilizia*, 13 maggio 2025.

ma anche e soprattutto per la collettività, che perderebbe l'occasione di veder realizzate opere di cui le casse pubbliche non sono in grado, da sole, di farsi carico¹⁹⁹.

E tuttavia, nel perseguire l'obiettivo di "riconciliazione" della disciplina nazionale della finanza di progetto con le norme eurounitarie, il Decreto Correttivo sembrerebbe aver puntato (solo) sull'esaltazione dei principi di concorrenza e trasparenza, che nella nuova disciplina paiono portati all'eccesso, al punto da sovrastare qualunque istanza (non contraria ma) diversa. Si è così dato vita a un procedimento articolato e non del tutto intonato alle concrete dinamiche di mercato sottostanti al funzionamento delle operazioni in finanza di progetto, con l'effetto di rendere più complesso e meno invitante il ricorso allo strumento²⁰⁰.

Si è detto, infatti, come con la nuova disciplina le possibilità per chi abbia investito nella predisposizione di un progetto innovativo di (anzitutto) vedersi riconosciuto il ruolo di proponente/promotore e (poi) di aggiudicarsi la gara per la realizzazione di quel medesimo progetto si siano ridotte considerevolmente. Al contempo, è aumentato il numero di atti potenzialmente impugnabili, con un (elevato, considerando il tasso di litigiosità della materia dei contratti pubblici in Italia) rischio di paralisi del procedimento in attesa della risoluzione del contenzioso.

¹⁹⁹ In questo senso si v. ancora G. Fidone, *Project financing, lo spettro della bocciatura. Ue sul diritto di prelazione*. L'Autore rileva in particolare come "[o]ccorre ricordare che quando il diritto di prelazione fu abolito e prima della sua re-introduzione (anni 2007-2008) la finanza di progetto si fermò completamente. Questo accadrebbe nuovamente qualora la Corte di giustizia UE si pronunciasse contro il diritto di prelazione e questo fosse nuovamente abolito".

²⁰⁰ In questo senso anche L.R. Perfetti, *Sul "Correttivo" al Codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2025. L'Autore rileva in particolare che: "Il Correttivo, invece di valorizzare e rendere più accessibile il ricorso alla finanza di progetto - soprattutto dopo le recenti decisioni giurisdizionali in materia di prelazione, che mettono in concreta difficoltà il ricorso a questi strumenti - ne fornisce una rappresentazione ordinaria del tutto contraddittoria con la sua natura e potenzialità.

Secondo il Correttivo, infatti, la finanza di progetto è soprattutto ed essenzialmente una procedura pubblicistica, in tutto governata dal concedente pubblico, nell'ambito della quale la collaborazione del privato assume il connotato della sottomissione in singole porzioni della procedura complessiva.

È chiaro che una simile prospettiva renderebbe molto improbabile la presentazione di concrete proposte da parte dei privati, sicché il Correttivo prevede anche un canale più semplificato (che non si fatica a prevedere sarà quello effettivamente praticato), ma sempre ricco di adempimenti procedurali e valutazioni discrezionali dell'amministrazione sempre in grado, senza assumere alcuna responsabilità costo o onere, di porre nel nulla quanto progettato, sviluppato ed elaborato fino a quel punto - con l'evidente difficoltà di far intendere un regime così articolato ad investitori non nazionali ed il conseguente innesco di norme derogatorie e ad hoc, come per il D.L. 10 agosto 2023, n. 104 che all'art. 13 prevede che il commissario nominato dal governo a fronte di investimenti stranieri strategici abbia il potere di derogare a qualsivoglia norma dell'ordinamento interno, salve solo le previsioni dell'Unione".

La modifica dell'articolo 193 operata dal Decreto Correttivo non appare, peraltro, coerente con il complessivo progetto riformatorio sotteso al d. lgs. n. 36/2023. Tra gli obiettivi del nuovo “sforzo” codificatorio vi è, infatti, quello di restituire centralità al principio del risultato, rispetto al quale quello di concorrenza – che comunque mantiene la sua qualifica di principio fondamentale della materia dei contratti pubblici, in ossequio agli impegni assunti in sede europea – assume (o dovrebbe assumere) un ruolo strumentale.

Nella nuova disciplina della finanza di progetto recata dal Decreto Correttivo, invece, la concorrenza non è un mezzo: piuttosto, sembrerebbe essere il fine ultimo delle neo-introdotte disposizioni, tornando così ad assumere quel “valore assoluto” che con il Codice del 2023 si era invece voluto (correttamente) relativizzare²⁰¹.

1.6. La terza lettera formale della Commissione europea nell'ambito della procedura di infrazione INFR(2018)2273: un destino che sembra segnato per la finanza di progetto

La CGUE non è l'unica istituzione europea da cui dipendono le sorti della finanza di progetto nel nostro ordinamento: se anche – cosa di cui si dubita – gli effetti delle riforme introdotte dal Decreto Correttivo non avessero un impatto significativo sull'attrattività della finanza di progetto agli occhi degli investitori privati, e se pure tali riforme – come si spera – fossero sufficienti a consentire all'istituto di superare indenne il vaglio dei Giudici europei, la sopravvivenza della finanza di progetto in Italia è comunque esposta a un ulteriore (e relevantissimo) rischio.

In particolare, a rendere (ancora più) incerte le sorti del tormentato istituto in commento contribuisce anche la terza lettera formale che la Commissione europea ha trasmesso al Ministro degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale in data 8 ottobre 2025, nel contesto della procedura di infrazione INFR(2018)2273, avente per oggetto “*la non conformità del quadro giuridico italiano alle direttive del 2014 sui*

²⁰¹ Sul principio di concorrenza nel “nuovo” Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023 e sul suo rapporto con il principio del risultato, si veda G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2023. Si v. anche l'analisi di S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e società*, 2023, 551 (e dottrina ivi citata). Si v. anche F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

contratti pubblici, cioè la direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e la direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali”.

Prima di entrare nel merito dei rilievi, la Commissione richiama precedenti interlocuzioni intercorse con il Governo italiano, evidenziando come le questioni oggetto della terza lettera in commento fossero già state affrontate in una prima lettera di costituzione in mora datata 25 gennaio 2019 (rif. SG(2019)D/1357), in una lettera di costituzione in mora complementare datata 28 novembre 2019 (rif. SG(2019)D/17429 — C(2019)8246), e in una seconda lettera di costituzione in mora complementare datata 6 aprile 2022 (rif. C(2022)1617).

Alle missive della Commissione hanno fatto seguito altrettante lettere di risposta da parte delle competenti Autorità italiane, nonché una serie di riunioni tenutesi tra il 27 giugno 2022 e il 1 febbraio 2024.

È nel contesto di tali scambi che si è inserita l'adozione del d. lgs. n. 36/2023, che, come visto *supra*, ha costituito il tentativo del Governo di (tra l'altro) rispondere ai “richiami all'ordine” da parte delle istituzioni europee su una serie di argomenti. Tentativo che, per gran parte, appare riuscito. In effetti, la terza lettera di costituzione in mora, qui in commento, si concentra su soli due temi, che parrebbero dunque essere, nella prospettiva della Commissione, i soli ancora non adeguatamente disciplinati dal nuovo Codice: di questi, uno è la finanza di progetto.

La lettera precisa che, a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 36/2023, “*i servizi della Commissione hanno intrapreso un'analisi del nuovo testo e hanno sollevato alcuni rilievi, esposti informalmente nel contesto delle riunioni con le autorità italiane tenutesi il 1° luglio 2024 e il 21 ottobre 2024, e infine nella lettera amministrativa del 12 novembre 2024 da parte dei servizi della direzione generale del Mercato interno, dell'industria, dell'imprenditoria e delle PMF*”.

Rilievi che hanno evidentemente contribuito alla stesura del Decreto Correttivo. D'altra parte, come visto sopra, la relazione illustrativa al Decreto Correttivo afferma espressamente che, tra i motivi che ne hanno determinato l'adozione, vi è anche l'intento

di uniformarsi alle considerazioni espresse dalla Commissione europea nel contesto della procedura d'infrazione INFR (2018)2273.

Senonché, per la Commissione non è ancora abbastanza: la disciplina della finanza di progetto risultante dal Decreto Correttivo continuerebbe a presentare profili di incompatibilità con il diritto eurounitario; incompatibilità che, come si vedrà, rischia di essere ormai insanabile.

I dubbi riguardano, in primo luogo, la fase di individuazione della proposta da porre a base di gara²⁰².

In particolare, secondo la Commissione, tale fase, per come disciplinata dal Decreto Correttivo, non sarebbe (ancora) conforme ai principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, e non permetterebbe “*una concorrenza effettiva*” nell'affidamento.

Ciò, anzitutto, in quanto la normativa italiana non prevede che, all'atto della pubblicazione della proposta ricevuta (in caso di finanza di progetto a iniziativa privata), o dell'avviso volto alla sollecitazione di proposte (in caso di finanza di progetto a iniziativa pubblica) l'amministrazione debba “*indicare in modo puntuale criteri di aggiudicazione oggettivi*” che utilizzerà per la selezione della proposta da porre a base di gara.

Ne deriverebbe che “*da un lato, le amministrazioni aggiudicatrici risulterebbero svincolate dal rispetto di chiari limiti all'esercizio della propria discrezionalità nella selezione del progetto, previsti dal diritto secondario proprio al fine di assicurarne l'imparzialità, dall'altro gli operatori economici sarebbero sprovvisti delle indicazioni necessarie ad identificare gli aspetti di maggiore interesse per l'amministrazione aggiudicatrice che renderebbero la loro proposta più competitiva*”²⁰³.

In secondo luogo²⁰⁴, la Commissione ritiene che, nella parte in cui prevede che l'ente concedente dia notizia della ricezione di una proposta e/o pubblici l'invito a

²⁰² Cfr. paragrafi 35 ss.

²⁰³ La Commissione conclude pertanto affermando (cfr. par. 40.) che “*la procedura di individuazione del progetto che verrà posto a base di gara, così come delineata dall'articolo 193, commi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 16 e 17 del codice italiano aggiornato, non presta le adeguate garanzie procedurali a presidio del rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non-discriminazione, e lasci invece uno spazio troppo ampio alla discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, in contrasto con gli articoli 3, 30, 37 e 41 della direttiva 2014/23/UE nonché con gli articoli corrispondenti delle altre direttive sui contratti pubblici, vale a dire gli articoli 18, 56 e 67 della direttiva 2014/24/UE e gli articoli 36, 76, 82 della direttiva 2014/25/UE*”.

²⁰⁴ Cfr. paragrafi 41 ss.

presentare proposte nella sezione “Amministrazione Trasparente” del proprio sito istituzionale, l’articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023 violi il diritto eurounitario e, in particolare, l’articolo 31 della Direttiva 2014/23/UE, ai sensi del quale *“le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un bando di concessione”*.

In altri termini, l’informativa con cui l’amministrazione comunichi di aver ricevuto una proposta di finanza di progetto o l’avviso con cui si solleciti la presentazione di proposte nel contesto della finanza di progetto a iniziativa pubblica dovrebbero, secondo la Commissione, contenere le informazioni e rispettare le formalità previste per i veri e propri bandi volti a indire una procedura di aggiudicazione di una concessione ai sensi della Direttiva 23/2014/UE (ivi inclusa la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea).

La disciplina di cui all’articolo 193 del Codice non garantirebbe, in quest’ottica, *“un livello di pubblicità e trasparenza equivalente a quello richiesto ai sensi delle direttive sui contratti pubblici”*²⁰⁵.

Il terzo e senz’altro più rilevante aspetto trattato dalla lettera della Commissione è quello che riguarda il diritto di prelazione attribuito al proponente²⁰⁶.

Secondo la Commissione, l’esistenza di tale diritto *“azzerava o comunque ridimensionava significativamente l’interesse di altri operatori a preparare una offerta, spesso complessa e costosa, in una gara in cui si percepisce che le possibilità concrete di vittoria sono praticamente nulle. La gara si riduce così essenzialmente a un vuoto requisito burocratico con scarsissima valenza concorrenziale effettiva”*.

Il diritto di prelazione, peraltro, sarebbe attribuito sulla base di una procedura – quella di individuazione della proposta da porre a base di gara – che la Commissione, per le ragioni già viste *supra* – considera *“non [...] sottoposta, come illustrato nella sezione*

²⁰⁵ In conclusione, la Commissione afferma (cfr. par. 43) che *“nella misura in cui non impone la previa trasmissione di un bando conforme ai modelli stabiliti all’Ufficio delle pubblicazioni dell’Unione europea, la normativa italiana di cui all’articolo 193, commi 4 e 16, del decreto legislativo n. 36/2023 quale modificato dal decreto correttivo violi l’articolo 31 e l’articolo 33, paragrafo 2, della direttiva 2014/23/UE, gli articoli 49 e 51 della direttiva 2014/24/UE e gli articoli 69 e 71 della direttiva 2014/25/UE”*.

²⁰⁶ Cfr. paragrafi 44 e ss.

*precedente, ai medesimi standard di pubblicità e trasparenza e ai presidi di parità di trattamento e non discriminazione imposti dalle direttive*²⁰⁷.

In quarto luogo, la Commissione contesta la legittimità della previsione secondo cui, in caso di aggiudicazione della gara a un soggetto diverso dal promotore, a quest'ultimo spetta il pagamento di un indennizzo, a carico dell'aggiudicatario, in misura pari all'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, nei limiti del 2,5% del valore totale dell'investimento²⁰⁸.

Secondo la Commissione, ciò costituirebbe un'ulteriore barriera alla partecipazione alla gara da parte di potenziali concorrenti diversi dal promotore, che *“si troverebbero a dover affrontare, in caso di aggiudicazione, un esborso liquido iniziale potenzialmente molto significativo, senza che sia predisposto alcun meccanismo imparziale per la quantificazione effettiva di tali spese”*. Ne conseguirebbe che il promotore sarebbe, a suo piacimento, libero di sovrastimare le spese sostenute per la predisposizione della proposta e ottenere, sempre e comunque, il rimborso di un importo pari al massimo legale²⁰⁹.

In conclusione, si legge nella lettera dell'8 ottobre 2025, *“la procedura di finanza di progetto nel suo complesso, come delineata nel codice italiano aggiornato, sembra costituire un potente strumento di elusione dell'intero quadro normativo dell'UE in materia di aggiudicazione di contratti pubblici e la sua disciplina non fornisce adeguati strumenti per limitare i significativi rischi di abuso. Tale procedura di aggiudicazione priva completamente la legislazione dell'UE in materia di appalti pubblici nel settore delle concessioni del suo effetto utile”*²¹⁰.

²⁰⁷ La Commissione conclude dunque nel senso che *“nella misura in cui l'articolo 193, commi 9 e 12, del codice aggiornato stabilisce l'obbligo per l'ente concedente di prevedere un diritto di prelazione a favore del promotore/proponente nel bando di gara, tale disposizione viola i principi di parità di trattamento e non discriminazione sanciti dagli articoli 3 e 30 della direttiva 2014/23/UE”*.

²⁰⁸ Cfr. paragrafi 48 e ss.

²⁰⁹ In conclusione, secondo la Commissione, *“nella misura in cui l'articolo 193, comma 12, prevede il diritto per il promotore/proponente non aggiudicatario al pagamento, a carico dell'effettivo aggiudicatario, delle spese per la predisposizione della proposta senza alcun meccanismo imparziale per la quantificazione effettiva di tali spese, tale disposizione viola gli articoli 3 e 30 della direttiva 2014/23/UE”*.

²¹⁰ In particolare, chiarisce la Commissione, *“la procedura di finanza di progetto sopra descritta, nel suo insieme, nella misura in cui non offre le garanzie di cui all'articolo 37 della direttiva 2014/23/UE né impone l'obbligo di pubblicazione di un bando ai sensi degli articoli 31 e 33 né di indicare di criteri di aggiudicazione conformi all'articolo 41 della stessa, non può assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione sanciti dagli articoli 3 e 30 della direttiva 2014/23/UE e non può dunque costituire un adeguato recepimento di tali articoli”*.

1.7. I possibili effetti della lettera di contestazione dell'8 ottobre 2025: alcune riflessioni

Insomma, non solo la finanza di progetto sarà a breve “giudicata” dalla CGUE, che valuterà la legittimità in chiave eurounitaria della previsione di un diritto di prelazione in favore del promotore, ma anche la Commissione ha (già) chiaramente manifestato di non ritenere che il Decreto Correttivo abbia adeguatamente superato i dubbi di compatibilità con il diritto europeo suscitati dalla previgente disciplina.

Certo, la procedura di infrazione – ma anche l'eventuale pronuncia della CGUE che dichiara l'incompatibilità del diritto di prelazione con la normativa UE – non sono eventi che, di per sé stessi, producono (o produrrebbero) effetti immediati e diretti sulla validità ed efficacia delle norme nazionali. È parimenti vero, tuttavia, che entrambe le fattispecie fanno (o farebbero) sorgere un in capo al Governo un obbligo di recepimento e adeguamento del sistema giuridico interno ai dettami europei.

Ebbene, per quanto riguarda i rilievi formulati dalla Commissione con riferimento alla fase di individuazione della proposta da porre a base di gara, come visto questi attengono (a) alla mancata previsione di un obbligo in capo alla stazione appaltante di indicare “*in modo puntuale criteri di aggiudicazione oggettivi*” e (b) alla mancata previsione della pubblicazione di un vero e proprio bando di gara, con tutti i contenuti e le formalità previsti dalle norme europee, in luogo della informativa circa la presentazione di una proposta e/o l'avviso volto a sollecitare la presentazione di proposte, attualmente contemplati dall'articolo 193 del Codice quali atti di impulso del procedimento di – rispettivamente – finanza di progetto a iniziativa privata o a iniziativa pubblica.

Si tratta di rilievi che, tutto sommato, potrebbero essere recepiti senza particolare sforzo dal legislatore nazionale, nel senso che richiederebbero aggiustamenti e integrazioni al dettato normativo relativamente modesti. Sembrerebbe, peraltro, trattarsi di due aspetti di un medesimo problema: se si ipotizzasse la pubblicazione di un vero e proprio bando di gara già nella fase di selezione della proposta da porre a base di (una successiva e ulteriore) gara, questo inevitabilmente conterrebbe l'indicazione “puntuale” dei criteri di aggiudicazione applicabili.

Le considerazioni della Commissione non sembrano tuttavia tenere in considerazione le concrete dinamiche che caratterizzano le operazioni realizzate in finanza di progetto, con cui anzi sembrano essere incompatibili.

Se, nel caso di finanza di progetto “a iniziativa pubblica”, nel momento in cui la stazione appaltante sollecita la presentazione di proposte essa ha già individuato il bisogno che intende soddisfare tramite l’operazione e, dunque, più facilmente potrebbe indicare “criteri puntuali” di selezione del progetto da mettere a gara, ciò sarebbe certamente più complesso (benché non impossibile) nel caso di proposte presentate su impulso di privati.

In ogni caso – e soprattutto – la valutazione di (maggiore o minore) rispondenza di un progetto agli interessi pubblici implica inevitabilmente un certo margine di discrezionalità (tecnica).

Nel caso di presentazione di proposte a iniziativa privata, poi, come si coordinerebbe la presentazione spontanea di una o più proposte con la pubblicazione (successiva) del “bando di gara” che la Commissione sembra ritenere necessario in luogo dell’informativa attualmente prevista? Chi ha già presentato la proposta, dovrebbe ripresentarla formalmente in risposta al bando? Se così fosse, si introdurrebbe un ulteriore onere procedurale a carico dell’operatore economico proponente (nel contesto di una procedura – per come risultante dal Decreto Correttivo – già particolarmente complessa), che ancor di più scoraggerebbe la presentazione di proposte. Ma se così non fosse, si avvantaggerebbero gli operatori che presentino la loro proposta in risposta al bando, che sarebbero messi al corrente (tramite il bando) delle specifiche caratteristiche che la proposta dovrebbe avere per poter essere considerata “migliore”.

E come si inserisce, nel contesto della valutazione delle proposte presentate in risposta al “bando di gara”, la previsione secondo cui l’amministrazione, prima di assumere la propria decisione circa la proposta da porre a base di gara, deve chiedere al/ai promotore/i di “*apportare al progetto di fattibilità, al piano economico-finanziario e allo schema di convenzione le modifiche necessarie per la loro approvazione*”? Tale attività interlocutoria è intrinsecamente connessa alla natura preliminare della fase di selezione della proposta migliore, il cui obiettivo è quello di mettere a fuoco le specifiche esigenze

della stazione appaltante e le migliori modalità per realizzarle, nel contesto di una dinamica dialogante tra amministrazione e potenziali proponenti.

Trattasi di una possibilità (*rectius*, di un obbligo) di interloquire che, se non è ordinariamente prevista – e anzi sarebbe del tutto illecita, in considerazione del principio di immodificabilità delle offerte – in una “normale” gara per l’affidamento di una concessione, è invece indispensabile in una procedura di finanza di progetto: farla venir meno significherebbe snaturare del tutto l’istituto, e allora forse tanto varrebbe eliminarlo.

Insomma, la Commissione pretenderebbe di applicare *in toto* l’ordinaria disciplina prevista per le procedure volte all’aggiudicazione di una concessione a una fase procedimentale (quella di selezione della proposta) che ha caratteristiche ontologicamente diverse da una gara per la selezione del concessionario (pur essendo comunque poi destinata a sfociare nell’indizione di una vera e propria gara, con tutte le formalità – e le garanzie – previste dalla disciplina europea e nazionale).

Non solo, seguire l’impostazione della Commissione significherebbe in ultima analisi giungere a prevedere che per l’affidamento di una concessione in regime di finanza di progetto siano necessarie due gare: la prima per l’individuazione del progetto da realizzare e la seconda per l’affidamento di tale progetto a un concessionario. Ciò con rilevanti effetti (negativi) in termini di complessità e tempistiche dell’intera procedura.

Più comprensibile – e di più agevole recepimento – è l’esigenza manifestata dalla Commissione di una pubblicazione a livello europeo dell’invito a presentare proposte e/o dell’informativa circa la presentazione di una proposta (fermo restando che, per le ragioni anzidette, è difficile ipotizzare che tale invito o informativa possa avere tutte le caratteristiche e rispettare tutte le formalità di un vero e proprio bando di gara).

In effetti, la pubblicazione sul solo sito *web* della stazione appaltante rischia di non mettere imprese italiane e europee sullo stesso piano, visto che difficilmente un annuncio pubblicato nella sezione “Amministrazione Trasparente” della pagina *internet* di una amministrazione nazionale sarebbe intercettabile (o comunque intercettato) da parte di soggetti appartenenti ad altri Stati membri.

Per esempio, potrebbe prevedersi, a carico delle amministrazioni, un obbligo di pubblicazione dell’invito a presentare proposte nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea.

Ancor più problematici appaiono essere i rilievi circa la posizione che nel contesto della procedura assume il promotore. Rilievi che, come visto, riguardano in particolare: (a) l'attribuzione al promotore del diritto di prelazione e (b) il riconoscimento in favore del promotore del diritto, nel caso di mancata aggiudicazione (e di non esercizio del diritto di prelazione), di ricevere il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, nei limiti del 2,5% dell'importo complessivo dell'investimento.

Cominciando da tale ultimo profilo, è innegabile che il contestato obbligo di pagamento costituisca un onere – alla stregua di un valore di subentro – in capo all'aggiudicatario che non sia anche promotore, che dovrà rimborsare a quest'ultimo le spese sostenute per la predisposizione della proposta. Tale onere, tuttavia, non è altro che il prezzo che l'aggiudicatario dovrà corrispondere per il fatto di poter eseguire la commessa avvalendosi dell'attività progettuale svolta da un altro soggetto (il promotore). In altri termini, l'aggiudicatario realizza un risparmio per il fatto di partecipare a una gara che si basa su un progetto sviluppato dal promotore e, in caso di aggiudicazione, dovrà rimborsare a chi quel progetto ha sviluppato lo sforzo profuso in fase di predisposizione della proposta (attività della quale è appunto l'aggiudicatario, in quanto concessionario, e non il promotore, a beneficiare).

Così inquadrata, la *ratio* della previsione non è quella di riconoscere al promotore un'utilità o un "premio" per aver sviluppato il progetto posto a base di gara, ma, più semplicemente, di riportare il promotore – che non si è aggiudicato la commessa e dunque "cede" il suo progetto a un terzo perché lo esegua e ne tragga un'utilità – nella situazione di fatto e di diritto in cui si trovava prima della presentazione della proposta.

Quanto al fatto che l'articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023 consentirebbe al proponente di "*poter quantificare di fatto unilateralmente, seppur nei limiti ivi stabiliti del 2,5 % del valore totale dell'investimento, l'ammontare del valore di subentro per gli eventuali concorrenti, determinando in questo modo un'ulteriore barriera alla partecipazione alla gara di diversi offerenti*", al fine di escludere in radice tale (astratta) possibilità, potrebbe bastare introdurre, con riferimento all'importo da corrispondere da parte dell'aggiudicatario al promotore, la stessa precisazione che il Codice già contiene per quanto riguarda la somma che, in caso di esercizio del diritto di prelazione, il promotore dovrà pagare all'aggiudicatario pretermesso per rimborsarlo dei costi sostenuti per la

predisposizione dell'offerta. Al riguardo, in particolare, l'articolo 193 chiarisce che le spese rimborsabili sono solo quelle “*documentate ed effettivamente sostenute*”.

Per quanto riguarda, infine, l'attribuzione del diritto di prelazione al promotore, si è dato atto *supra* di come questo sia stato nel “mirino” della Commissione europea sin dalla sua introduzione, per la prima volta, per effetto della Legge Merloni-ter. D'altro canto, tale peculiare prerogativa del promotore appare indispensabile per il buon funzionamento della finanza di progetto: come si è avuto modo di chiarire già *supra*, quando il diritto di prelazione del promotore è stato eliminato dal nostro ordinamento tra il 2007 e il 2008, il ricorso alla finanza di progetto si è completamente bloccato²¹¹.

Ebbene, non si vuole qui necessariamente sostenere che i principi di concorrenza di derivazione euro-unitaria debbano necessariamente soccombere pur di garantire la sopravvivenza della finanza di progetto nel nostro ordinamento. È evidente che si tratti di un problema delicato e di difficile soluzione: è però del tutto probabile – se non certo – che il venir meno del diritto di prelazione segnerebbe la cessazione del ricorso all'istituto della finanza di progetto e, con esso, un drammatico passo indietro nello sviluppo economico-infrastrutturale dell'Italia.

È allora auspicabile che il Governo e la Commissione possano individuare una modalità di contemperamento delle contrapposte istanze che non si spinga fino alla soluzione, drastica, di *estirpare* il diritto di prelazione del promotore dall'articolo 193 del Codice.

Le premesse, tuttavia, non sono ottime: la Commissione sembrerebbe infatti disposta a riconsiderare la propria posizione sul diritto di prelazione solo qualora questo fosse attribuito (e dunque se la proposta da porre a base di gara fosse individuata) sulla base di una procedura che dia adeguate garanzie di parità di trattamento e trasparenza. E come visto, secondo la Commissione, tale procedura imporrebbe che il progetto da realizzare fosse selezionato sulla base di un vero e proprio bando di gara, con i contenuti e tutte le formalità previste dalla normativa europea. Senonché, per le ragioni anzidette, è difficile immaginare che i rilievi formulati dalla Commissione sulla fase di selezione della proposta da porre a base di gara possano essere recepiti *in toto*.

²¹¹ G. Fidone, *Project financing, lo spettro della bocciatura. Ue sul diritto di prelazione*.

Ci sono allora ragioni di temere che, al cospetto della Commissione europea, la finanza di progetto si trovi in un *cul-de-sac*.

1.8. La finanza di progetto nella prassi: luci e ombre di un (potenziale) volano d'innovazione e il ruolo del PNRR

Per comprendere la portata del rischio che, in conseguenza degli eventi descritti ai paragrafi che precedono, la finanza di progetto possa essere a un passo dalla “scomparsa” dal nostro ordinamento giuridico, è opportuna qualche considerazione di contesto.

La promozione del *project financing* come modalità di finanziamento e realizzazione di infrastrutture o fornitura di servizi di interesse generale è, infatti, un tema centrale per la crescita economica in Italia²¹².

D'altra parte, i lavori pubblici svolgono un ruolo essenziale nello sviluppo dell'economia²¹³, e la loro realizzazione – per tutte le ragioni già ampiamente illustrate *supra* al Capitolo I – non può (quantomeno non sempre e, comunque, non del tutto) fare affidamento sulle finanze – e sulle competenze tecnico-specialistiche – pubbliche.

Per non dire dei vantaggi in termini di migliore qualità dei progetti e più efficiente gestione delle opere realizzate, di cui pure si è detto *supra* nel contesto di considerazioni svolte, in generale, con riferimento al partenariato pubblico-privato, ma che trovano piena applicazione anche alla finanza di progetto, che di tale *genus* costituisce una *species*²¹⁴.

Come accennato, rendendo centrale la considerazione della redditività degli investimenti effettuati, la finanza di progetto per la realizzazione di opere infrastrutturali di interesse pubblico apre la porta a elementi di efficienza tipici dei sistemi di mercato nell'ambito di valutazioni pur sempre (e da sempre) centrate sul rilievo dell'interesse pubblico²¹⁵.

²¹² In questo senso, D. Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022, che definisce il *project financing* come “scelta obbligata per lo sviluppo dell'economia italiana”.

²¹³ Si v. tra gli altri M. Ferrari, A. Giovannini, M. Pompei, *The Challenge of Infrastructure Financing*, in *Oxford Review of Economic Policy*, vol. XXXII, 3/2016.

²¹⁴ D. Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022.

²¹⁵ Così sempre D. Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022.

È stato notato, peraltro, come la finanza di progetto consenta anche di superare, nella realizzazione di infrastrutture strategiche, il fenomeno c.d. NIMBY – *Not In My Back Yard*²¹⁶. Ciò in quanto per garantire il buon fine dell'operazione il sistema finanziario richiede specifiche e preventive assunzioni di responsabilità a tutti gli attori coinvolti nell'operazione, per ridurre il rischio di variazione degli elementi chiave in corso d'opera e per gestire in via preventiva eventuali criticità, con il diretto coinvolgimento di tutti i portatori di interesse²¹⁷²¹⁸.

Appare allora evidente come un maggiore e più proficuo ricorso alla finanza di progetto sia nell'interesse di tutti: pubbliche amministrazioni, operatori economici, industriali e finanziari, collettività tutta.

Al contrario, un utilizzo limitato dello strumento – o, peggio ancora, un'interruzione netta nel suo utilizzo – genererebbe effetti distorsivi pericolosi, rallentando lo sviluppo infrastrutturale italiano e, con esso, la crescita economica.

Per quanto precede, gli effetti del Decreto Correttivo e degli ultimi arresti giurisprudenziali, nonché gli sviluppi della procedura di infrazione INFR(2018)2273 e del procedimento giurisdizionale pendente dinanzi alla CGUE, dovranno essere seguiti e monitorati con la massima attenzione.

²¹⁶ Il vocabolario Treccani definisce il fenomeno NIMBY come una “*forma di protesta di un gruppo di persone che vede minacciata la sicurezza della propria area di residenza dall'insediamento di opere sociali indesiderate*”. Si v. per tutti G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby*, in *Urbanistica e Appalti*, 5/2018, pp. 604 ss.

²¹⁷ D. Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022.

²¹⁸ Certo, le criticità che nella prassi si riscontrano nelle operazioni in *project financing* sono diverse: la limitatezza di studi preliminari e di fattibilità dell'intervento; la carenza di competenze specifiche da parte delle amministrazioni competenti alla valutazione dei progetti (soprattutto quando si tratta di enti territoriali), poco specializzate nelle valutazioni di natura economico-finanziaria, contrattuale e gestionale; tempi troppo lunghi e incerti per giungere all'affidamento del contratto, al *financial closing* e all'inizio della fase di realizzazione; forte criticità tecnica nella formulazione delle proposte e dei bandi gara, nella realizzazione dei progetti e nella gestione dei rapporti tra pubblico e privato; difficoltà a trovare un giusto equilibrio tra rischi privati e garanzie pubbliche; rischio politico-amministrativo troppo elevato che comporta frequenti cambiamenti dei progetti; prevalenza nelle imprese di una cultura imprenditoriale tradizionale, maggiormente finalizzata alla costruzione e meno attenta alla gestione. Per un resoconto si v. sempre D. Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022; si v. anche, in precedenza, Cresme Europa Servizi, *Il mercato del partenariato pubblico-privato in Italia. Rapporto 2017*, Roma, 2018. Ancor prima, nella vigenza del Codice del 2006, Tonetti A., *IL DECRETO "DEL FARE": IL RILANCIO DELL'ECONOMIA - Ancora sulle infrastrutture: il nodo della "fattibilità"*.

Criticità, quelle appena sinteticamente esposte, che il Codice del 2023 ha, almeno in parte, tentato di affrontare, anche se con i limiti che si sono esaminati poco *supra*.

CAPITOLO III

Il partenariato pubblico-privato alla prova del PNRR: la finanza di progetto e strumenti alternativi per la digitalizzazione della P.A.

1. La digitalizzazione della pubblica amministrazione: cenni introduttivi

Quello della digitalizzazione della pubblica amministrazione è un tema salito alla ribalta del dibattito politico e giuridico ormai da diversi anni, non solo a livello nazionale, ma anche (e prima ancora) a livello europeo e globale.

Il ricorso a tecnologie c.d. ICT (*Information and Communication Technologies*) consente di semplificare e velocizzare i procedimenti, riducendo al contempo i costi dell'azione amministrativa²¹⁹.

In tale prospettiva, un ruolo fondamentale è giocato dall'interoperabilità dei dati in possesso delle pubbliche amministrazioni²²⁰, per tale intendendosi la massima condivisione dei dati tra soggetti pubblici, con l'obiettivo di facilitare il rapporto con i privati in base al principio "*once only*". Secondo tale principio, una volta che un dato sia entrato a far parte del patrimonio informativo di una pubblica amministrazione, quel

²¹⁹ In generale sul tema della trasformazione digitale della pubblica amministrazione si vedano, tra gli altri, Bontempi V., *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, RomaTre Press, 2022; Golisano L., *Il governo del digitale: strutture di governo e innovazione digitale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6/2022; Lalli, A., *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Giappichelli Editore, 2022; Macri I., *Il PNRR italiano per la digitalizzazione e l'innovazione della Pubblica Amministrazione*, in *Azienditalia*, n. 1/2022, p. 38 ss.; Macri I., *Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A.*, Ipsoa, 2022; Sgueo G., *La transizione digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2021; Tresca M., *Big Data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2021; Assonime, Task Force per la semplificazione, *Interventi di semplificazione e modernizzazione del sistema amministrativo per il rilancio dell'economia*, n. 12/2020; Notari F., *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2020, p. 21; Carloni E., *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2015, p. 148; Belluscio T., Degli Espositi G., *Dematerializzazione: una leva per la semplificazione della P.A.*, in *Azienditalia*, n. 4/2014, p. 307. Per una prospettiva di respiro europeo si veda, *inter alia*, Crahay, A., Custers, N., Di Giacomo, D., Gross, A., Talpo, S., *Digital Path to Recovery and Resilience in the European Union*, Publications Office of the European Union, 2022.

²²⁰ Il Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (edizione 2024-2026) adottato dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) definisce l'interoperabilità nei seguenti termini: "*Interoperabilità: Rende possibile la collaborazione tra Pubbliche amministrazioni e tra queste e soggetti terzi, per mezzo di soluzioni tecnologiche che assicurano l'interazione e lo scambio di informazioni senza vincoli sulle implementazioni, evitando integrazioni ad hoc*".

medesimo dato dovrebbe essere automaticamente messo a disposizione anche di tutti gli altri attori pubblici, grazie al dialogo tra i rispettivi ecosistemi digitali²²¹: in questo senso, al privato dovrebbe essere richiesto di condividere dati e informazioni, per l'appunto, “*once only*”, e cioè una volta sola²²².

In Italia, il processo di “rivoluzione digitale” della pubblica amministrazione ha avuto un’attuazione più lenta e incerta rispetto alla media europea²²³: nel 2020, l’Italia si è collocata al diciottesimo posto (su ventisette) in termini di offerta di servizi pubblici digitali, con un punteggio complessivo di 63,2 contro un punteggio medio, nell’Unione Europea, pari a 68,1²²⁴; nonostante un leggero miglioramento, l’Italia si trovava al di sotto della media europea anche nel 2021²²⁵; ancora, nel 2022, per quanto riguarda la fornitura di servizi pubblici digitali ai cittadini, l’Italia ha ottenuto un punteggio pari a 68, contro una media europea che si assestava su 77 punti, mentre con riferimento alla fornitura di

²²¹ Il concetto di “ecosistema amministrativo digitale” è utilizzato dall’Agenzia per l’Italia Digitale (AgID) nel Piano Triennale per l’Informatica nella Pubblica Amministrazione (edizione 2024-2026).

²²² Il Piano Triennale per l’Informatica nella Pubblica Amministrazione (edizione 2024-2026) adottato dall’Agenzia per l’Italia Digitale (AgID) definisce il principio “*once only*” nei seguenti termini: “*Once-only: Principio secondo cui l’amministrazione non richiede al cittadino dati e informazioni di cui è già in possesso*”.

²²³ Sul tema della digitalizzazione si v., oltre ai contributi menzionati alla nota n. 219, anche B.G. Mattarella (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, Giappichelli, 2023; R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto (a cura di), *Il diritto nell’era digitale. Persona, mercato, Amministrazione, Giustizia*, Giuffrè, 2022; P. Canonico, A. Tomo, A. Hinna, L. Giusino (a cura di), *La digitalizzazione della PA. Organizzare persone e tecnologie*, Egea, 2022.

²²⁴ Il dato è ricavato dal rapporto della Commissione europea relativo all’Indice di digitalizzazione dell’economia e della società (DESI) 2021, basato prevalentemente su dati raccolti nel 2020 e reperibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-italy>. Cfr. in particolare pag. 17 e ss., ove si legge che “*Nonostante i miglioramenti registrati, l’uso dei servizi pubblici digitali rimane relativamente basso. La percentuale di utenti online italiani che ricorre a servizi di e-government è passata dal 30 % nel 2019 al 36 % nel 2020. Pur trattandosi di un notevole aumento, rimane ben al di sotto della media UE del 64 %. L’Italia ottiene risultati migliori rispetto all’UE per quanto riguarda l’offerta di servizi pubblici digitali per le imprese e i dati aperti. Tuttavia, si colloca al di sotto della media UE in termini di offerta di servizi pubblici digitali per i cittadini e disponibilità di moduli precompilati*”.

²²⁵ Si veda il rapporto della Commissione Europea relativo all’Indice di digitalizzazione dell’economia e della società (DESI) 2022, basato prevalentemente su dati raccolti nel 2021 e reperibile al seguente link: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/desi-italy>. In tale rapporto si legge che “*L’Italia si colloca al 19° posto nell’UE per quanto riguarda i servizi pubblici digitali. Nonostante i continui progressi, solo il 40 % degli utenti italiani di internet ricorre ai servizi pubblici digitali, un dato ben al di sotto della media UE del 65 %. L’Italia ottiene risultati migliori rispetto all’UE per quanto riguarda le politiche in materia di dati aperti raggiungendo un punteggio del 92 %, collocandosi tuttavia ancora al di sotto della media UE per quanto riguarda la disponibilità di moduli precompilati, che presentano agli utenti dati già noti alle amministrazioni pubbliche. Se si osservano i punteggi che misurano l’offerta di servizi pubblici digitali, l’Italia è molto vicina alla media UE in termini di servizi per le imprese (con un punteggio di 79 rispetto a una media UE di 82). Il divario con la media UE è leggermente superiore in relazione all’offerta di servizi pubblici digitali per i cittadini (67 in Italia rispetto a 75 nell’UE)*” (cfr. pag. 17).

servizi pubblici digitali alle imprese il punteggio è stato, sempre nel 2022, di 75, contro una media europea di 84 punti²²⁶.

Proprio l'obiettivo di accelerare le politiche di digitalizzazione delle funzioni amministrative ha condotto all'istituzione, nel 2019, del Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione (le cui funzioni sono oggi svolte dal Dipartimento per la Trasformazione Digitale presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri), e con all'adozione, da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID), del Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2019-2021, che, sostituendo il precedente piano per gli anni 2017-2019, ha fissato obiettivi strategici ambiziosi e specifiche linee di azione per realizzare l'obiettivo di interoperabilità dei dati e avanzare nel percorso di digitalizzazione della P.A., anche attraverso la costituzione di piattaforme e infrastrutture digitali²²⁷.

1.1. La Piattaforma Digitale Nazionale dei Dati (PDND)

Tra gli obiettivi del Piano 2019-2021, vi era lo sviluppo della “Piattaforma Digitale Nazionale dei Dati (PDND)”, una piattaforma per la gestione e l'analisi dei c.d. *big data*²²⁸, funzionale a standardizzare e promuovere la diffusione del riutilizzo dei dati, ottimizzare i processi di analisi e la generazione di conoscenza.

La PDND è disciplinata dall'articolo 50-ter del decreto legislativo n. 7 marzo 2005, n. 82 (recante il Codice dell'Amministrazione Digitale o “CAD”), introdotto per effetto del d. lgs. n. 13 dicembre 2017, n. 217 e poi sostanzialmente riscritto dall'articolo 34 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76.

²²⁶ Il dato è ricavato dal Rapporto sullo Stato del Decennio Digitale (*Report on the State of Digital Decade*), pubblicato dalla Commissione europea il 27 settembre 2023 e aggiornato ai dati relativi al 2022, reperibile al seguente *link*: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2023-report-state-digital-decade>.

²²⁷ Il Piano Triennale per l'Informatica 2019-2021 è reperibile al seguente *link*, unitamente ai successivi aggiornamenti (2020-2022; 2021-2023; 2022-2024): <https://www.agid.gov.it/it/agenzia/piano-triennale>.

²²⁸ Il Piano Triennale per l'Informatica 2019-2021 definiva i *big data* come segue “[s]i parla di *big data* quando si ha un insieme di dati da memorizzare e/o elaborare di dimensioni così grandi, e/o con una varietà di formati così elevata, e/o con una velocità di crescita così alta da richiedere l'uso di software non convenzionali (tecnologie *big data*) per estrapolare, gestire e processare informazioni entro un tempo ragionevole. Le tecnologie *Big data* sono altamente scalabili: le loro “capacità” di elaborazione/memorizzazione crescono linearmente con la quantità di risorse ad esse dedicate (tipicamente espressa in numero di host)”.

Lo sviluppo della Piattaforma si inquadra in un generale cambio di prospettiva che il Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2019-2021 realizza, rispetto al passato, in materia di gestione dei dati: si punta al superamento della logica c.d. "a silos"²²⁹; il riutilizzo dei dati assume rilievo centrale, ma l'asse delle linee d'azione si sposta dal lato dell'offerta a quello della domanda, attraverso la promozione dell'effettivo riuso dei dati per lo sviluppo di nuovi servizi per cittadini e imprese²³⁰.

Così anche l'implementazione della PDND, che di per sé attiene specificamente all'organizzazione amministrativa, viene valorizzata come strumento funzionale non solo alla conoscenza e all'utilizzo del patrimonio informativo detenuto per finalità istituzionali dalle amministrazioni, ma anche alla condivisione dei dati ai fini della semplificazione degli adempimenti amministrativi a carico di cittadini e imprese²³¹.

La PDND è un'infrastruttura tecnologica che rende possibile l'interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di servizi pubblici mediante l'accreditamento, l'identificazione e la gestione dei livelli di autorizzazione dei soggetti abilitati ad operare sulla stessa, nonché la raccolta e conservazione delle informazioni relative agli accessi e alle transazioni effettuate suo tramite.

La condivisione di dati e informazioni avviene attraverso la messa a disposizione e l'utilizzo, da parte dei soggetti accreditati, di interfacce di programmazione delle applicazioni (API)²³².

1.2. Il "cloud" della Pubblica Amministrazione

Tra i principi alla base della strategia per la trasformazione digitale, poi, il Piano Triennale AgID 2019-2021 individuava quello del "cloud first", secondo il quale "le

²²⁹ Alla voce "Logica a silos" del Glossario contenuto nell'Appendice B al Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2017-2019 si legge: "In informatica, con il termine silos si intende una componente isolata di un sistema informativo che non condivide i dati, le informazioni e/o i processi con le altre componenti del sistema".

²³⁰ In questi termini F. Notari, *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*.

²³¹ In questi termini P. Clarizia, *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2020, p. 727.

²³² Si v., sulla PDND e sulle sue caratteristiche anche I. Macrì, *Open data, open format trasparenza e pubblicità dei dati delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Azienditalia*, n. 8-9/2021, p. 1431; C.C. Giardina, *Sostegno alla diffusione dell'amministrazione digitale*, in *Azienditalia*, n. 11/2020, p. 1740.

*pubbliche amministrazioni, in fase di definizione di un nuovo progetto, e/o di sviluppo di nuovi servizi, in via prioritaria devono valutare l'adozione del paradigma cloud prima di qualsiasi altra tecnologia, tenendo conto della necessità di prevenire il rischio di lock-in. Dovranno altresì valutare il ricorso al cloud di tipo pubblico, privato o ibrido in relazione alla natura dei dati trattati e ai relativi requisiti di confidenzialità*²³³.

Il ricorso a tecnologie *cloud* – già previsto, in termini programmatici, dal Piano Triennale AgID 2017-2019 – consente infatti, tramite la virtualizzazione dei centri di elaborazione dati (perlopiù obsoleti) delle pubbliche amministrazioni, di ridurre significativamente i costi di manutenzione, garantendo al tempo stesso una maggiore resilienza e affidabilità dei sistemi.

I centri di elaborazione dati delle pubbliche amministrazioni, infatti, si dimostravano spesso poco sicuri, non soltanto da un punto di vista informatico (*i.e.* del *software*), ma anche di sicurezza materiale, in termini di protezione dei *server* e di loro funzionamento (*i.e.* dal punto di vista degli apparati *hardware*). I *data center* pubblici, infatti, erano quasi sempre collocati in luoghi non idonei, come i centri abitati, oppure in zone a rischio sismico o idrogeologico²³⁴.

Non solo: la migrazione ad ambienti *cloud* mitiga il rischio di *lock-in*²³⁵ nei confronti di fornitori di servizi di sviluppo e manutenzione applicativa²³⁶.

Proprio avendo a mente l'obiettivo del "*cloud first*", AgID ha svolto (e concluso nel febbraio del 2020), il censimento del patrimonio ICT delle amministrazioni pubbliche

²³³ Il Piano Triennale AgID 2019-2021 definiva il "*cloud*" o "*cloud computing*" come "[m]odello per abilitare, tramite la rete, l'accesso diffuso, agevole e a richiesta, ad un insieme condiviso e configurabile di risorse di elaborazione (ad esempio reti, server, memoria, applicazioni e servizi) che possono essere acquisite e rilasciate rapidamente e con minimo sforzo di gestione o di interazione con il fornitore di servizi".

²³⁴ Schneider E., *Il ruolo primario delle infrastrutture digitali per la ripresa economica del paese: a che punto siamo?*, in IRPA – Osservatorio sullo Stato digitale, 16 luglio 2020.

²³⁵ Nella Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni "*Contro il lock-in: costruire sistemi TIC aperti facendo un uso migliore degli standard negli appalti pubblici*" (COM/2013/0455 final), la Commissione europea ha chiarito che negli appalti per la fornitura di servizi informatici, "*Il lock-in si verifica quando l'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente*".

²³⁶ Sui vantaggi (e le sfide) del ricorso al *cloud computing* da parte delle pubbliche amministrazioni si vedano, tra gli altri, Macri I., *L'amministrazione cloud: strumenti operativi*, in *Azienditalia*, n. 4/2021; Paganelli V., *Conservazione dei dati e sovranità digitale. Una rilettura della (big) data governance pubblica alla luce delle nuove sfide globali*, in *Rivista Italiana di Informatica e Diritto*, n. 1/2021.

italiane, in attuazione di quanto previsto dai Piani Triennali 2017-2019 e 2019-2021, nonché dalla circolare AgID n. 1 del 14 giugno 2019²³⁷.

Obiettivo del censimento era di agevolare il processo di razionalizzazione dei centri di elaborazione dati (CED) della P.A. e la migrazione dei relativi dati e applicativi informatici verso sistemi *cloud*. A tal fine, il censimento condotto da AgID si prefiggeva di individuare, nel preesistente patrimonio pubblico, infrastrutture digitali:

- candidabili ad essere utilizzate da parte dei “Poli Strategici Nazionali”. Secondo la definizione fornita dall’articolo 6 della circolare AgID n. 1/2019, il Polo Strategico Nazionale è un soggetto in grado di mettere a disposizione di soggetti pubblici infrastrutture IT ad alta disponibilità, centralizzate e/o distribuite, garantendo una gestione amministrativa, tecnica e organizzativa dedicata; oppure
- con requisiti minimi di affidabilità e sicurezza dal punto di vista infrastrutturale e/o organizzativo, con carenze strutturali/organizzative considerate minori (classificabili nel Gruppo A); oppure
- con carenze strutturali e/o organizzative tali da non garantire la continuità dei servizi (classificabili nel Gruppo B).

Dal predetto censimento condotto da AgID è emerso un quadro di elevata frammentazione, con livelli di sicurezza inadeguati ed alta inefficienza in termini di spesa. Molti centri di elaborazione dati sono risultati energeticamente inefficienti, obsoleti, non sicuri e dispendiosi²³⁸.

In particolare, dei mille e duecentocinquanta due centri di elaborazione dati censiti, solo trentacinque sono risultati candidabili all’utilizzo da parte dei Poli Strategici

²³⁷ Recante “Censimento del patrimonio ICT delle Pubbliche Amministrazioni e classificazione delle infrastrutture idonee all’uso da parte dei Poli Strategici Nazionali” e che ha sostituito la precedente circolare n. 5 del 30 novembre 2017.

²³⁸ Si vedano sul punto Napolitano G., *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2021, p. 703 ss.; Sandulli A., *Lo “Stato digitale”. Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2021, p. 581 ss.

Nazionali, ventisette sono stati classificati nel Gruppo A e i restanti mille e centonovanta sono stati classificati nel Gruppo B²³⁹.

2. La pandemia da Covid-19 e la digitalizzazione della P.A. nel PNRR

A far emergere con ancor più evidenza la rilevanza delle infrastrutture immateriali e la necessità di una “rivoluzione digitale” della pubblica amministrazione ha contribuito lo scoppio dell’emergenza sanitaria da Covid-19²⁴⁰.

Se, in un primo momento, alle drammatiche conseguenze economiche e sociali della pandemia si è tentato di far fronte tramite il ricorso ai tipici strumenti dell’amministrazione d’emergenza (nomina di commissari straordinari, procedure derogatorie, spostamento o sospensione dei termini procedurali, sussidi automatici “a sportello”), si è ben presto palesata l’esigenza di una complessiva e sistematica riforma del sistema-Paese, in un’ottica di modernizzazione, efficientamento e semplificazione²⁴¹.

Al centro della sfida: il buon funzionamento della pubblica amministrazione, che passa – tra l’altro – per la trasformazione digitale dei pubblici apparati.

Non è un caso, allora, che il Governo instauratosi a poco più di un anno dalla dichiarazione dello stato di emergenza, al quale è stato affidato il compito di accompagnare l’Italia verso la ripresa economica e sociale, abbia posto la digitalizzazione dell’amministrazione tra i suoi principali obiettivi²⁴².

²³⁹ I risultati del censimento sono consultabili sul sito *web* di AgID al seguente *link*: <https://www.agid.gov.it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2020/02/20/cloud-pa-concluso-il-censimento-ict>. Il censimento è stato condotto su un campione di oltre mille amministrazioni, altamente rappresentativo di tutte le tipologie di P.A.: centrali, locali, ASL e università.

²⁴⁰ Schneider E., *Il ruolo primario delle infrastrutture digitali per la ripresa economica del paese: a che punto siamo?*

²⁴¹ Si v. Assonime, Task Force per la semplificazione, *Interventi di semplificazione e modernizzazione del sistema amministrativo per il rilancio dell’economia*.

²⁴² La strategia italiana in materia di digitalizzazione è stata illustrata alle Commissioni Parlamentari competenti dall’allora Ministro per l’Innovazione tecnologica e la Transizione digitale, Vittorio Colao, in sede di audizione nell’ambito dell’esame della proposta di Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, in data 18 marzo 2021. In quella sede, il Ministro affermava che “*la trasformazione digitale che sta investendo la nostra società, le nostre economie, e le nostre vite quotidiane è molto di più. È un fondamentale cambiamento del modo in cui lavoriamo, produciamo e interagiamo nelle nostre vite. Questo perché la nuova dimensione digitale sta riducendo tempi e costi di accesso alle competenze e all’informazione, sta abbattendo molte barriere agli investimenti, e sta modificando i modelli di business di interi settori industriali. Anche il settore pubblico non è immune a questa trasformazione. Grazie al digitale le amministrazioni pubbliche possono migliorare le modalità con cui rispondono ai bisogni sociali in termini*

Un primo passo in tal senso è stato compiuto con il D.L. 76/2020 (recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitali” e convertito in legge 11 settembre 2020, n. 120), che, al fine di promuovere “*lo sviluppo di un’infrastruttura ad alta affidabilità localizzata sul territorio nazionale per la razionalizzazione e consolidamento dei centri per l’elaborazione delle informazioni*”:

- (i) da un lato, ha riscritto l’articolo 50-ter del CAD, relativo alla PDND. Nella sua nuova formulazione, la promozione della progettazione, dello sviluppo e della realizzazione della Piattaforma venivano affidate alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che ne cura anche la gestione. Ai sensi del comma 2 della disposizione in commento, la PDND è “*costituita da un’infrastruttura tecnologica che rende possibile l’interoperabilità dei sistemi informativi e delle basi di dati delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di servizi pubblici [...] mediante l’accreditamento, l’identificazione e la gestione dei livelli di autorizzazione dei soggetti abilitati ad operare sulla stessa, nonché la raccolta e conservazione delle informazioni relative agli accessi e alle transazioni effettuate suo tramite*”. L’accredito alla Piattaforma è obbligatorio per le pubbliche amministrazioni, i gestori di pubblici servizi e le società a controllo pubblico, che sono tenuti “*a sviluppare le interfacce e a rendere disponibili le proprie basi dati senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica*”;
- (ii) dall’altro lato, ha previsto²⁴³ che le pubbliche amministrazioni centrali dotate di centri di elaborazione dati che, a fronte del censimento condotto da AGID, erano stati categorizzati nel Gruppo B, nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa, avessero l’obbligo di migrare i loro dati e applicativi informatici verso strutture

di velocità, agilità e qualità nell’erogazione dei servizi. Si sta in sostanza ridisegnando completamente il quadro socio economico e relazionale che ha caratterizzato la nostra società dalla prima rivoluzione industriale a oggi ed entro il quale maturano i nostri saperi, le nostre attività e le nostre vite nel loro complesso. In questo senso, la transizione digitale è un’occasione unica di crescita, occupazione, e innovazione, di preservazione sostenibile del territorio e della natura e anche di diffusione e più largo accesso all’arte e alla cultura. L’Italia deve cogliere questa opportunità senza esitazioni”. L’audizione è reperibile sul sito <https://www.camera.it>.

²⁴³ Cfr. articolo 35 del D.L. 76/2020, che è intervenuto, modificandolo, sull’articolo 33-septies del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179.

idonee. Tali strutture idonee si sarebbero dovute individuare tra (i) *“un’infrastruttura ad alta affidabilità localizzata sul territorio nazionale per la razionalizzazione e il consolidamento dei Centri per l’elaborazione delle informazioni (CED) [...] destinata a tutte le pubbliche amministrazioni”*, il cui sviluppo avrebbe dovuto essere promosso da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri; (ii) infrastrutture già esistenti e in possesso di determinati requisiti di affidabilità e sicurezza previsti da un apposito regolamento adottato da AgID²⁴⁴ o, alternativamente, (iii) altre soluzioni *cloud*, nel rispetto dei criteri previsti dal suddetto regolamento AgID.

3. Le piattaforme e le infrastrutture digitali nel PNRR

Nel contesto giuridico-fattuale sin qui descritto, si inserisce il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), predisposto dal Governo italiano e approvato con decisione di esecuzione del Consiglio, su proposta della Commissione europea, il 13 luglio 2021²⁴⁵.

Il PNRR si inquadra nel c.d. dispositivo per la ripresa e la resilienza, istituito - nell’ambito del programma di investimenti Next Generation EU di cui al Regolamento (UE) 2020/2094 - con Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021. Il dispositivo per la ripresa e la resilienza è lo strumento

²⁴⁴ Si tratta del regolamento previsto dal comma 4 dell’articolo 33-*septies* del D.L. 179/2012, ai sensi del quale: *“L’Agenzia per la cybersicurezza nazionale, con proprio regolamento, d’intesa con la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri, nel rispetto della disciplina introdotta dal decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133, stabilisce i livelli minimi di sicurezza, capacità elaborativa, risparmio energetico e affidabilità delle infrastrutture digitali per la pubblica amministrazione, ivi incluse le infrastrutture di cui al comma 1. Definisce, inoltre, le caratteristiche di qualità, di sicurezza, di performance e scalabilità, interoperabilità, portabilità dei servizi cloud per la pubblica amministrazione. Con lo stesso regolamento sono individuati i termini e le modalità con cui le amministrazioni devono effettuare le migrazioni di cui ai commi 1 e 1-bis nonché le modalità del procedimento di qualificazione dei servizi cloud per la pubblica amministrazione”*.

²⁴⁵ Il PNRR italiano è stato più volte modificato.

Da ultimo, in data 21 marzo 2025, l’Italia ha presentato alla Commissione, ai sensi dell’articolo 21, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2021/241, una richiesta motivata di modifica della decisione di esecuzione del Consiglio del 13 luglio 2021. In precedenza, modifiche erano già intervenute con decisioni del 19 settembre 2023, dell’8 dicembre 2023, del 7 maggio 2024 e del 12 novembre 2024.

Le modifiche sono state definitivamente approvate il 20 giugno 2025, con decisione del Consiglio del 17 giugno 2025 (ECOFIN 633 UEM 182 FIN 595).

Il PNRR italiano (e la documentazione ad esso correlata) è consultabile sul sito <https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/home.html>.

predisposto dall'Unione Europea al fine di promuovere e sostenere la ripresa degli Stati membri dalla crisi economico-sociale scaturita dalla pandemia da Covid-19.

In forza del dispositivo, ciascuno Stato membro interessato a ricevere contributi finanziari (*grants*) e/o prestiti (*loans*) dall'Unione, ha avuto la possibilità di elaborare - entro i limiti di ammissibilità dettati dal Regolamento 2021/241 - e presentare alla Commissione per sua valutazione un c.d. "*piano per la ripresa e la resilienza nazionale*".

Il PNRR italiano si articola in sette Missioni²⁴⁶. Ciascuna Missione è a sua volta articolata in Componenti e questi ultimi includono Riforme e Investimenti.

La prima Missione è dedicata a "Digitalizzazione, Innovazione, Competitività, Cultura e Turismo" e alla stessa è destinato il 21,26% dell'importo totale del PNRR, per un importo complessivo di 41,43 miliardi di euro²⁴⁷.

Con il dichiarato obiettivo di "*far diventare la PA un vero "alleato" del cittadino e dell'impresa*", la Componente 1.1 della Missione 1 del PNRR riguarda la digitalizzazione della pubblica amministrazione.

Nell'ambito di tale Componente, l'Investimento 1.1, prevede la costituzione del "*Polo Strategico Nazionale – PSN, una nuova infrastruttura dedicata cloud (completamente "privata" o "ibrida"), localizzata sul territorio nazionale e all'avanguardia in prestazioni e sicurezza*"²⁴⁸. Trattasi della medesima infrastruttura che, come visto *supra*, il D.L. 76/2020 aveva già previsto che dovesse essere sviluppata su impulso della Presidenza del Consiglio dei Ministri, al fine di accogliere i dati e gli applicativi informatici delle P.A. i cui *data center* fossero stati inclusi da AGID nel "Gruppo B".

L'Investimento 1.3, invece, riguarda l'interoperabilità dei dati e prevede "*lo sviluppo di una Piattaforma Digitale Nazionale Dati che, una volta costruita, dovrà garantire l'interoperabilità dei dataset tramite un catalogo centrale di "connettori automatici" (le cosiddette API - Application Programming Interface) consultabili da tutte*

²⁴⁶ Il numero delle Missioni del PNRR era originariamente sei. La settima è stata aggiunta in occasione della prima revisione del Piano, al fine di includere gli obiettivi del programma europeo REPowerEU, a sostegno della transizione ecologica.

²⁴⁷ I dati sono ricavati dal sito <https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/il-piano/missioni-pnrr/digitalizzazione-e-innovazione.html>.

²⁴⁸ Cfr. pag. 94 del PNRR originario.

*le amministrazioni centrali e locali*²⁴⁹. Anche in questo caso, si tratta della medesima infrastruttura già prevista e disciplinata dall'articolo 50-ter CAD, come modificato dal D.L. 76/2020.

L'inserimento della PDND e del *cloud* pubblico tra le opere previste e finanziate dal PNRR è la prova tangibile di come il Governo italiano abbia posto la digitalizzazione della P.A. tra i principali obiettivi della ripresa, intendendo sfruttare lo straordinario flusso di risorse provenienti dall'Europa (anche) per consentire una migliore interoperabilità dei dati in possesso dei soggetti pubblici, nonché la migrazione degli applicativi informatici delle amministrazioni verso un'infrastruttura (*cloud*) accentrata, sicura e resiliente²⁵⁰.

Il Piano, tuttavia, non contiene indicazioni circa le concrete modalità di realizzazione e gestione di tali infrastrutture.

In via generale e astratta, tanto la PDND, quanto l'infrastruttura *cloud* destinata a ospitare dati e applicativi informatici pubblici avrebbero potuto essere realizzate e gestite direttamente dal soggetto pubblico cui la responsabilità degli interventi è affidata per legge (*i.e.* la Presidenza del Consiglio dei Ministri); alternativamente, le attività di progettazione, sviluppo, realizzazione e gestione avrebbero potuto essere esternalizzate, tramite affidamento in appalto a un operatore economico in possesso dei necessari requisiti di qualificazione; oppure, ancora, l'affidamento sarebbe potuto avvenire in favore di una società *in-house*, eventualmente pluripartecipata; infine, vi era la possibilità di ricorrere a forme di collaborazione tra pubblico e privato tramite i modelli tipici del partenariato pubblico-privato, nella forma del PPP istituzionale (che prevede la costituzione di una società a partecipazione mista pubblico-privata) o contrattuale²⁵¹.

Tra le suesposte possibili modalità, per tutte le ragioni ampiamente illustrate ai Capitoli 1 e 2 che precedono, il ricorso a forme di partenariato pubblico-privato presenta, almeno sulla carta, vantaggi che potrebbero indurre a ritenere tale strumento preferibile rispetto alle (pur astrattamente possibili) alternative.

²⁴⁹ Così nell'Allegato alla Decisione del Consiglio del 17 giugno 2025 (ECOFIN 633 UEM 182 FIN 595).

²⁵⁰ Napolitano G., *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*.

²⁵¹ Con riferimento al *cloud* della P.A., le diverse alternative sono individuate e esaminate – ancorché per giungere a conclusioni parzialmente diverse – da Sandulli A., *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche* e Napolitano G., *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*.

La realizzazione e gestione in via diretta da parte dell'amministrazione incontra il limite – difficilmente superabile, quantomeno nel breve periodo – della mancanza nei ranghi amministrativi di competenze tecnico-specialistiche adeguate²⁵². Non secondario, poi, è il tema dei costi di progettazione, realizzazione e messa in esercizio, cui si aggiungono quelli correlati alla gestione dell'infrastruttura.

Problemi analoghi si pongono nel caso di ricorso a società *in-house*, formalmente private, ma sostanzialmente pubbliche. Come noto, infatti, le società *in-house*, in quanto sottoposte al c.d. “controllo analogo” da parte delle amministrazioni pubbliche socie, nei confronti delle quali svolgono almeno l'80% della propria attività, operano come *longa manus* delle amministrazioni che affidano loro, in via diretta, contratti di lavori, servizi o forniture²⁵³.

La natura interamente pubblica dei soci delle società *in-house* (e, dunque, la natura parimenti pubblica delle risorse finanziarie di cui dispongono), e la sottoposizione delle stesse ad alcuni dei vincoli normativi applicabili alle amministrazioni, fa sì che, nei fatti, la forma societaria non basti a superare i limiti – soprattutto in termini di disponibilità finanziarie – che caratterizzano l'ipotesi di realizzazione diretta delle infrastrutture in commento da parte delle PP.AA. interessate.

Per superare i predetti limiti, un'opzione percorribile è il coinvolgimento di soggetti privati.

In quest'ottica, lo strumento del contratto di appalto, se da un lato consente di recuperare il *gap* di conoscenze tecnico-specialistiche che penalizza l'amministrazione, tramite il ricorso alla competenza e all'esperienza di operatori di mercato specializzati, dall'altro lato non fa venire meno le criticità sul fronte degli investimenti. Ed infatti, l'appalto imporrebbe pur sempre alle amministrazioni interessate di far fronte ai costi per la realizzazione e il funzionamento dell'infrastruttura, nonostante le attività di

²⁵² Cfr. Sandulli A., *Lo “Stato digitale”. Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*.

²⁵³ Sulle società *in-house*, in generale, si v., tra gli altri, D. Anselmi, F. Smerchinich, C. De Martino, *Società in house. L'affidamento nella pratica*, Maggioli, 2023; E. Codazzi, *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Editoriale Scientifica, 2018.

In giurisprudenza, tra le altre, si v. Corte dei Conti, sez. di controllo per il Lazio, n. 2/2015/PRSP, Consiglio di Stato, 16 novembre 2018, n. 6456, Consiglio di Stato, 21 marzo 2019, parere n. 883, Consiglio di Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8028, Consiglio di Stato, sez. V, 29 ottobre 2021, n. 7272.

allestimento e gestione sarebbero poi materialmente svolte dall'appaltatore privato (il quale, peraltro, non soltanto dovrebbe rientrare, tramite il compenso pagato dall'amministrazione appaltante, dei costi sostenuti per lo svolgimento delle attività in favore dell'amministrazione, ma dovrebbe anche essere messo nella condizione di ricavarne un ragionevole margine di utile).

Peraltro, opere del tipo di quelle che qui vengono in rilievo richiedono, una volta esaurita la fase di progettazione e realizzazione, una costante attività di aggiornamento tecnologico. Il dinamismo²⁵⁴ che caratterizza le infrastrutture digitali (che, accanto a talune componenti tangibili, *i.e. hardware*, sono costituite anche – o soprattutto – da elementi immateriali, *i.e. software*) e la correlata necessità di costanti investimenti per mantenerle al passo con le innovazioni tecnologiche inducono a ritenere che la soluzione dell'appalto – pur naturalmente astrattamente percorribile – non sia quella ottimale.

In tale contesto, il partenariato pubblico-privato consente di affidare, con un'unica operazione contrattuale, il complesso delle attività necessarie alla realizzazione, avviamento, gestione, ammodernamento e aggiornamento tecnologico dell'infrastruttura a un unico operatore economico in possesso dei necessari requisiti tecnico-professionali.

Al contempo, il ricorso al PPP, implicando (quale elemento imprescindibile e connaturato allo strumento) la traslazione del rischio operativo in capo al privato, consente alle amministrazioni di fare affidamento non solo sulle specifiche esperienze e competenze maturate, ma anche sulle risorse e sulla solidità finanziaria dell'operatore economico *partner*; è quest'ultimo, infatti, che si trova a sopportare i rischi di domanda e disponibilità associati all'iniziativa, traendo la sua remunerazione non (o, comunque, non in misura prevalente) da contributi corrisposti dall'amministrazione a fronte delle attività svolte, ma dalla gestione dell'infrastruttura realizzata²⁵⁵²⁵⁶.

²⁵⁴ Tale dinamismo (come elemento distintivo delle infrastrutture tecnologiche rispetto alle tradizionali "operazioni statiche", quali ponti o autostrade) è evidenziato, pur senza giungere alle medesime conclusioni cui in questa sede si perviene, da Sandulli A., *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*.

²⁵⁵ Per l'analisi degli elementi tipici del partenariato pubblico-privato, anche a confronto con lo strumento dell'appalto, si rinvia al Capitolo I.

²⁵⁶ Anche al di fuori dell'ordinamento italiano, diversi sono gli Stati che hanno mostrato interesse nel partenariato pubblico-privato, inteso in senso ampio come collaborazione tra il settore pubblico ed operatori economici privati, come strumento per la realizzazione e gestione di sistemi informatici destinati a ospitare dati e applicativi di soggetti pubblici. In Slovenia, nel maggio 2022, il Governo annunciava (tramite un

Certamente, il coinvolgimento di soggetti privati nella conservazione e gestione di dati pubblici presenta taluni profili potenzialmente problematici, anzitutto in termini di tutela dei dati sensibili²⁵⁷.

Nel caso specifico della PDND e del PSN, tuttavia, contro tale possibile rischio sono state assunte, a livello sistemico, due fondamentali precauzioni.

Per quanto riguarda la PDND, il comma 3 dell'articolo 50-ter prevede che non possano confluire sulla piattaforma *“i dati, che possono essere resi disponibili, attinenti a ordine e sicurezza pubblica, difesa e sicurezza nazionale, difesa civile e soccorso pubblico, indagini preliminari, polizia giudiziaria e polizia economico-finanziaria. Non possono comunque essere conferiti, conservati, né trattati i dati coperti da segreto o riservati nell'ambito delle materie indicate al periodo precedente”*.

Per quanto riguarda il Polo Strategico Nazionale, anzitutto l'articolo 33-septies del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179 esclude espressamente dai processi di migrazione obbligatoria di cui al comma 1 i centri di elaborazione dati *“soggetti alla gestione di dati classificati secondo la normativa in materia di tutela amministrativa delle informazioni coperte da segreto di Stato e di quelle classificate nazionali secondo le direttive*

comunicato stampa reperibile al seguente link: <https://www.gov.si/en/news/2022-05-13-hybrid-cloud-computing-will-be-the-result-of-a-publicprivate-partnership/>) che *“The Government of the Republic of Slovenia has adopted a decision establishing a public interest in concluding a public-private partnership to implement the "Hybrid Cloud Computing" project. The public-private partnership will be implemented in the form of a contractual partnership [...] In the period 2022-2023, the Ministry will financially support the development of a reference architectural model, the establishment of a digital infrastructure, and the development and deployment of two pilot digital applications (e-identity and a single entry point for calls for tenders). After a successful test period in the Ministry, the model might then be used in other institutions. In the case of a public-private partnership concession, further development of the hybrid cloud and its upgrading with additional services or applications for different target groups is foreseen”*. Come in Italia, anche in questo caso a sostegno della realizzazione del progetto è intervenuto il dispositivo per la ripresa e la resilienza. Si legge nel medesimo comunicato stampa che *“The operating costs in 2022 and 2023, estimated at a maximum of EUR 2,500,000 excluding VAT, will be covered by the Ministry of Economic Development and Technology under the Recovery and Resilience Plan, and those from 2024 on by a private partner or consortium of companies”*.

Per esperienze e punti di vista al di fuori dell'Unione Europea, si v. Ma L., Christensen T., Zheng Y., *Government technological capacity and public-private partnerships regarding digital service delivery: evidence from Chinese cities*, in *International Review of Administrative Sciences*, 2023; Youngkon Lee, Ukhyun Lee, *Reference Architecture and Operation Model for PPP (Public-Private-Partnership) Cloud*, in *Journal of Information Processing Systems*, n. 2/2021, pp. 284-296.

²⁵⁷ Sul tema della sicurezza, si v., tra gli altri, Macri I., *Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A.*, Ipsoa, 2022; Macri I., *Dalle infrastrutture digitali delle Amministrazioni al cloud, il nuovo regolamento per la sicurezza dei dati e dei servizi pubblici*, in *Azienditalia*, n. 3, 2022; Leucci S., Girella S., a Beccara J.L., *Pubblica amministrazione e protezione dei dati personali nelle “nuvole”*: criticità e soluzioni, in *Informatica e diritto*, n. 2/2014, pp. 21-46.

dell'Autorità nazionale per la sicurezza (ANS) che esercita le sue funzioni tramite l'Ufficio centrale per la segretezza (UCSe) del Dipartimento delle informazioni per la sicurezza (DE)²⁵⁸.

In secondo luogo, il già menzionato D.L. n. 76/2020, come ulteriormente modificato dal D.L. 14 giugno 2021, n. 82, convertito in legge 4 agosto 2021, n. 109, nell'intervenire sull'articolo 33-*septies* del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, ha altresì stabilito che l'Agenzia per la sicurezza cibernetica, con proprio regolamento, individuasse i livelli minimi di sicurezza, capacità elaborativa, risparmio energetico e affidabilità delle infrastrutture digitali per la pubblica amministrazione, definisse le caratteristiche di qualità, di sicurezza, di performance e scalabilità, interoperabilità e portabilità dei servizi *cloud* per la pubblica amministrazione e precisasse i termini e le modalità delle migrazioni delle pubbliche amministrazioni verso strutture tecnologicamente idonee²⁵⁹.

Ebbene, nel contesto sin qui descritto, è interessante notare come – per la realizzazione della PDND, da un lato, e del PSN, dall'altro – il Governo abbia fatto due scelte diverse: affidamento *in-house* per il PDND, affidamento in regime di partenariato pubblico-privato (tramite, in particolare, ricorso alla finanza di progetto) per il PSN.

4. La realizzazione della Piattaforma Digitale Nazionale dei Dati (PDND)

Per la realizzazione e gestione della Piattaforma Digitale Nazionale dei Dati, la scelta è ricaduta sul modello dell'*in-house providing*. In effetti, già l'articolo 8 del D.L. 14 dicembre 2018, n. 135 (prima, dunque, della riscrittura dell'articolo 50-*ter* CAD da parte del D.L. 76/2020 in tempo di pandemia) aveva previsto che, per le finalità di cui

²⁵⁸ Cfr. comma 3 dell'articolo 33-*septies* del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179.

²⁵⁹ Il “Regolamento recante i livelli minimi di sicurezza, capacità elaborativa, risparmio energetico e affidabilità delle infrastrutture digitali per la PA e le caratteristiche di qualità, sicurezza, performance e scalabilità, portabilità dei servizi *cloud* per la pubblica amministrazione, le modalità di migrazione, nonché le modalità di qualificazione dei servizi *cloud* per la pubblica amministrazione” è stato adottato da AGID con delibera n. 628 del 15 dicembre 2021 ed è reperibile sul sito dell'Autorità al seguente [link: https://trasparenza.agid.gov.it/](https://trasparenza.agid.gov.it/). Il Regolamento è stato successivamente integrato e aggiornato tramite deliberazioni dell'Agenzia Nazionale per la Cybersicurezza (ACN), alla quale, dal 19 gennaio 2023, è passata la competenza circa il processo di qualificazione per i soggetti pubblici e privati che intendono fornire servizi *cloud* alla pubblica amministrazione. Le delibere dell'ACN sono reperibili sul sito <https://www.acn.gov.it/portale/home>.

all'articolo 50-ter CAD, la Presidenza del Consiglio dei Ministri si avvalse della società *in-house* PagoPA S.p.A.

Quando, poi, con l'avvento del PNRR, il progetto relativo alla realizzazione del PDND – già previsto, ma mai davvero messo a terra – ha preso concretamente vita, il Governo ha effettivamente affidato a PagoPA S.p.A. le attività di realizzazione e gestione.

PagoPA S.p.A. è una società interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, ma sottoposta alla vigilanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri tramite il Ministro delegato in materia di digitalizzazione.

Per la realizzazione e gestione della PDND, dunque, il Governo ha deciso di fare affidamento su risorse finanziarie interamente pubbliche, oltretutto di attingere alle competenze tecnico-specialistiche dei propri ranghi²⁶⁰.

Entrata in funzione nell'ottobre del 2022, ad agosto 2025 PagoPA ha annunciato il secondo rilascio della seconda versione delle API della PDND, con l'introduzione di nuove funzionalità²⁶¹.

Per abilitare lo scambio dei dati, ogni ente deve completare un processo di adesione alla PDND. Al termine, potrà erogare i propri "e-services", e cioè i servizi digitali che permettono l'accesso ai dati, e fruire di quelli erogati da altri enti²⁶².

Dunque, all'interno della PDND non sono confluite le banche dati delle amministrazioni aderenti. La PDND è, piuttosto, la piattaforma che espone il catalogo dei connettori, detto anche catalogo degli e-services o catalogo delle API, attraverso il quale è possibile interrogare le banche dati di ciascuna amministrazione erogatrice che le mette a disposizione dell'amministrazione fruitrice, previa autorizzazione.

A settembre 2025, 8.639 enti hanno aderito al PDND, di cui 8.476 enti pubblici (in prevalenza Comuni) e 163 enti privati erogatori di servizi pubblici.

²⁶⁰ Ciò senza pregiudizio per il fatto che le singole amministrazioni aderenti alla PDND spesso affidano all'esterno, tramite gare di appalto di servizi, lo sviluppo delle API destinate alla PDND.

²⁶¹ Il comunicato è reperibile al seguente *link*: <https://www.interop.pagopa.it/news/api-v2-secondo-rilascio>.

²⁶² Sul funzionamento della PDND si v., tra gli altri, Macrì I., *Piattaforma digitale nazionale dati per l'attuazione del principio once only*, in *Azienditalia*, n. 32/2023, p. 32.

Degli enti aderenti, più della metà (*i.e.* 5.308 enti, circa il 61% di quelli aderenti) è sia fruitore, sia erogatore di e-services. 1.699 enti sono solo fruitori, mentre 841 sono solo erogatori. Nel complesso, sono stati pubblicati 12.974 e-services²⁶³.

Insomma, quella della PDND sembrerebbe essere un'esperienza positiva in termini di infrastrutture digitali strategiche realizzate in regime di *in-house providing*, rispetto alla quale non pare, almeno allo stato, siano emerse particolari questioni giuridiche.

Lo stesso non può dirsi per il PSN, l'affidamento e la realizzazione del quale è stato interessato da un complesso contenzioso, i cui contenuti sono particolarmente interessanti ai fini della presente trattazione e che, pertanto, sono dettagliatamente esaminati di seguito.

5. Il Polo Strategico Nazionale

Anche per il Polo Strategico Nazionale, il PNRR non ha individuato (tra le varie alternative astrattamente possibili) le concrete modalità di realizzazione e gestione. Né – a differenza di quanto accade per la PDND – indicazioni in tal senso si rinvencono dalle norme di legge e regolamentari che disciplinano la migrazione delle amministrazioni pubbliche verso sistemi *cloud*, ivi incluso il PSN.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri, cui come visto l'articolo 33-*septies* del D.L. 179/2012 ha affidato lo sviluppo del Polo Strategico Nazionale, era dunque libera di individuare, tra le diverse opzioni, lo strumento ritenuto più appropriato per l'iniziativa.

La scelta del Governo è ricaduta sul partenariato pubblico-privato.

In particolare, come si avrà modo di vedere dettagliatamente nel prosieguo, la realizzazione e gestione del PSN è stata affidata in concessione secondo il modello della finanza di progetto, ai sensi dell'articolo 183 dell'allora vigente Codice dei contratti pubblici, di cui al d. lgs. n. 50/2016²⁶⁴.

Con il Polo Strategico Nazionale, le (astratte) potenzialità del PPP come strumento di collaborazione tra pubblico e privato per la realizzazione di progetti strategici,

²⁶³ I dati sono raccolti e aggiornati sulla seguente pagina *web*:
<https://www.interop.pagopa.it/numeri#pubblicazione>.

²⁶⁴ Come visto al Capitolo II che precede, cui si rinvia per ulteriori dettagli, la finanza di progetto è oggi disciplinata dall'articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023.

tecnicamente e giuridicamente complessi, sono state concretamente messe alla prova, e il risultato non è (del tutto) soddisfacente.

In tale contesto, l'analisi svolta nei paragrafi che seguono si pone come obiettivo quello di esaminare le criticità emerse nel percorso per l'affidamento della concessione relativa al PSN. Ciò in quanto tali criticità mettono in luce i limiti, di natura esclusivamente giuridica, che non consentono al partenariato pubblico-privato (e in particolare alla finanza di progetto) di esprimersi a pieno quale volano di sviluppo e innovazione.

5.1. La fase delle proposte: una valutazione comparativa

Sulla scorta delle previsioni di cui all'articolo 33-*septies* del D.L. 179/2012, come modificato dal D.L. 76/2020, e della successiva inclusione del Polo Strategico Nazionale tra gli investimenti qualificanti del (e parzialmente finanziati dal²⁶⁵) PNRR, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per la Trasformazione Digitale (DTD), sono pervenute tre diverse proposte "spontanee" di finanza di progetto ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016.

La prima, acquisita al protocollo del DTD il 29 settembre 2021, presentata dalla società TIM S.p.A., in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) con le società CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A., Sogei S.p.A.

La seconda, acquisita al protocollo del DTD il 4 ottobre 2021, presentata dal RTI tra le società Almaviva S.p.A. e Aruba S.p.A.

La terza, acquisita al protocollo del DTD il 2 novembre 2021, presentata dalle società Fastweb S.p.A. e Engineering S.p.A.

A seguito dello svolgimento delle opportune attività istruttorie finalizzate alla valutazione delle suddette proposte ai sensi e per le finalità di cui al menzionato articolo 183, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016²⁶⁶, il DTD ha ritenuto che le offerte presentate dal

²⁶⁵ Si noti, al riguardo, che il PNRR non finanzia direttamente la realizzazione del Polo Strategico Nazionale, ma destina circa 900 milioni di euro a sostegno dei processi di migrazione delle amministrazioni pubbliche che decidano di usufruire dell'infrastruttura.

²⁶⁶ La norma, come visto *supra* al Capitolo II, disciplinava la finanza di progetto c.d. ad iniziativa privata e prevedeva che, a fronte della presentazione di proposte da parte di soggetti privati, "L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta".

RTI con mandataria TIM S.p.A. e dalla cordata composta da Fastweb S.p.A. e Engineering S.p.A. fossero “migliorabili”²⁶⁷, invitando pertanto i due proponenti ad apportare talune modifiche e integrazioni alle rispettive proposte²⁶⁸.

Le proposte aggiornate sono pervenute al DTD il 10 dicembre 2021.

A fronte di un ulteriore esame comparativo delle proposte, il DTD ha ritenuto che quella presentata dal costituendo RTI tra TIM S.p.A., CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A. e Sogei S.p.A. fosse “*nei suoi elementi tecnico informatici, completa e rispondente in misura del tutto soddisfacente, ai parametri desumibili dalle previsioni di cui all’articolo 33-septies del decreto-legge n. 179 del 2012, nonché della Strategia Cloud Italia elaborata dal Dipartimento per la trasformazione digitale e dall’Agenzia per la cybersicurezza nazionale e pubblicata il 7 settembre 2021*”.

Per poter valutare positivamente la fattibilità della proposta, tuttavia, il DTD ha chiesto al RTI guidato da TIM S.p.A. ulteriori integrazioni e modifiche, fatte pervenire il 23 dicembre 2021.

Quanto alle proposta presentate da Fastweb S.p.A. e Engineering S.p.A. e da Almviva S.p.A. e Aruba S.p.A., il DTD ha ritenuto che le stesse non rispondessero pienamente al pubblico interesse²⁶⁹.

²⁶⁷ Si veda il Decreto della Presidenza del Consiglio, Dipartimento per la Trasformazione Digitale, n. 47/2021-PNRR, recante “*Procedimento relativo alla valutazioni di fattibilità delle proposte di partenariato pubblico privato pervenute per la realizzazione e la gestione del Polo Strategico Nazionale*”.

²⁶⁸ Ai sensi dell’articolo 183, comma 15, “*l’amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata positivamente*”.

²⁶⁹ Si legge in particolare nel decreto DTD n. 47/2021-PNRR, con riferimento alla proposta presentata da Fastweb S.p.A. e Engineering S.p.A., che “*la proposta presentata da Fastweb S.p.A. ed Engineering S.p.A. - adeguata sotto il profilo economico, finanziario, giuridico e di governance - si caratterizza per non essere completa e innovativa sotto il profilo tecnologico. Anche a seguito delle modifiche richieste, la descrizione dell’offerta dei servizi cloud indicata nella proposta risulta, con specifico riferimento alle Hyperscalers local regions, carente di informazioni di dettaglio indispensabili per una valutazione sui potenziali rischi operativi legati all’implementazione dei servizi descritti, con possibili ricadute in termini di rischio di domanda. Per lo stesso motivo, la proposta in esame non offre sufficienti garanzie in ordine alla mitigazione dei rischi operativi legati al rapporto con i Cloud Service Provider, non fornendo sufficienti informazioni di dettaglio in merito all’accordo da siglare con i CSP ed alle relative tecnologie da adottare nell’ambito di tale accordo per offrire i livelli di controllo dell’infrastruttura, l’autonomia e la garanzia di sovranità sul dato richiesti per il PSN. Anche con riferimento al profilo essenziale della governance del PSN ed alla Società di Progetto che sarà costituita allo scopo dal Concessionario, la proposta, pur offrendo una descrizione generale della struttura societaria e delle divisioni funzionali e operative in cui sarà articolata, non fornisce alcuna indicazione di dettaglio in ordine alle strutture di supporto e controllo elencate e, quindi, non consente di valutare ex ante i rischi operativi legati alla gestione del PSN mediante detta società di progetto. Per quanto attiene agli aspetti di sicurezza, si rilevano analoghi profili di debolezza. La*

Con decreto n. 47/2021-PNRR, il DTD ha dunque ufficialmente dichiarato, ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016, la fattibilità della proposta presentata da TIM S.p.A., Leonardo S.p.A., CDP Equity S.p.A. e Sogei S.p.A., attribuendo al predetto RTI la qualifica di promotore nel prosieguo del procedimento²⁷⁰.

proposta, infatti, pur essendo molto completa dal punto di vista tecnico a seguito delle integrazioni richieste, appare focalizzata sugli aspetti di dettaglio implementativo, trascurando l'inquadramento nell'ambito del sistema Cyber nazionale. In questo senso, la citata assenza di informazioni relative alla concreta realizzazione delle partnership con i CSP per la costruzione delle local regions, contribuisce ad un quadro di soddisfacimento delle esigenze dell'amministrazione incompleto e parziale;" e, con riferimento alla proposta presentata da Almaviva S.p.A. e Aruba S.p.A., che "la proposta presentata dal R.T.I. tra Almaviva S.p.A. e Aruba S.p.A. si presenta sia incompleta e non innovativa sotto il profilo tecnologico sia inadeguata sotto il profilo economico e finanziario. La soluzione proposta, infatti, non contempla, tra i servizi che il PSN dovrà erogare, il servizio di hosting e, con riferimento al servizio di Cloud pubblico criptato, anche a seguito dei chiarimenti richiesti, prevede esclusivamente la fornitura del sistema di crittografia e gestione delle relative chiavi (sistema HSM), lasciando alle amministrazioni l'onere dell'autonoma acquisizione di soluzioni di Cloud Pubblico dai CSP. Il servizio offerto risulta in questo modo parziale e limitato, con un incremento significativo del rischio di domanda da parte del PA rispetto ad una soluzione in grado di offrire un servizio integrato end-to-end. In secondo luogo, anche con riferimento al profilo infrastrutturale, la proposta non offre, allo stato attuale, garanzie che il Proponente sia in grado di rispettare la tempistica prevista dal documento strategico sopra richiamato (Strategia Cloud Italia), ove è stabilito che a partire dalla fine del 2022 dovrà iniziare la migrazione delle PA verso il PSN da concludersi entro la fine del 2025, risultando attualmente ancora in fase di realizzazione quattro dei cinque Datacenter che andrebbero a costituire l'infrastruttura del PSN. La predetta proposta, inoltre, non offre sufficienti garanzie in ordine alla mitigazione dei rischi operativi legati al rapporto con i CSP, non essendo fornita alcuna informazione di dettaglio su come sarà assicurata l'autonomia tecnologica e i livelli di garanzia di sovranità sul dato richiesti per il PSN. Anche sotto il profilo della sicurezza, la proposta non appare sufficientemente robusta né dal punto di vista dei semplici aspetti tecnici, per i quali non vengono forniti riferimenti alla più recente normativa di settore, né dal punto di vista strategico, risultando assente un inquadramento dell'infrastruttura PSN nell'ambito dell'architettura Nazionale Cyber, come ridisegnata dai provvedimenti normativi degli ultimi anni. Su un piano delle valutazioni economiche, la soluzione proposta non soddisfa i requisiti minimi per permettere un corretto equilibrio economico-finanziario. Infatti, il TIR di progetto e il VAN mostrano valori elevati che indicano margini di extra redditività, non in linea con le Linee Guida ANAC n. 9 del 28 marzo 2018".

²⁷⁰ La valutazione di fattibilità ha trovato fondamento, in particolare, sui seguenti elementi "la proposta presentata dalla TIM S.p.A., Enterprise Market, in qualità di mandataria della costituenda ATI con CDP Equity S.p.A., Leonardo S.p.A., Sogei S.p.A. - adeguata sotto il profilo economico, finanziario, giuridico e di governance - si caratterizza per essere matura, completa e innovativa sotto il profilo tecnologico, presentando inoltre il vantaggio di una possibilità di attuazione estremamente rapida. Sia sotto il profilo tecnico che sotto quello della speditezza e dell'efficienza dell'attività amministrativa, la soluzione proposta soddisfa pienamente le esigenze espresse nel documento "Strategia cloud Italia" e può ritenersi massimamente rispondente all'obiettivo di dotare la PA di tecnologie e infrastrutture Cloud che possano beneficiare di elevate garanzie di affidabilità e resilienza, garantendo allo stesso tempo di preservare la massima sicurezza ed il controllo su dati e servizi strategici e, quindi, l'indipendenza e l'autonomia strategica del Paese. Il progetto di fattibilità presentato, propone una soluzione idonea a garantire la sufficiente autonomia da fornitori extra UE nella gestione e nel controllo di indirizzo del Polo Strategico Nazionale (PSN) e a garantire il controllo sui dati in conformità con la normativa in materia, nonché a rafforzare la possibilità della PA di negoziare adeguate condizioni contrattuali con i fornitori di servizi di Public Cloud. La descrizione dell'offerta dei servizi cloud indicata nella proposta risulta chiara, estesa e tecnologicamente adeguata alle esigenze delle amministrazioni. Sotto il profilo dell'autonomia strategica nazionale, la proposta offre una soluzione migliorativa rispetto ai modelli presi in considerazione dalla

Come si è avuto modo di vedere al Capitolo II che precede, la disciplina della finanza di progetto (sia ai sensi del d. lgs. n. 50/2016, applicabile *ratione temporis* alla procedura oggetto della presente analisi, sia nel “nuovo” Codice di cui al d. lgs. n. 36/2023) riserva al promotore un ruolo peculiare nella gara indetta sulla base della proposta dallo stesso presentata, attribuendogli, in particolare, un diritto di prelazione.

stessa Strategia Cloud Italia. La costituenda società di progetto per la gestione del PSN, grazie a specifici accordi con alcuni dei principali Cloud Service Provider, andrebbe ad operare direttamente, con personale proprio o dei propri Soci e presso i propri data center (collocati in Italia) sulle tecnologie di Public Cloud messe a disposizione dai CSP, in un ambiente dedicato e destinato esclusivamente all'erogazione dei servizi verso la PA, secondo il modello del Public Cloud PSN Managed (Managed Region). Tale modello, oltre alla separazione tra la parte Cloud dedicata e la componente Pubblica e alla gestione dell'intero stack tecnologico in Italia, consente la possibilità di erogazione dei servizi in modalità completamente disconnessa, a supporto di quelle applicazioni che, per ragioni di sicurezza, devono poter essere completamente isolate dagli accessi esterni. Il modello di servizio proposto si pone come livello intermedio tra il modello di Secure Public Cloud (che consente di utilizzare tutte le tecnologie e i servizi cloud dei CSP, conservando in capo al PSN esclusivamente la gestione delle chiavi di crittografia) ed il modello di Cloud Ibrido/Privato su licenza (che consente al PSN di erogare con personale proprio e con proprie infrastrutture fisiche soltanto un numero limitato di servizi di cloud ibrido tramite le tecnologie dei CSP). Si tratta, pertanto, di una soluzione migliorativa, in quanto consente di ottenere, da un lato, un maggior numero di servizi cloud con le tecnologie dei CSP ed una maggiore flessibilità nell'utilizzo di tali tecnologie e, dall'altro, maggiori garanzie di autonomia e di controllo sui dati rispetto al Secure Public Cloud, poiché prevede che la nuova società di progetto PSN gestisca e operi l'intero stack tecnologico, e non soltanto le chiavi crittografiche. Ulteriore punto di forza della proposta è costituito dalla precisa definizione del ruolo dei Cloud Service Providers. Prevedendo una partnership con alcuni dei principali CSP, la compagine del Proponente ha individuato soluzioni che permetteranno alla PA di accedere ai servizi di tali CSP erogati da "Region" dedicata al PSN, con separazione logico/fisica e gestione operata esclusivamente da personale del PSN. In questa prospettiva, la proposta fornisce informazioni di dettaglio sulla gestione e mitigazione dei rischi operativi legati all'accordo con i CSP. Sono indicati chiaramente quali saranno i CSP coinvolti e le relative tecnologie adottate all'interno di ognuna delle soluzioni proposte e come queste si integreranno tra di loro e nell'ottica PSN per la salvaguardia del dato. Inoltre risulta chiara e completa la descrizione della "Region" dedicata alla PA per l'offerta dei servizi di public cloud managed e secure public cloud. La proposta, infine, prevede l'offerta di servizi CERT/SOC e fornisce adeguati dettagli in merito all'erogazione del servizio e, quindi, la mitigazione dei rischi operativi legati alla gestione della sicurezza informatica. L'attenzione dedicata a questa importante componente e in generale a tutta la catena di strumenti e processi funzionali e operativi, atti a garantire le condizioni di sicurezza e protezione per l'infrastruttura, costituisce un importante valore aggiunto e dimostra l'importanza che la compagine del Proponente correttamente attribuisce agli aspetti di prevenzione e resilienza. In particolare, la completezza e dettaglio con i quali è stata scritta la proposta rivelano competenze ed esperienza, oltre ad esplicitare una conoscenza pratica e diretta, da parte delle Aziende coinvolte, delle complesse problematiche da affrontare nell'ottica del miglior perseguimento dell'interesse nazionale. Con riferimento all'aderenza del PSN alla disciplina relativa al perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, la proposta indica come saranno garantiti i requisiti previsti dal perimetro e per la sovranità digitale. In particolare, la proposta inquadra in maniera precisa e dettagliata il ruolo del nascente PSN all'interno dell'architettura nazionale Cyber, confermando che il costituendo raggruppamento ha studiato con attenzione la normativa di riferimento e compreso il contesto all'interno del quale la nascente società di progetto si dovrà collocare. La compagine appare consapevole del ruolo centrale che l'infrastruttura PSN assumerà nel panorama ICT della Pubblica Amministrazione Italiana e in grado di mettere in campo le necessarie capacità operative e realizzative per costruire uno degli asset fondamentali per il sistema paese per gli anni a venire”.

Nel caso della procedura per l'affidamento della realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale, dunque, al RTI costituendo tra TIM S.p.A., Leonardo S.p.A., CDP Equity S.p.A. e Sogei S.p.A. (d'ora in avanti il RTI TIM) è stato attribuito il diritto potestativo di essere *preferito* al concorrente – ove diverso dal RTI TIM stesso – che si fosse classificato primo in graduatoria nell'ambito della procedura di gara. Ciò, tuttavia, purché il RTI TIM si fosse impegnato – secondo la terminologia utilizzata dal d. lgs. n. 50/2016 e ripresa anche dal d. lgs. n. 36/2023 – “*ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario*”.

5.2. La gara: l'esercizio del diritto di prelazione da parte del proponente e le prime difficoltà operative

La gara per l'affidamento della realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale è stata indetta, sulla base della proposta presentata dal RTI TIM, con bando pubblicato il 4 febbraio 2022. Il valore stimato della concessione, per come indicato dal bando, era pari a 723.300.000,00 euro.

Il disciplinare di gara²⁷¹ prevedeva che l'aggiudicazione avvenisse sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa²⁷² (in linea con quanto prescritto dall'articolo 183, comma 4, del d. lgs. n. 50/2016). In particolare, erano previsti un massimo di 70 punti attribuibili per l'offerta tecnica – a fronte di miglioramenti apportati rispetto alla proposta posta a base di gara – e un massimo di 30 punti per l'offerta economica, attribuiti a seconda del ribasso offerto rispetto agli importi oggetto di proposta.

Alla procedura hanno partecipato solo due concorrenti: il RTI TIM e un raggruppamento temporaneo di imprese costituito tra Fastweb S.p.A. e Aruba S.p.A. (d'ora in avanti il RTI Fastweb).

²⁷¹ La documentazione di gara è reperibile al seguente *link*: <https://innovazione.gov.it/dipartimento/focus/polo-strategico-nazionale/>.

²⁷² L'articolo 95, comma 2, del d. lgs. n. 50/2016 identificava quale criterio ordinario per l'aggiudicazione delle procedure a evidenza pubblica quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

Una previsione di analogo tenore è contenuta anche nel Codice dei contratti pubblici attualmente vigente, di cui al d. lgs. n. 36/2023, e in particolare all'articolo 108.

All'esito della valutazione condotta dalla commissione di gara sui progetti presentati dai concorrenti, l'offerta tecnica presentata dal RTI TIM è stata valutata come migliore, ottenendo un punteggio pari a 68,68/70 punti, contro i 66,87/70 punti ottenuti dal RTI Fastweb.

In sede di apertura della busta "C", contenente l'offerta economica, tuttavia, il RTI Fastweb ha conseguito complessivamente 96,87 punti, superando il RTI TIM, cui venivano assegnati 86,06 punti.

In ragione del combinato disposto degli esiti dell'offerta tecnica e di quella economica, il RTI Fastweb è dunque stato dichiarato aggiudicatario della gara, avendo ottenuto un punteggio complessivamente superiore a quello ottenuto dal RTI TIM, ancorché inferiore con riguardo alla componente tecnica²⁷³.

Senonché, il RTI TIM, in virtù della sua qualifica di soggetto promotore, aveva come visto la possibilità di esercitare il diritto di prelazione ad esso riconosciuto dall'articolo 183, comma 15 del d. lgs. n. 50/2016. A tal fine, tuttavia, si sarebbe dovuto impegnare *“ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario”*.

Quanto accaduto successivamente assume rilevanza essenziale ai fini della presente analisi ed è particolarmente indicativo delle difficoltà operative che emergono nel concreto ricorso allo strumento della finanza di progetto per la realizzazione di progetti strategici complessi.

In data 8 luglio 2022, il Dipartimento per Trasformazione Digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri (d'ora in avanti il DTD) ha comunicato l'avvenuto esercizio della prelazione da parte del soggetto promotore²⁷⁴. Nella nota pubblicata sul proprio sito istituzionale, il DTD ha precisato che il RTI TIM si sarebbe avvalso del diritto di

²⁷³ L'aggiudicazione è stata comunicata sul sito del DTD; il comunicato stampa è reperibile al seguente link: <https://innovazione.gov.it/notizie/articoli/digitale-aggiudicata-la-gara-per-il-polo-strategico-nazionale/>.

²⁷⁴ Il comunicato è reperibile al seguente link: <https://innovazione.gov.it/notizie/comunicati-stampa/aggiornamenti-sulla-gara-europea-per-il-polo-strategico-nazionale/>.

prelazione *“impegnandosi ad adempiere le obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall’aggiudicatario”*²⁷⁵.

L’Amministrazione ha dunque disposto l’aggiudicazione della concessione in favore del RTI TIM.

Come si avrà modo di vedere approfonditamente *infra*²⁷⁶, tale aggiudicazione è stata impugnata dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R.) per il Lazio, Roma, dall’originario aggiudicatario, il RTI Fastweb.

Nel contesto di tale contenzioso, è emerso²⁷⁷ che, prima di comunicare formalmente al concedente la volontà di esercitare la prelazione e la conseguente disponibilità ad adempiere alle obbligazioni contrattuali *“alle medesime condizioni”* offerte dal RTI Fastweb, il RTI TIM aveva rivolto all’Amministrazione una richiesta di chiarimenti volta a comprendere le concrete modalità – e implicazioni – dell’esercizio di tale diritto.

A tale richiesta di chiarimenti, l’Amministrazione ha dato la seguente risposta:

“Nel ribadire il contenuto dell’art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50 del 2016 secondo cui: “se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell’aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall’aggiudicatario” si evidenzia che:

- si conferma il contenuto del disciplinare di gara ed in particolare il contenuto dell’Allegato 1 – “vademecum per il concorrente” contenente gli “elementi tecnici della proposta posta a confronto concorrenziale che possono essere modificati a condizione che le caratteristiche tecniche restino invariate”;

- eventuali soluzioni proprietarie, contenute nelle condizioni contrattuali offerte dall’aggiudicatario, potranno essere soddisfatte mediante soluzioni di carattere equivalente, nel rispetto dei principi di concorrenza e privativa”.

²⁷⁵ Con la conseguenza, stando alla lettera del comunicato in questione, che *“La realizzazione e la gestione del Polo Strategico sono conseguentemente da affidare all’operatore economico costituito dal raggruppamento Sogei S.p.A, Leonardo S.p.A, C.D.P Equity S.p.A e Tim S.p.A, in luogo dei precedenti aggiudicatari della gara, alla data del 23 giugno 2022, Aruba S.p.A. e Fastweb S.p.A.”.*

²⁷⁶ Cfr. par. 5.

²⁷⁷ Si v. in particolare la sentenza resa da Consiglio di Stato nel giudizio iscritto al n. R.G. 5099/2023, n. 9210 del 24 ottobre 2023. La sentenza sarà ampiamente esaminata nei successivi parr. 5.1. e 5.2.

In sostanza, l'Amministrazione ha chiarito – o, quantomeno, come si vedrà in seguito, questa è stata l'interpretazione che le Parti, incluso il DTD, hanno nei fatti attribuito alla risposta di cui sopra – che, ferma la necessità che il promotore si impegnasse a far propri gli elementi dell'offerta del RTI Fastweb, risultata la migliore, non sarebbe stato necessario replicare:

- gli aspetti di cui al “Vademecum del Concorrente”, Allegato 1 al bando di gara²⁷⁸, che individuava taluni elementi ritenuti non essenziali – e quindi liberamente modificabili dai concorrenti in sede di gara – ai fini della qualità tecnica dell'infrastruttura, al punto che tali elementi non erano neanche oggetto di valutazione per l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche²⁷⁹; e
- le condizioni contenute nell'offerta del RTI Fastweb che risultassero oggettivamente non replicabili, in quanto fondate su “*soluzioni proprietarie*” afferenti alla specifica realtà aziendale delle società costituenti tale RTI (*i.e.* Fastweb S.p.A. e Aruba S.p.A.), purché queste fossero sostituite da “*soluzioni di carattere equivalente*”.

Di qui, il primo importante spunto di riflessione che emerge dalla vicenda in esame.

²⁷⁸ La documentazione di gara, incluso il Vademecum del Concorrente, è reperibile al seguente *link*. <https://innovazione.gov.it/dipartimento/focus/polo-strategico-nazionale/>.

²⁷⁹ In particolare, il Vademecum del Concorrente, Allegato 1 al bando di gara, prevedeva che fossero liberamente modificabili, da parte dei concorrenti, i seguenti elementi della proposta del RTI TIM (posta, come visto, a base del confronto competitivo). Quanto precede, tuttavia, sull'assunto che “*le caratteristiche tecniche restino invariate*”:

- “*Comuni italiani in cui sono localizzati fisicamente i 4 data center (purché siano invariate le caratteristiche tecniche di sicurezza, quali ad esempio livello di rischio sismico e distanza dagli aeroporti - cfr. par. 5.1.1 Caratteristiche geografiche e topografiche e 5.1 Determinazione caratteristiche del macrosistema Data Center del progetto di fattibilità)*”;
- “*Nominativi degli Hyperscaler (o CSP) e relativi servizi cloud per la fornitura di servizi negli ambiti Public Cloud PSN Managed, Secure Public Cloud, Hybrid Cloud on PSN Site (purché restino invariate caratteristiche degli accordi che stabiliscono i rapporti con gli hyperscaler, caratteristiche tecniche dei servizi cloud offerti, il numero di hyperscaler pari ad almeno 3, massima indipendenza dal singolo CSP, nessun servizio è erogato in modalità esclusiva, ecc.). Si fa riferimento a tutti i documenti della proposta che contengono tali nominativi ivi incluso il listino prezzi*”;
- “*Certificazioni relative ai data center di livello equipollente o superiore a quelli indicati nella proposta (es. Uptime Institute Tier IV - cfr. 5.1 Determinazione caratteristiche del macrosistema Data Center del progetto di fattibilità)*”;
- “*Certificazioni delle risorse professionali equipollenti o superiori a quelle indicati nella proposta (cfr. par. 1.8 Certificazioni del personale del progetto di fattibilità) in coerenza con i nominativi degli hyperscaler offerti dal concorrente*”.

Tralasciando, per il momento, il tema degli aspetti tecnici contenuti nel Vademecum del Concorrente, è bene soffermarsi sulle soluzioni proprietarie oggettivamente non replicabili.

Come visto, la normativa in materia di finanza di progetto – e ciò vale sia per il previgente Codice dei contratti pubblici del 2016, sia per l’attuale d. lgs. n. 36/2023 – si limita a prevedere che il promotore che eserciti la prelazione debba far proprie le “*medesime*” condizioni offerte dall’originario aggiudicatario.

L’interpretazione del concetto di “*medesime*” è stata oggetto di discussione nel contenzioso sviluppatosi a partire dall’aggiudicazione della gara in favore del RTI TIM e ha avuto un ruolo determinante (finanche *assorbente*, come si vedrà meglio in seguito) nella definizione dello stesso da parte del Consiglio di Stato.

In astratto, il termine “*medesime*” potrebbe – ove si volesse privilegiare un’interpretazione formalistica, ancorata al dato letterale – intendersi quale sinonimo di “*coincidenti*” o persino “*identiche*”.

D’altra parte, il legislatore – nell’attribuire il diritto di prelazione al soggetto promotore – ha inteso garantire, quale *contrappeso* a tale elemento di distorsione delle ordinarie dinamiche concorrenziali, che a trovare esecuzione fosse pur sempre l’offerta giudicata migliore (e quindi maggiormente corrispondente all’interesse pubblico) in gara²⁸⁰.

Se questa è la *ratio* della previsione in commento, vi è da domandarsi – e il caso del PSN fa sorgere tale interrogativo – se l’interesse pubblico all’esecuzione dell’offerta “migliore” implichi necessariamente, e in ogni caso, che il promotore faccia proprie le *identiche* condizioni offerte dall’originario aggiudicatario.

Una riflessione in tal senso si impone alla luce del fatto che, in taluni casi, il recepimento dell’offerta dell’originario aggiudicatario potrebbe essere, quantomeno in parte, materialmente (*rectius* tecnicamente) impossibile.

Si pensi al caso in cui il concorrente aggiudicatario abbia fondato taluni elementi della propria offerta su, ad esempio, tecnologie protette da diritti di proprietà intellettuale o, comunque, messe a punto in un contesto organizzativo aziendale che non si rinvenga,

²⁸⁰ Sul punto, si v. ampiamente *supra*, il Capitolo II.

identico, nel proponente. Si pensi ancora al caso in cui presupposto essenziale di un determinato elemento dell'offerta tecnica sia un rapporto contrattuale in essere tra il concorrente e un soggetto terzo (e.g. il caso in cui il concorrente sia in grado di offrire alla stazione appaltante una certa prestazione a certe condizioni facendo leva sul rapporto già in essere con determinati propri fornitori).

All'impossibilità oggettiva dipendente da ragioni strettamente tecniche, si aggiunge poi un'ulteriore ipotesi, correlata alle tempistiche che la legge prevede per l'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore.

Ed infatti, a fronte della comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione (provvisoria) in favore di un diverso concorrente, il promotore deve dichiarare se intende esercitare la prelazione – alle condizioni di legge, e dunque facendo proprie le “*medesimo*” condizioni offerte dall'aggiudicatario – entro il termine di quindici giorni.

Trattasi, come è evidente, di un termine che potrebbe non consentire al promotore, pur intenzionato ad esercitare la prelazione, di predisporre mezzi e risorse idonei a garantire l'assoluta identità con le soluzioni offerte dall'aggiudicatario.

Ne conseguirebbe che, in tutti i casi esemplificativamente menzionati sopra, ove il promotore fosse chiamato ad esercitare la prelazione impegnandosi a far proprie condizioni in tutto e per tutto identiche a quelle offerte dall'aggiudicatario, di fatto l'esercizio di tale diritto sarebbe impossibile (e dunque nei fatti precluso).

Così ragionando, tuttavia, si rischia di rendere la finanza di progetto uno strumento difficilmente utilizzabile, quantomeno per tutti quei progetti caratterizzati da una particolare complessità tecnica e, soprattutto, tecnologica. Si tratterebbe di un risultato paradossale, considerando che tale strumento – e, più in generale, il partenariato pubblico-privato – ben si attaglia proprio alla realizzazione di progetti la cui complessità è spesso espressione di elevata strategicità (come nel caso del PSN).

Non solo: se si perseguisse l'approccio della necessaria “*identità*” tra le soluzioni offerte dall'originario aggiudicatario e quelle che il promotore è tenuto a far proprie per poter esercitare la prelazione, si finirebbe per attribuire ai concorrenti, diversi dal promotore, uno strumento per (troppo) agevolmente *neutralizzare* il diritto di prelazione spettante a quest'ultimo.

Basterebbe, infatti, inserire nell’offerta – anche solo strumentalmente – un elemento tecnicamente non replicabile (o comunque difficilmente replicabile nel termine di quindici giorni assegnato *ex lege*) per *esautorare* di fatto il promotore della posizione di vantaggio che il legislatore ha inteso assegnargli. Il che, inevitabilmente, contrasterebbe con la *ratio* della stessa attribuzione di tale diritto di prelazione al promotore, funzionale a incentivare privati in possesso di adeguate capacità tecnico-operative a elaborare progetti di pubblico interesse, facendosi carico – in tutto o in parte – del relativo onere finanziario²⁸¹.

In quest’ottica, in alternativa all’interpretazione sin qui prospettata, il concetto di “*medesime condizioni*” contenuto nell’articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023 potrebbe interpretarsi come “condizioni tecnicamente equivalenti”, anche se non necessariamente identiche.

È proprio questo – come confermato dalle argomentazioni spese nel contenzioso che ha riguardato la procedura in esame, su cui si veda diffusamente *infra* – il ragionamento che ha indotto l’Amministrazione a ritenere che, nell’esercitare il diritto di prelazione, il RTI TIM potesse sostituire le soluzioni proprietarie offerte in gara dal RTI Fastweb con “*soluzioni di carattere equivalente*”.

In data 7 luglio 2022, il RTI TIM ha dunque esercitato il diritto di prelazione. Nella relativa comunicazione trasmessa alla stazione appaltante, il proponente – conformemente al disposto di cui all’articolo 183 del Codice *pro tempore* vigente – ha dichiarato di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali “*alle medesime condizioni offerte dall’aggiudicatario*”.

In data 24 agosto 2024 – e nonostante il contenzioso *medio tempore* avviato dal RTI Fastweb, di cui si dirà *infra* – Polo Strategico Nazionale (PSN) S.p.A., in qualità di società di progetto costituita dai componenti del (disciolto) RTI TIM, e il Dipartimento per la Trasformazione Digitale presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nella veste di concedente, hanno sottoscritto la convenzione volta a disciplinare l’affidamento in concessione, a PSN S.p.A., della progettazione, realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale.

²⁸¹ Per l’analisi dell’istituto della prelazione, della sua evoluzione e della sua *ratio*, si rinvia al Capitolo II.

5.3. Focus: la convenzione per il PSN a confronto con i contratti CONSIP in materia di servizi *cloud*

Come sin qui illustrato, per la realizzazione di un progetto tanto complesso e tecnicamente avanzato come il Polo Strategico Nazionale, il Governo della pandemia ha scelto di ricorrere allo strumento del partenariato pubblico-privato.

Che tale progetto abbia visto la luce proprio nel contesto post-pandemico, come visto *supra*, non è un caso: lo slancio verso la ripresa, in uno con l'obiettivo di "cogliere l'attimo" degli strumenti di finanziamento messi a disposizione dall'Unione Europea nel contesto del dispositivo per la ripresa e resilienza, hanno certamente comportato una netta accelerazione nel processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione italiana.

Come pure visto sopra, l'obiettivo di operare una "trasformazione digitale" dell'apparato pubblico, statale e locale, era tuttavia presente nelle agende politiche da prima che la pandemia giungesse a minacciare la stabilità economico-sociale del Paese²⁸² e alcuni passi in tal senso erano già stati compiuti.

Emblematici in tale ottica sono i contratti quadro aggiudicati da Consip S.p.A.²⁸³ – e aperti all'adesione delle pubbliche amministrazioni interessate – aventi per oggetto la fornitura di servizi *cloud* (e/o di migrazione a sistemi *cloud*). Tali contratti, i primi dei quali sono stati affidati sin da alcuni anni prima dello scoppio della pandemia, hanno assunto la forma dell'appalto pubblico di servizi e (più raramente) forniture.

Perché, allora, per la realizzazione del Polo Strategico Nazionale, si è scelto di abbandonare la strada dell'appalto a favore del partenariato pubblico-privato?

Nel mettere la convenzione di concessione relativa al PSN a confronto proprio con i contratti (di appalto) quadro aggiudicati da Consip, si ottiene una dimostrazione pratica

²⁸² Con specifico riferimento al *cloud*, basti pensare che, come visto sopra, il ricorso a tale tipo di tecnologia da parte della P.A. era già previsto, in termini programmatici, dal Piano Triennale AGID 2017-2019. Al successivo Piano Triennale 2019-2021 si deve poi la codificazione del principio del "*cloud first*" come guida della transizione digitale delle amministrazioni. Sempre sulla scorta delle previsioni del Piano Triennale 2019-2021 ha poi preso avvio il censimento, condotto da parte di AGID, dei *data center* pubblici in uso al tempo. Per maggiori dettagli, si rinvia *supra*.

²⁸³ Consip S.p.A., società interamente partecipata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, è la centrale di acquisti nazionale e offre strumenti e soluzioni di e-procurement per la digitalizzazione degli acquisti di amministrazioni e imprese. Per ulteriori informazioni, si rinvia al sito *web* ufficiale di Consip S.p.A. <https://www.consip.it/azienda/chi-siamo>.

delle differenze tra i due istituti dell'appalto e del partenariato pubblico-privato, nonché dei vantaggi che il secondo presenta rispetto al primo.

Si pensi, anzitutto, all'oggetto.

La convenzione che regola la realizzazione e gestione del PSN ha per oggetto:

- (a) la progettazione, realizzazione, messa a disposizione e ammodernamento quinquennale, da parte del concessionario, *“di un'infrastruttura appositamente progettata, predisposta ed allestita ad alta affidabilità, localizzata sul territorio nazionale, con caratteristiche adeguate ad ospitare la migrazione delle infrastrutture, delle applicazioni e dei dati frutto della razionalizzazione e del consolidamento dei Centri di elaborazione Dati e dei relativi sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 33 septies del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, come modificato dall'art. 35 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76, nonché come ulteriormente modificato dall'art. 7, d.l. 6 novembre 2021, n. 152, ed a ricevere la migrazione dei detti dati”*²⁸⁴; nonché
- (b) la prestazione, in favore delle amministrazioni che decidano di migrare i propri dati e applicativi informatici al PSN (che la convenzione definisce “amministrazioni utenti”), di un vastissimo catalogo di servizi *cloud*, come meglio dettagliati negli allegati alla convenzione, che spaziano da servizi Infrastrutturali (IaaS, PaaS, BaaS, CaaS), servizi di gestione della sicurezza, servizi di *disaster recovery* e *business continuity* fino a servizi professionali di supporto e assistenza in favore delle amministrazioni utenti²⁸⁵.

²⁸⁴ Cfr: Articolo 4 (*Oggetto*), comma 1, della convenzione di concessione.

²⁸⁵ Ai sensi dell'Articolo 4 (*Oggetto*), comma 1, della convenzione di concessione, il catalogo di servizi offerti alle amministrazioni utenti include, a titolo esemplificativo e non esaustivo, “[1] i “*Servizi Core*” quali i servizi di (A) *housing*, (B) *Hosting*, (C) *IaaS Private*, *IaaS Shared*, e (D) *gli altri servizi di IaaS e Cloud, congiuntamente ai servizi principali di IaaS (Private e Shared)*; il Concessionario offrirà alle Amministrazioni Utenti una serie di servizi IaaS e Cloud specifici e/o complementari, e in particolare (i) *Platform as a Service (PaaS)*, (ii) *Containers-as-a-Service (CaaS)*, (iii) *Disaster Recovery per IaaS e Cloud*, (E) *Hybrid Cloud on PSN Site*, (F) *Public Cloud PSN Managed*, (G) *Secure Public Cloud*, (H) *PaaS Industry*, (I) *Migrazione* [2] i “*servizi no Core*”, quali (A) *Business & Culture enablement*, (B) *Servizi professionali*, (C) *Replatform e Rearchitect*, (D) *IT infrastructure - service operations*”.

Una volta progettata e allestita l'infrastruttura, i servizi concretamente prestati nei confronti delle singole amministrazioni utenti che decidono di migrare al PSN sono individuati e puntualmente disciplinati, quanto alle relative modalità esecutive, da contratti di utenza stipulati dal concessionario con l'amministrazione utente di volta in volta interessata, tenendo conto delle esigenze specifiche e del livello di sensibilità dei dati conferiti nell'infrastruttura.

In altri termini, la concessione relativa al PSN dà vita a un ecosistema digitale autosufficiente, nell'ambito del quale un unico operatore economico è in grado di offrire alle amministrazioni che effettuano la migrazione un ventaglio di soluzioni e servizi che coprono l'intera "catena del valore" *cloud*: dalla progettazione e realizzazione dell'infrastruttura, alla relativa manutenzione e aggiornamento tecnologico, all'assistenza alla migrazione, alla prestazione dei servizi di conservazione e gestione dei dati e degli applicativi conferiti nella "nuvola".

L'oggetto dei contratti affidati da Consip, singolarmente considerati, è invece decisamente più ristretto e frammentato.

Dal 2020 ad oggi, Consip ha indetto gare per l'affidamento di, *inter alia*: servizi *cloud* IaaS e PaaS in un modello di erogazione pubblico e prestazione di servizi connessi, servizi professionali di supporto all'adozione del *cloud*, servizi professionali tecnici per le Pubbliche Amministrazioni, suddivisa in undici lotti²⁸⁶; un accordo quadro finalizzato alla fornitura di prodotti *cloud* in modalità *Software as a Service* nell'ambito di IT Service Management, IT Governance, IT Operations e IT Contract Management²⁸⁷; servizi applicativi in ottica *cloud* e servizi di *demand* e PMO per le pubbliche amministrazioni²⁸⁸; servizi di *cloud computing*, di sicurezza, di realizzazione di portali e servizi online e di cooperazione applicativa per le pubbliche amministrazioni²⁸⁹; un accordo quadro avente ad oggetto la fornitura di un "Catalogo di prodotti SaaS nell'ambito della produttività individuale e collaboration (PRINCO) per le Pubbliche Amministrazioni"²⁹⁰; un accordo

²⁸⁶ <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/aq-public-cloud-iaas-e-paas>

²⁸⁷ <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/gara-public-cloud-saas-it-service-management>

²⁸⁸ <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/gara-servizi-applicativi-in-ottica-cloud-e-pmo>

²⁸⁹ <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/gara-cloud-e-cooperazione-applicativa>

²⁹⁰ <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/aq-public-cloud-saas-produttivit-individuale-e-collaboration>

quadro con più operatori economici per la definizione di un catalogo elettronico per prodotti *cloud* in modalità SAAS nell'ambito della gestione documentale²⁹¹.

Come si può agevolmente notare, i singoli contratti Consip, a seconda dei casi, hanno a oggetto un ventaglio limitato di servizi *cloud*, prevedono la prestazione di servizi solo con determinate modalità e/o sono volti a soddisfare le esigenze di specifiche categorie di pubbliche amministrazioni. In tutti i casi, poi, la prestazione dei servizi avviene tramite infrastrutture preesistenti rispetto al contratto.

Sebbene l'oggetto dei singoli contratti Consip si sovrapponga, di volta in volta, a un "segmento" di quello della convenzione relativa al PSN, (solo) quest'ultima si pone l'obiettivo di offrire alle amministrazioni utenti un pacchetto unitario e completo di servizi (da selezionare da un apposito catalogo), in grado di soddisfare tutte le esigenze di trattamento e conservazione di dati e applicativi con caratteristiche e livelli di sensibilità diversi. Non solo: la progettazione e allestimento dell'infrastruttura (unica e facente capo a un medesimo soggetto e localizzata sul territorio nazionale) sono anch'essi parte della complessiva operazione contrattuale sottesa alla convenzione; è il concessionario, e dunque il medesimo prestatore di servizi, a gestire, mantenere e periodicamente aggiornare, secondo i criteri previsti dalla convenzione, il Polo Strategico Nazionale. Con il che, viene garantita la massima interoperabilità tra i dati facenti capo alle diverse amministrazioni, oltre che un più elevato livello di affidabilità e sicurezza.

Per la realizzazione di un tanto imponente progetto, il partenariato pubblico-privato – rispetto all'alternativa, comunque astrattamente percorribile, del ricorso allo strumento dell'appalto di lavori e/o servizi – presentava, come visto *supra* in termini generali, un fondamentale vantaggio, soprattutto se nella forma del PPP ad iniziativa privata: il coinvolgimento (finanziario e tecnico-professionale) di soggetti privati sin dalla fase di progettazione dell'infrastruttura e individuazione del catalogo di servizi da offrire alle amministrazioni utenti.

Viene allora in rilievo un'altra fondamentale differenza tra la convenzione di concessione relativa al PSN e i contratti aggiudicati da Consip per la prestazione di servizi *cloud* in favore delle pubbliche amministrazioni.

²⁹¹ <https://www.consip.it/bandi-di-gara/gare-e-avvisi/public-cloud-saas-gestione-documentale-ed1>

Nel caso dei contratti Consip, ad essere messo a gara è un insieme di servizi predeterminati dalla stazione appaltante quanto al loro contenuto, alle modalità di prestazione e ai requisiti a tal fine necessari.

In tali casi, è stata dunque l'amministrazione (*rectius* Consip per conto delle amministrazioni interessate) a “disegnare” il progetto che si intendeva realizzare tramite l'affidamento del contratto, per poi consegnarlo per l'esecuzione al miglior offerente. Lo spazio lasciato alle conoscenze tecniche dei privati è allora minimo: gli operatori economici che accettino le condizioni e rispettino i requisiti previsti dal bando possono chiedere di essere ammessi a partecipare alla procedura di selezione presentando un'offerta.

Nel caso del PSN, il ricorso allo strumento dell'appalto “tipo Consip” avrebbe dunque implicato la necessità per il DTD, anzitutto, di predisporre il progetto (quantomeno preliminare) dell'infrastruttura, la cui realizzazione sarebbe poi stata messa a gara. Ciò non solo avrebbe rischiato di essere praticamente impossibile, dato l'elevato livello di complessità tecnica del progetto, per il quale è difficile ipotizzare la presenza di professionalità adeguate nei ranghi del DTD stesso (e allora si sarebbe dovuta esternalizzare anche la fase di progettazione), ma – in ogni caso – avrebbe implicato un rilevante esborso di risorse pubbliche: in termini di tempo e personale del DTD dedicato alla progettazione o, nel caso di esternalizzazione, in termini di risorse economiche necessarie a remunerare i progettisti incaricati.

Non solo: una volta affidata in appalto la realizzazione dell'infrastruttura, tale attività avrebbe dovuto essere remunerata tramite il pagamento del prezzo determinato sulla base dell'offerta (economica) presentata in gara da parte del concorrente risultato aggiudicatario. Se, poi, solo poche amministrazioni – o, astrattamente, anche nessuna – si fossero determinate a migrare all'infrastruttura così realizzata, le risorse (pubbliche) investite per la sua realizzazione sarebbero state sprecate.

Nel caso del Polo Strategico Nazionale, invece, il ricorso al partenariato pubblico-privato e, in particolare, al modello della finanza di progetto, ha fatto sì che fosse un soggetto privato (il RTI proponente) a predisporre, a propria cura e spese, un progetto dettagliato dell'infrastruttura da realizzare e dei servizi che, tramite tale infrastruttura, si sarebbero potuti offrire alle pubbliche amministrazioni utenti. Il progetto è così stato

predisposto non solo sfruttando le competenze tecniche di operatori industriali specializzati, ma senza alcun esborso da parte della pubblica amministrazione, che si è limitata a ricevere e esaminare la proposta, ad approvare il progetto e, conseguentemente, a porlo a base di gara.

Anche l'investimento per la concreta realizzazione dell'infrastruttura, una volta aggiudicata la gara, è stato a esclusivo carico del concessionario.

Di qui il tema della ripartizione dei rischi, fondamentale elemento discrezionale, come visto *supra*, tra contratti di appalto e di concessione²⁹².

A tale tematica la convenzione di concessione relativa al PSN dedica una specifica disposizione, che racchiude in sé l'essenza dell'intera operazione contrattuale. In particolare, ai sensi dell'articolo 9 della convenzione²⁹³, il concessionario assume:

²⁹² Per un'analisi generale delle differenze tra il partenariato pubblico-privato e il modello tipico del contratto di appalto, si rinvia al Capitolo I.

²⁹³ **Articolo 9**

RISCHI ASSUNTI DAL CONCESSIONARIO

1. Il Concessionario assume su di sé i seguenti rischi, costituiti, in specifico, da:

a. rischio di domanda, in relazione:

(i) al numero di Amministrazioni Utenti che decideranno di migrare e che perfezioneranno il processo di Migrazione;

(ii) alla quantità e tipologia di Servizi che le Amministrazioni Utenti, che hanno perfezionato la Migrazione richiederanno, mediante la sottoscrizione dei Contratti;

trovando applicazione quanto previsto al successivo art. 11, comma 5²⁹³;

b. rischio di disponibilità, relativo alla costante disponibilità degli impianti e dotazioni tecnologiche infrastrutturali dei Data Center, secondo i requisiti ed i LS stabiliti nel Capitolato Servizi. In particolare, il rischio si concretizza in relazione alla possibilità di aumento dei costi di gestione e manutenzione degli impianti e dotazioni tecnologiche infrastrutturali dei Data Center e delle componenti edili ad essi relativi, compresa la loro eventuale sostituzione, e, in generale, dei costi necessari a garantire i LS del Servizio, sotto il profilo della gestione e del personale utilizzato, (a tal proposito si richiamano le migliori degli indicatori di qualità riportate nell'Allegato H alla presente Convenzione).

c. rischio di gestione, legato ad una errata valutazione, da parte del Concessionario, dei prezzi praticati per i Servizi nonché all'incremento dei costi di fornitura dei Servizi medesimi;

d. rischi di investimento, legati all'approvvigionamento delle componenti degli impianti e dotazioni tecnologiche infrastrutturali dei Data Center, funzionali alla fornitura del Servizio;

e. rischio di finanziamento della Concessione, ovvero sia di mancato reperimento delle risorse di finanziamento a copertura dei costi e nei tempi prestabiliti ai sensi dell'articolo 180, comma 7, [del d. lgs. n. 50/2016 n.d.r.] (a tal proposito si richiama quanto contenuto negli Allegati B e G alla presente Convenzione);

f. rischio di progettazione, predisposizione e allestimento, in relazione alle variabili tecnologiche e operative;

il tutto nei termini specificati nella Matrice dei rischi, allegata alla Convenzione (Allegato G).

- il rischio di domanda, correlato al numero di amministrazioni utenti che decidano, effettivamente, di migrare al PSN e alla quantità di servizi che tali amministrazioni utenti potranno richiedere;
- il rischio di disponibilità, relativo alla costante disponibilità degli impianti e delle dotazioni tecnologiche infrastrutturali dei Data Center;
- il rischio di gestione, legato ad una erronea valutazione dei prezzi dei servizi praticati o all'incremento dei prezzi di approvvigionamento funzionali all'erogazione dei servizi;
- il rischio correlato all'investimento necessario ad approvvigionarsi delle componenti degli impianti e delle altre dotazioni tecnologiche necessarie all'erogazione dei servizi;
- il rischio di mancato reperimento di risorse di finanziamento;
- il rischio di progettazione, predisposizione e allestimento dell'infrastruttura.

Dunque, nel caso del PSN, da un lato, come detto, l'investimento per la progettazione e la realizzazione dell'infrastruttura è stato interamente a carico del concessionario (articolo 9, comma 1, lett. f) della convenzione di concessione); dall'altro, il concessionario ha assunto – *inter alia* – anche il rischio di domanda (articolo 9, comma 1, lett. a) della convenzione di concessione), di disponibilità (articolo 9, comma 1, lett. b) della convenzione di concessione) e di gestione (articolo 9, comma 1, lett. c) della convenzione di concessione). Ciò significa che il concedente, oltre a non aver sostenuto, neppure in parte, i costi di realizzazione del PSN, neppure garantisce al concessionario un determinato livello di entrate minime per il periodo di durata della concessione: se le amministrazioni che migreranno al Polo Strategico Nazionale saranno meno o acquisteranno meno servizi rispetto a quanto stimato nel piano economico-finanziario (PEF) allegato alla convenzione di concessione, il concessionario potrebbe non riuscire a remunerare l'investimento ai livelli sperati. In ogni caso, la parte pubblica resta tutelata²⁹⁴.

²⁹⁴ Resta naturalmente ferma la possibilità per il concessionario, nel caso di alterazione dei parametri di equilibrio economico-finanziario posti a base della concessione, di accedere alla procedura di c.d. riequilibrio, alle condizioni contrattualmente previste.

Alla luce del confronto sin qui operato tra i contratti Consip in materia di servizi *cloud* e la convenzione per la realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale, sono chiari i vantaggi che hanno indotto il Governo ad affidarsi allo strumento del partenariato pubblico-privato la realizzazione di un progetto tanto complesso strategico per la ripresa e lo sviluppo del Paese.

Fermo quanto precede, quanto si illustrerà nei paragrafi a seguire metterà in evidenza i limiti e le insidie che possono incontrarsi nell'applicazione pratica di uno strumento che, sulla carta, parrebbe presentare solo punti di forza e nessuna debolezza.

5.4. Il contenzioso: i motivi di ricorso avanzati dal RTI Fastweb e la sentenza di primo grado

Come si è anticipato nei paragrafi che precedono, l'aggiudicazione della gara per la realizzazione e gestione del PSN disposta in favore del proponente RTI TIM è stata impugnata dall'originario aggiudicatario (il RTI Fastweb) con ricorso depositato dinanzi al Tribunale Amministrativo (T.A.R.) per il Lazio, sede di Roma, in data 2 luglio 2022.

Con tale ricorso, il RTI Fastweb ha chiesto l'annullamento – tra l'altro – della determina di aggiudicazione della gara in favore del RTI TIM, adottata da Difesa Servizi

La convenzione relativa al Polo Strategico Nazionale disciplina il riequilibrio del PEF all'articolo 11 (*Revisione del PEF*), ai sensi del quale:

“2. Le Parti prendono atto che l'Equilibrio Economico-Finanziario è espresso, in particolare, dai seguenti Indicatori di Equilibrio, valutati congiuntamente, contenuti nel PEF contrattuale:

a. TIR di Progetto, al netto delle imposte, pari a 5,1% (cinquevirgolauno per cento);

b. DSCR minimo, almeno pari a 1,4 (unovirgolaquattro).

3. Qualora si riscontri una Variazione dell'Equilibrio, nel rispetto di quanto disposto dalla normativa in materia e ferma restando la permanenza dei rischi allocati in capo al Concessionario, le Parti convengono di procedere alla Revisione del PEF contrattuale e della Convenzione, sempreché la Variazione dell'Equilibrio sia determinata da eventi non imputabili al Concessionario.

4. Rientrano tra tali eventi solo le seguenti fattispecie:

a. eventi di Forza Maggiore;

b. l'inadempimento o il ritardato adempimento da parte del Concedente e/o dell'Amministrazione Utente, ovvero la variazione della durata della Concessione non imputabile al Concessionario o la variazione del rischio di credito delle Amministrazioni Utenti conseguente al ritardato o mancato pagamento dei corrispettivi dei Servizi da parte delle stesse;

c. l'entrata in vigore di norme legislative e regolamentari che incidano sui termini e sulle condizioni di progettazione, predisposizione ed ammodernamento quinquennale dell'Infrastruttura nonché di prestazione dei Servizi, con particolare riferimento ai relativi costi e tempi, tali da determinare una variazione negativa del TIR del progetto superiore allo 0,17% (zerovirgoladiciassette per cento) o la riduzione DSCR minimo ad un livello inferiore a 1.3 X (unovirgolatre) (a tal proposito, si rinvia a quanto riportato nell'Allegato B e la voce “mutamenti imposti ex lege” dell'Allegato G)”.

S.p.A. (n. 15/2022), e della nota del RTI TIM del 7 luglio 2022 di esercizio del diritto di prelazione, nonché richiesto (i) l'accertamento del diritto di conseguire l'aggiudicazione; (ii) la declaratoria di inefficacia della convenzione di concessione *medio tempore* stipulata (e il conseguente subentro del RTI Fastweb nel predetto contratto); e (iii) in ogni caso, la condanna dell'amministrazione resistente all'integrale risarcimento del danno, consistente in particolare nel mancato utile e nel danno curriculare.

I motivi su cui il RTI Fastweb ha fondato il ricorso (come successivamente integrato da plurimi atti di motivi aggiunti), vari e numerosi, possono essere raggruppati in tre categorie:

- a) con un primo “gruppo” di motivi, il RTI Fastweb ha, anzitutto, contestato – a monte – la “nomina” del RTI TIM quale promotore ai sensi dell'articolo 183 del d. lgs. n. 50/2016 e il conseguente riconoscimento a favore di quest'ultimo del diritto di prelazione nella gara per l'aggiudicazione del contratto per la realizzazione e gestione del PSN;
- b) con un secondo “gruppo” di motivi, il RTI Fastweb ha rilevato l'asserita inammissibilità dell'offerta presentata dal RTI TIM nell'ambito della gara per la realizzazione e gestione del PSN;
- c) con un terzo “gruppo” di motivi, il RTI Fastweb ha, infine, addotto asseriti vizi inerenti all'esercizio del diritto di prelazione da parte del RTI TIM e inficianti, pertanto, anche la conseguente aggiudicazione²⁹⁵²⁹⁶.

²⁹⁵ I motivi di ricorso e, più in generale, le argomentazioni spese dalle parti nel corso del giudizio sono esplicitati nelle pronunce rese nei diversi gradi di giudizio e nelle diverse sedi giudiziarie interessate dalla vicenda in esame. Per quanto riguarda il contenzioso avviato in sede amministrativa, le pronunce rese dal T.A.R. Lazio – Roma e, come si avrà modo di vedere nel prosieguo, anche da parte del Consiglio di Stato, sono disponibili sul sito <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

²⁹⁶ Pur non essendo rilevante ai fini dei temi che si intendono affrontare in questa sede, giova, per completezza espositiva, evidenziare che, a fronte del ricorso principale del RTI Fastweb, il RTI TIM ha presentato un ricorso incidentale volto a impugnare gli atti adottati da Difesa Servizi S.p.A., in qualità di stazione appaltante, nella misura in cui avevano disposto l'aggiudicazione (iniziale) della gara per la realizzazione e gestione del PSN a favore del RTI Fastweb, anziché disporre l'esclusione del medesimo dalla procedura.

In particolare, nel proprio ricorso incidentale, il RTI TIM ha sostenuto che l'offerta presentata dall'avversario RTI Fastweb era inammissibile per i seguenti motivi:

- a) discrasia tra i ricavi indicati dal RTI Fastweb nel PEF – allegato all'offerta – e quelli risultanti dal listino prezzi, parimenti prodotto in allegato all'offerta, volto a indicare lo sconto percentuale offerto sui singoli servizi da prestare alle amministrazioni utenti rispetto ai prezzi posti a base di gara (come indicati dal RTI TIM in sede di proposta). Nella prospettazione del

Nel prosieguo, si intende focalizzare l'attenzione su quest'ultimo "gruppo" di motivi avanzati dal RTI Fastweb (quello relativo alle modalità di esercizio del diritto di prelazione da parte del RTI TIM), che è il più interessante ai fini dell'analisi giuridica circa il concreto utilizzo del PPP e, in particolare, della finanza di progetto, che in questa sede si sta svolgendo.

Secondo la prospettazione del RTI ricorrente, il RTI TIM avrebbe esercitato la prelazione con riserva. Questa circostanza sarebbe evincibile: (i) dalla richiesta di chiarimenti ai fini dell'esercizio della prelazione avanzata dal RTI TIM prima di esercitare concretamente tale diritto, nella quale il promotore avrebbe dichiarato che l'offerta del RTI Fastweb sarebbe stata non replicabile sotto più profili; (ii) dalle affermazioni dei difensori di TIM nella camera di consiglio del 2 agosto 2022, atteso che i predetti difensori avrebbero precisato che i dubbi espressi circa la non replicabilità dell'offerta del RTI Fastweb sarebbero stati superati in ragione dei chiarimenti resi sul punto dalla stazione appaltante, la quale avrebbe autorizzato il RTI TIM a eseguire il contratto a condizioni parzialmente diverse da quelle offerte dall'originario aggiudicatario; (iii) dalla conferma resa sul punto dalla difesa erariale.

Il RTI Fastweb ha dunque sostenuto che l'atto di esercizio della prelazione da parte del RTI TIM sarebbe stato inammissibile, in quanto l'operatore avrebbe esercitato la prelazione con l'intento non di "*adempiere alle prestazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario*", come richiesto dalle norme applicabili, ma di eseguire, in realtà, un progetto diverso da quello risultato originariamente aggiudicatario della procedura, in violazione dell'articolo 183, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016.

RTI TIM, tale discrasia avrebbe comportato la violazione degli artt. 17, 18 e 20 del disciplinare di gara, come interpretati anche a fronte del chiarimento fornito in sede di gara da Difesa Servizi S.p.A. n. 1.30;

- b) l'asserita indicazione nella relazione tecnica del RTI Fastweb (costituente elemento essenziale dell'offerta tecnica prodotta in gara) di plurimi elementi di carattere prettamente economico, con conseguente violazione dell'art. 12 del disciplinare di gara, oltre che dell'art. 30 del d. lgs. n. 50 del 2016 e del principio di separazione tra offerta economica e tecnica;
- c) la previsione, nella relazione tecnica del RTI Fastweb, di una distanza in fibra tra i *data center* che avrebbero dovuto costituire il PSN (DC) inferiore a 100 km, in aperta violazione dei requisiti minimi inderogabili previsti dal paragrafo 5.1. del progetto di fattibilità posto a base di gara (che prevedeva, per l'appunto, una distanza minima tra data center pari a 100 km), nonché, più in generale, il carattere generico e indeterminato dell'offerta del RTI Fastweb;
- d) l'offerta da parte del RTI Fastweb, con riferimento al servizio "*Public Cloud PSN Managed*" posto a base gara, di soluzioni non equipollenti a tale servizio, con conseguente inammissibilità dell'offerta per *aliud pro alio*.

In altri termini, secondo il RTI Fastweb, il RTI TIM avrebbe esercitato la prelazione subordinatamente alla condizione che la stazione appaltante avesse condiviso l'istanza di richiesta di chiarimenti in ordine all'esercizio di tale diritto.

In particolare, nella prospettazione del RTI ricorrente, la nota del 4 luglio 2022 della stazione appaltante avrebbe rassicurato il RTI TIM circa la possibilità di eseguire il contratto a condizioni in parte diverse da quelle offerte dal RTI Fastweb e dunque, solo sulla base di tale presupposto (o condizione, secondo il RTI Fastweb), il RTI TIM si sarebbe determinato ad esercitare la prelazione²⁹⁷.

Una ulteriore conferma della modifica delle condizioni offerte dall'originario aggiudicatario si trarrebbe, sempre nella prospettazione del RTI Fastweb, dall'articolo 5 (*Oggetto*) della convenzione di concessione relativa al Polo Strategico Nazionale sottoscritta il 24 agosto 2022 tra il DTD e la società di progetto PSN S.p.A. (costituita dai componenti del pre-esistente RTI TIM), atteso che l'oggetto della concessione ivi descritto sarebbe il risultato di una "ibridazione" delle condizioni tecniche offerte dal RTI Fastweb e dal RTI TIM.

Né – sempre secondo il ricorso del RTI Fastweb – si potrebbe sostenere che la *lex specialis* della procedura di gara abbia legittimato il promotore all'esercizio della prelazione a condizioni diverse da quelle dell'offerta dell'aggiudicatario: se così fosse stato, si sarebbe allora dovuta ritenere illegittima *in parte qua* la stessa disciplina di gara.

Ancora, nella prospettazione del ricorrente, non vi sarebbero state, in relazione agli elementi per i quali al RTI TIM è stato consentito di non replicare pedissequamente le condizioni offerte in gara dall'originario aggiudicatario, veri e propri diritti di privativa o elementi tali da impedire al RTI TIM l'esecuzione del progetto predisposto dal RTI

²⁹⁷ Come visto *supra*, al paragrafo 3.2., con tale nota Difesa Servizi, in risposta alla richiesta di chiarimenti formulata dal RTI TIM, ha dichiarato quanto segue:

"Nel ribadire il contenuto dell'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50 del 2016 secondo cui: "se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario" si evidenzia che:

- si conferma il contenuto del disciplinare di gara ed in particolare il contenuto dell'Allegato 1 – "vademecum per il concorrente" contenente gli "elementi tecnici della proposta posta a confronto concorrenziale che possono essere modificati a condizione che le caratteristiche tecniche restino invariate";

- eventuali soluzioni proprietarie, contenute nelle condizioni contrattuali offerte dall'aggiudicatario, potranno essere soddisfatte mediante soluzioni di carattere equivalente, nel rispetto dei principi di concorrenza e privativa".

Fastweb. In ogni caso, il ricorrente ha sostenuto che se anche fosse stata provata l'esistenza di siffatte prestazioni non replicabili, sarebbe stato semmai onere del promotore accordarsi con l'originario aggiudicatario in modo da garantire l'esecuzione delle stesse, fermo restando l'obbligo dell'aggiudicatario di consentire l'accesso del promotore a tali soluzioni non replicabili o proprietarie a condizioni eque, ragionevoli e non discriminatorie.

In considerazione di quanto precede, secondo il RTI Fastweb le concrete dinamiche della gara per l'affidamento della concessione relativa al PSN celerebbero, in realtà, un illegittimo affidamento diretto in favore del RTI TIM. Ciò in quanto al RTI TIM sarebbe stata affidata l'esecuzione di un contratto nuovo e diverso da quello risultante dalla procedura competitiva (*i.e.* diverso da quello risultante dall'offerta presentata dall'originario aggiudicatario) e derivante invece dalla “*ibridazione*” tra le offerte tecniche, rispettivamente, del RTI Fastweb e del RTI TIM.

Per tali ragioni – tra le altre – il RTI Fastweb ha chiesto al T.A.R. di annullare l'aggiudicazione disposta in favore del RTI TIM. In via subordinata, per l'ipotesi in cui il T.A.R. avesse invece ritenuto “*che nell'ordinamento italiano il promotore non aggiudicatario possa subentrare nell'aggiudicazione semplicemente eguagliando il prezzo, ma non l'offerta tecnica*” dell'originario aggiudicatario, il ricorrente ha chiesto al T.A.R. di rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la verifica circa la compatibilità di un tale principio con l'ordinamento euro-unitario²⁹⁸.

Il T.A.R. si è pronunciato sul ricorso del RTI Fastweb con sentenza non definitiva n. 4338 del 13 marzo 2023, con cui ha:

- a) dichiarato inammissibili tutte le censure del RTI Fastweb volte a contestare – a monte – la “nomina” del RTI TIM quale promotore e il conseguente riconoscimento a favore di quest'ultimo del diritto di prelazione;
- b) dichiarato inammissibile una parte delle censure del RTI Fastweb volte a contestare l'ammissibilità dell'offerta del RTI TIM, e segnatamente i primi tre motivi proposti dal RTI Fastweb con il ricorso introduttivo;

²⁹⁸ Le argomentazioni svolte da parte del RTI Fastweb sul tema dell'esercizio del diritto di prelazione nel ricorso introduttivo del giudizio e nei motivi aggiunti sono puntualmente ricostruite nella parte in fatto della sentenza non definitiva del T.A.R. Lazio – Roma, sez. I-*bis*, 13 marzo 2023, n. 4338.

c) accolto il secondo motivo proposto dal RTI Fastweb con il secondo ricorso per motivi aggiunti del 3 settembre 2022, rilevando in particolare l'asserita inammissibilità dell'offerta del RTI TIM – sicché quest'ultimo avrebbe dovuto essere escluso dalla gara (con conseguente illegittimità dell'esercizio del diritto di prelazione) – posto che, in tesi, l'offerta del RTI TIM (i) non avrebbe rispettato la distanza minima di 500 km tra le c.d. “Region” di *data center* di cui al paragrafo 5.1. del progetto di fattibilità posto e base di gara; e (ii) avrebbe compreso un *data center* (e segnatamente quello localizzato a Pomezia) non conforme ai requisiti in materia antisismica previsti dal paragrafo 5.1.1. del progetto di fattibilità.

Avendo accolto il ricorso del RTI Fastweb sul motivo di cui al punto c) che precede, il T.A.R. ha annullato l'aggiudicazione della gara per la realizzazione e gestione del PSN disposta in favore del RTI TIM. Per ragioni di economia processuale, i motivi di ricorso proposti dal RTI Fastweb e volti a contestare le modalità di esercizio del diritto di prelazione da parte del RTI TIM sono stati dichiarati assorbiti e pertanto non sono stati esaminati²⁹⁹.

Sulla scorta della rilevata illegittimità degli esiti della gara, il T.A.R. ha riconosciuto il diritto del RTI Fastweb al risarcimento del danno per equivalente, rimettendone la quantificazione al verificatore nominato ex art. 66 c.p.a.³⁰⁰, mentre ha negato la possibilità per il ricorrente di subentrare nel contratto ormai in corso di esecuzione.

²⁹⁹ Quanto al ricorso incidentale proposto dal RTI TIM, il T.A.R. ha anzitutto ritenuto che “con l'esercizio della prelazione, il RTI TIM abbia effettivamente prestato acquiescenza all'aggiudicazione della gara originariamente disposta in favore del RTI Fastweb, in quanto l'aggiudicazione costituisce il presupposto per l'esercizio della prelazione e perché, inoltre, esercitando la prelazione il concorrente si è impegnato senza riserve a eseguire l'offerta risultata originariamente aggiudicataria. Da ciò deriva, tuttavia, unicamente la preclusione alla presentazione, da parte del RTI TIM, di un ricorso autonomo avverso l'aggiudicazione”. Pertanto, nella prospettazione del T.A.R., il ricorso del RTI TIM – presentato come ricorso incidentale “a valere anche come ricorso autonomo” – avrebbe potuto essere esaminato solo nella veste di ricorso incidentale e, dunque, solo in virtù dell'accoglimento del ricorso principale del RTI Fastweb. Nel merito, il T.A.R. ha rigettato i quattro motivi di ricorso incidentale proposti dal RTI TIM, ritenendo, pertanto, l'ammissibilità dell'offerta del RTI Fastweb e la legittimità dell'aggiudicazione iniziale della gara per la realizzazione e gestione del PSN a favore di quest'ultimo (cfr. punti 8 - 13 in diritto della sentenza non definitiva n. 4338 del 13 marzo 2023).

³⁰⁰ Pertanto, a seguito della pubblicazione della sentenza non definitiva in commento, il giudizio di primo grado è proseguito per la determinazione del *quantum* del risarcimento spettante al RTI Fastweb.

5.4.1. Le norme speciali per i giudizi in materia di opere finanziate dal PNRR

Merita soffermarsi brevemente su tale rilevata impossibilità per il concorrente pretermesso (illegittimamente, secondo gli accertamenti svolti dal T.A.R.) di subentrare nell'esecuzione della commessa.

Come regola generale, nei casi in cui annulli l'aggiudicazione di una procedura di gara pubblica, il giudice amministrativo può (ma non deve) dichiarare l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato “*fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*”³⁰¹.

Dunque, il giudice gode generalmente di discrezionalità – ancorché da esercitare nel rispetto dei criteri direttivi di cui sopra – nel determinare gli effetti di una pronuncia di annullamento degli esiti di una procedura di gara pubblica. Il Codice del processo amministrativo, tuttavia, all'articolo 125, comma 1, prevede taluni limitati casi nei quali, in virtù della peculiare gravità del vizio che ha condotto all'annullamento dell'aggiudicazione, il giudice *deve* obbligatoriamente disporre l'inefficacia del contratto eventualmente già stipulato dalla stazione appaltante e, dunque, il subentro nell'esecuzione della commessa del concorrente classificatosi secondo in graduatoria³⁰².

³⁰¹ Cfr. articolo 122 (Inefficacia del contratto negli altri casi) del d. lgs. n. 2 luglio 2010, n. 104, recante il Codice del processo amministrativo.

³⁰² In particolare, ai sensi dell'articolo 121 (Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni), comma 1, del d. lgs. n. 104 del 2010, “1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione o gli affidamenti senza bando di cui al comma 2 dell'articolo 120 dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi:

a) se l'aggiudicazione è avvenuta senza pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022;

b) se l'aggiudicazione è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022;

Una disciplina parzialmente derogatoria, rispetto a quella generale, trova applicazione, ai sensi del medesimo articolo 125 del d. lgs. n. 104/2010 (commi 2 e 3), in relazione ai “*giudizi che riguardano le procedure di progettazione, approvazione, e realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione e asservimento*” individuati come “*strategici*” ai sensi delle disposizioni rilevanti del Codice dei contratti pubblici³⁰³.

Con riferimento ai contratti relativi a tali opere, “*2. In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell’opera, e, ai fini dell’accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure.*”

3. Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 18 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022, qualora tale violazione abbia impedito al ricorrente di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 18, comma 4, del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo di attuazione della legge n. 78 del 2022, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento”.

Tuttavia, anche nei casi di cui al menzionato comma 1 dell’articolo 121, il contratto resta efficace – e il giudice amministrativo mantiene dunque, anche in tali casi, la propria discrezionalità decisionale, ancorché in una forma più circoscritta – ove si verifichi una delle ipotesi di cui al comma 3, ai sensi del quale: “*3. Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse a un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Gli interessi economici sono presi in considerazione come esigenze imperative solo quando l'inefficacia del contratto condurrebbe a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia”.*

³⁰³ Cfr. oggi l’articolo 39 (Programmazione e progettazione delle infrastrutture strategiche e di preminente interesse nazionale) del d. lgs. n. 36/2023.

caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente”.

Dunque: quando a venire in rilievo è la realizzazione di infrastrutture o insediamenti produttivi “*prioritari*”, il giudice amministrativo è privato del potere discrezionale di cui è ordinariamente titolare e non può disporre la caducazione del contratto illegittimamente aggiudicato, salvo che ricorrano le gravi violazioni di cui all’articolo 125, comma 1, c.p.a.

Nel contesto normativo sin qui brevemente tracciato, si inseriscono le norme specificamente introdotte al fine di favorire la celere attuazione dei progetti inseriti nel PNRR.

Nei limiti di quanto di interesse in questa sede, viene in particolare in rilievo l’articolo 48 del D.L. 31 maggio 2021, n. 77 (recante “Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure”), ai sensi del quale “*In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui al comma 1 [i.e. procedure afferenti gli affidamenti finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC], si applica l’articolo 125 del codice del processo amministrativo di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*”³⁰⁴.

Dunque, per quanto riguarda le opere finanziate in tutto o in parte con fondi riconducibili al PNRR (o al PNC), il legislatore ha operato *ex ante* una valutazione di strategicità tale per cui tali opere sono di diritto inserite tra le infrastrutture e gli investimenti “*prioritari*” cui trova applicazione il regime speciale di cui all’articolo 125 c.p.a.

In altri termini, con l’articolo 48 del D.L. n. 77 del 2021, nel bilanciamento tra, da un lato, il celere completamento degli interventi previsti dal PNRR (il raggiungimento delle *milestone* relative ai quali è condizione imprescindibile per l’erogazione dei fondi) e, dall’altro lato, il rispetto della normativa in materia di contratti pubblici negli affidamenti a monte, il legislatore ha inteso dare prevalenza al primo di tali interessi,

³⁰⁴ Sulla normativa processuale emergenziale, si v. in generale G. Taglianetti, *Normativa emergenziale e processo amministrativo: l’attuazione del PNRR a ogni costo?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2023; G. Napolitano, *Giustizia amministrativa e ripresa economica*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 3/2022; D. Profili, *Pnrr e risvolti sul processo amministrativo: aspetti problematici*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2022.

prevedendo che, salvo il diritto al risarcimento del danno, il contratto di appalto o concessione resti valido ed efficace (anche se illegittimamente affidato).

Nel caso del Polo Strategico Nazionale, l'ascrivibilità del progetto a quelli finanziati in tutto in parte con fondi PNRR è stata rilevata dal T.A.R. sin dalla pronuncia cautelare resa sulla domanda di sospensione dell'aggiudicazione avanzata dal RTI Fastweb.

In particolare, nel rigettare tale domanda cautelare, il T.A.R. ha rilevato, *inter alia*, che “*il pregiudizio lamentato dalla parte ricorrente, dichiaratamente di natura patrimoniale, e quindi privo del connotato della irrisarcibilità e, dunque, dell'irreparabilità, si profila come recessivo rispetto all'interesse pubblico nella specie perseguito, vale a dire, il preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera - la quale costituisce un'infrastruttura strategica ed è ulteriormente connotata da un forte interesse pubblico in quanto finanziata nell'ambito del PNRR - e la correlata esigenza di rispettare il cronoprogramma fissato nello stesso PNRR, che vede nel 31 dicembre 2022 il termine ultimo per la realizzazione dell'opera*”³⁰⁵.

Coerentemente, nella sentenza non definitiva con cui ha rilevato l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore del RTI TIM, il T.A.R., nel rigettare la richiesta di subentro avanzata dal RTI Fastweb, ha chiarito quanto segue:

“Le ricorrenti sostengono che l'esclusione del subentro, contenuta nella previsione ora richiamata [i.e. l'art. 125 c.p.a., n.d.r.], sia resa inoperante dalla clausola con la quale viene fatto salvo l'articolo 121 cod. proc. amm. Evidenziano, in particolare, che tale articolo prevede l'inefficacia del contratto nel caso in cui l'aggiudicazione sia avvenuta “con procedura negoziata senza bando” (comma 1, lett. b). Tale situazione sarebbe riscontrabile, a loro avviso, con riferimento alla convenzione stipulata dal RTI TIM, laddove fossero accolte le censure articolate con i motivi aggiunti del 2 agosto 2022 e con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti del 3 settembre 2022, dirette ad allegare che, in sede di stipulazione della convenzione, sarebbe stato modificato il contenuto dell'offerta dell'originaria aggiudicataria, procedendo sostanzialmente a una

³⁰⁵ Cfr. T.A.R. Lazio – Roma, sez. I-bis, ordinanza collegiale del 3 agosto 2022, n. 4933.

diretta negoziazione con il predetto RTI TIM (v. motivi aggiunti del 3 settembre 2022, pp. 31 s.).

14.5.2. La prospettazione non può essere condivisa, in quanto – indipendentemente dall’eventuale fondatezza delle censure richiamate dalle ricorrenti, delle quali va confermato l’assorbimento – l’articolo 121, comma 1, lett. b), cod. proc. amm. si riferisce al solo caso specifico in cui si sia fatto ricorso a una “procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l’omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”. La previsione normativa non attiene, pertanto, alla diversa ipotesi in cui l’Amministrazione non si sia affatto determinata a fare ricorso a una “procedura negoziata senza bando” o a un “affidamento in economia”, ma abbia invece fatto precedere l’affidamento da una procedura di finanza di progetto, nell’ambito della quale è in discussione unicamente un eventuale errore nell’applicazione della relativa disciplina normativa e, nella specie, di quella concernente l’esercizio della prelazione da parte del promotore.

14.6. Alla luce di quanto esposto, deve concludersi nel senso che il subentro – indipendentemente dalla relativa fattibilità tecnica, controversa tra le parti – sia escluso in radice nel presente giudizio, stante l’applicazione dell’articolo 125 cod. proc. amm., in forza del rinvio a tale disposizione contenuto nell’articolo 48, comma 4, del decreto legge n. 77 del 2021”.

Come si vedrà nel prosieguo, le norme speciali in materia di progetti PNRR – e, dunque, l’applicabilità al PSN delle previsioni dell’articolo 125 c.p.a. – sono il motivo per cui, nonostante la pronuncia del T.A.R. sia stata confermata (anche se sulla base di una diversa motivazione) dal Consiglio di Stato, la società di progetto costituita dai componenti dell’ormai estinto RTI TIM ha realizzato e continua ancora oggi a gestire il Polo Strategico Nazionale.

5.5. La pronuncia del Consiglio di Stato

5.5.1. L'illegittimità dell'esercizio del diritto di prelazione e la sovranità del PNRR

Avverso la decisione del T.A.R. hanno proposto appello, anzitutto, le amministrazioni soccombenti, chiedendo, in riforma della sentenza di primo grado, il rigetto integrale del ricorso del RTI Fastweb, ivi inclusa la domanda di risarcimento del danno.

Hanno successivamente proposto appello incidentale anche il RTI TIM e il RTI Fastweb, ciascuno con riferimento ai capi della sentenza che li vedevano rispettivamente soccombenti e riproponendo le censure già avanzate nei ricorsi di primo grado (principale e incidentale) e rigettate o assorbite dal T.A.R.

Il Consiglio di Stato, sez. V, si è pronunciato sui predetti appelli con sentenza n. 9210 del 24 ottobre 2023.

In tale sentenza, il giudice di appello, dopo aver ricostruito le intricate vicende fattuali alla base del giudizio e aver sinteticamente esposto i motivi di impugnazione fatti valere da ciascuna delle parti, ha ritenuto di superare le ragioni che avevano indotto il T.A.R. a dichiarare l'illegittimità dell'aggiudicazione della gara per la realizzazione e gestione del PSN in favore del RTI TIM.

Nella prospettazione del Consiglio di Stato, in particolare, *“il giudice di primo grado ha erroneamente focalizzato l'attenzione su questioni sostanzialmente irrilevanti (la distanza tra le Region di DC proposte che sarebbe inferiore a quella imposta dalla legge di gara)³⁰⁶”*. L'approccio del T.A.R. sarebbe stato errato in quanto *“La questione*

³⁰⁶ Cfr. paragrafo 40.2. della sentenza. Si ricorda, come visto *supra* al paragrafo 5., che il T.A.R. ha ritenuto che l'aggiudicazione della gara per la realizzazione e gestione del PSN disposta in favore del RTI TIM sarebbe stata illegittima in quanto:

- il RTI TIM non avrebbe rispettato il requisito, previsto dalla documentazione di gara, relativo alla necessità di garantire una distanza minima tra *“Region”* di *data center* pari ad almeno 500 km; e
- uno dei *data center* proposti dal RTI TIM non avrebbe rispettato il requisito di conformità sismica prescritto dal paragrafo 5.1.1. del progetto di fattibilità posto a base di gara.

Con riferimento a tali aspetti (o, quantomeno, con riferimento al primo di essi, e cioè alla distanza tra le *“Region”* di *data center* offerta in gara dal RTI TIM) il Consiglio di Stato sembra in effetti implicitamente accogliere (o quantomeno sostanzialmente condividere) i motivi di appello articolati dal RTI TIM. Si legge infatti al paragrafo 40.4. della sentenza 9210/2023, che *“La censura, in sé, sarebbe anche fondata tenuto conto che in nessun parte della legge di gara si può evincere che la distanza debba essere assicurata in linea d'aria [come sostenuto dal RTI Fastweb nel giudizio di primo grado e condiviso dal TAR, n.d.r.], e*

*che rileva e che risolve la complessa controversia qui all'esame è quella relativa alla legittimità dell'esercizio del diritto di prelazione da parte di TIM e non le questioni di distanza*³⁰⁷³⁰⁸.

Venendo, dunque, alle modalità di esercizio del diritto di prelazione, il Consiglio di Stato sviluppa il proprio ragionamento a partire dalla *ratio* dell'istituto: l'esigenza di compensare il promotore dei maggiori oneri, di natura economica e imprenditoriale, sopportati nella presentazione della proposta, oltre che l'incentivo e l'attrazione di capitali privati per la realizzazione di opere pubbliche. Ferma restando tale finalità della disciplina, l'attribuzione del diritto di prelazione non può però – chiarisce il Consiglio di Stato – tradursi nell'attribuzione al promotore di un'indebita posizione di vantaggio anticoncorrenziale³⁰⁹.

Il ragionamento prosegue sulla scorta del dato normativo: l'articolo 183 del d. lgs. n. 50/2016 prevede che, nelle procedure di finanza di progetto, ove il promotore non si classifichi primo in graduatoria, può divenire aggiudicatario impegnandosi ad adempiere alle prestazioni contrattuali “*alle medesime condizioni*” offerte dall'aggiudicatario originario.

Ebbene, secondo la sentenza in commento, il termine “*medesime*” utilizzato nel menzionato articolo 183 (e oggi replicato nell'articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023) deve essere interpretato nel senso che deve sussistere un'assoluta identità tra l'offerta risultata migliore in gara e quella “pareggiata” dal promotore titolare del diritto di prelazione.

Chiarisce in particolare il Consiglio di Stato che “*‘Medesime’ non significa ‘equivalenti’. ‘Medesime’ significa ‘stesse condizioni’. L’espressione normativa richiama un concetto di assoluta identità, e non il ben diverso concetto di “equivalenza” di derivazione eurounitaria, utilizzato in altre disposizioni del codice dei contratti pubblici.*

non come distanza di percorrenza stradale [come sostenuto dal RTI TIM, n.d.r.] (che sarebbe l'unica soluzione logica)”.

Come detto, tuttavia, ritenendo tali questioni “*sostanzialmente irrilevanti*”, il Consiglio di Stato non vi si è pronunciato espressamente.

³⁰⁷ Cfr. paragrafo 4.3. della sentenza.

³⁰⁸ Si ricorda che i motivi articolati in primo grado dal RTI Fastweb relativamente alle modalità asseritamente illegittime di esercizio del diritto di prelazione da parte del RTI TIM erano stati dal T.A.R. ritenuti improcedibili, e dunque non esaminati, in virtù dell'accoglimento dei due motivi (relativi alla distanza tra “*Region*” di *data center* e ai requisiti antisismici del *data center* di Pomezia) afferenti alla (il)legittimità dell'offerta presentata in gara dal RTI TIM.

³⁰⁹ Cfr. paragrafo 44.9. della sentenza.

Inoltre la norma non fa distinzione tra condizioni “economiche” e condizioni “tecniche”, sicché non è accettabile l’assunto delle Amministrazioni e di RTI TIM che presupposto necessario e sufficiente per la prelazione sarebbe la identità della sola offerta economica, mentre quella tecnica potrebbe essere modificata. In base al chiaro tenore letterale della norma, tutte le condizioni dell’offerta aggiudicataria, tecniche, oltre che economiche, devono restare immutate, al fine del legittimo esercizio della prelazione. In sintesi, la ratio legis è di consentire una sostituzione meramente soggettiva dell’operatore aggiudicatario-esecutore, restando preclusa qualsivoglia sostituzione oggettiva afferente l’offerta aggiudicataria”³¹⁰.

Sulla scorta di tale interpretazione del termine “*medesime*” contenuto nell’articolo 183 del d. lgs. n. 50/2016, il Consiglio di Stato è giunto ad affermare l’illegittimità dell’aggiudicazione della gara per la realizzazione e gestione del PSN in favore del RTI TIM, confermando dunque la sentenza di primo grado, ma sulla base di una diversa motivazione: non più la violazione di talune prescrizioni tecniche della *lex specialis*, ma l’illegittimo esercizio del diritto di prelazione, al di fuori delle condizioni prescritte dalla normativa di riferimento.

Nella prospettazione del Consiglio di Stato – come si vedrà meglio più avanti – poiché la convenzione di concessione sottoscritta tra il DTD e PSN S.p.A. è il risultato, quanto al suo oggetto, di una “*ibridazione*” tecnica tra l’offerta (vincente) del RTI Fastweb e quella del RTI TIM, il RTI TIM non si sarebbe impegnato ad adempiere alle prestazioni contrattuali alle “*medesime*” (nel senso di assolutamente identiche) condizioni offerte dall’originario aggiudicatario.

Ne conseguirebbe, sempre secondo il Consiglio di Stato, che “*la concessione è stata, nella sostanza, affidata senza gara*”³¹¹.

Ferma tale conclusione, il Consiglio di Stato ha confermato la correttezza della statuizione del T.A.R. circa l’impossibilità, per il RTI Fastweb, di subentrare nel rapporto concessorio in essere tra il DTD e PSN S.p.A. (e, conseguentemente, il diritto del RTI Fastweb al solo risarcimento per equivalente del danno patito in conseguenza dell’illegittima aggiudicazione).

³¹⁰ Cfr. paragrafo 44.10 della sentenza.

³¹¹ Cfr. paragrafo 44.17 della sentenza.

Al riguardo, afferma il Consiglio di Stato nella sentenza che “*Va dunque esaminato il primo motivo di appello incidentale di RTI Fastweb (la questione del risarcimento del danno per equivalente, vista la correttezza della statuizione del TAR in ordine alla esclusione della possibilità di subentro di cui al paragrafo 14.6. della sentenza di primo grado)*”³¹².

In altri termini, pur a fronte della rilevata illegittimità delle modalità di esercizio del diritto di prelazione da parte del RTI TIM (e il conseguente annullamento dell’aggiudicazione disposta in favore di quest’ultimo) il Consiglio di Stato ribadisce, come già fatto dal T.A.R. e in coerenza con la previsione di cui all’articolo 48 del D.L. n. 77 del 2021, la “sovranità” dell’esigenza *generale* di tempestiva realizzazione degli investimenti previsti dal PNRR sull’interesse *particolare* del RTI Fastweb a subentrare nell’esecuzione del contratto *medio tempore* stipulato³¹³.

5.5.2. Le modalità di esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore

Al fine di poter criticamente valutare gli arresti interpretativi cui è pervenuto il Consiglio di Stato in merito alle modalità di esercizio del diritto di prelazione nel contesto della finanza di progetto, non si può fare a meno di calarsi nello specifico contesto fattuale in cui il RTI TIM ha concretamente esercitato tale diritto nel caso del Polo Strategico Nazionale.

Come visto *supra*, il RTI Fastweb si è aggiudicato la gara per la realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale avendo ottenuto:

- (i) un punteggio più alto del RTI TIM con riferimento all’offerta economica (avendo il RTI Fastweb offerto un ribasso rispetto al listino prezzi posto a base di gara maggiore rispetto a quello offerto dal RTI TIM); e tuttavia
- (ii) un punteggio inferiore a quello ottenuto dal RTI TIM (66,87/70 punti contro i 68,68/70 punti del RTI TIM) sull’offerta tecnica.

³¹² Cfr. paragrafo 46 della sentenza.

³¹³ La sentenza del Consiglio di Stato in esame è stata commentata anche da L. Lorenzoni, *L’esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto*, in *Il Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2024, p. 253.

In sintesi, la stazione appaltante ha valutato l'offerta del RTI Fastweb come economicamente più conveniente, ma tecnicamente inferiore rispetto a quella del RTI TIM. Il RTI Fastweb si è dunque aggiudicato la gara perché il divario tra i punteggi attribuiti alle offerte economiche dei due concorrenti era maggiore (a vantaggio del RTI Fastweb) del divario esistente tra i punteggi relativi alle offerte tecniche (su cui il RTI TIM era invece risultato superiore).

Il RTI TIM, classificatosi secondo in graduatoria, aveva dunque la possibilità di divenire aggiudicatario impegnandosi ad adempiere alle prestazioni contrattuali alle “*medesime*” condizioni offerte dal RTI Fastweb, purché manifestasse tale volontà entro il termine di quindici giorni.

Senonché, il RTI TIM, secondo quanto ha dichiarato in giudizio, esaminando l'offerta dell'altro concorrente ha individuato taluni aspetti di natura tecnica che ha ritenuto oggettivamente non replicabili (in quanto strettamente connessi con il *know-how* maturato dall'operatore originariamente aggiudicatario) o comunque non replicabili nel termine di quindici giorni (perché implicanti, ad esempio, la negoziazione e stipula di accordi e/o modifiche sostanziali nell'organizzazione aziendale del promotore).

Il RTI TIM si è dunque rivolto alla stazione appaltante al fine di avere delucidazioni sull'approccio da tenere in relazione a tali elementi tecnici ritenuti non replicabili.

A tale richiesta di chiarimenti la stazione appaltante, come visto in dettaglio *supra*, ha risposto nel senso che “*eventuali soluzioni proprietarie, contenute nelle condizioni contrattuali offerte dall'aggiudicatario, potranno essere soddisfatte mediante soluzioni di carattere equivalente, nel rispetto dei principi di concorrenza e privativa*”.

Nella medesima comunicazione, Difesa Servizi S.p.A. ha anche confermato “*il contenuto del disciplinare di gara ed in particolare il contenuto dell'Allegato 1 - “vademecum per il concorrente” contenente gli “elementi tecnici della proposta posta a confronto concorrenziale che possono essere modificati a condizione che le caratteristiche tecniche restino invariate*”.

Nella (successiva) comunicazione del 7 luglio 2022, con cui il RTI TIM ha esercitato il diritto di prelazione, questo si è limitato a dichiarare, come richiesto dalla normativa di riferimento, di impegnarsi ad adempiere alle prestazioni contrattuali “*alle medesime condizioni offerte*” dal RTI Fastweb.

Particolarmente rilevante ai fini della presente analisi è quanto accaduto successivamente a tale comunicazione.

Ed infatti, dopo l'esercizio del diritto di prelazione e l'aggiudicazione conseguentemente disposta in favore del RTI TIM, risulta dagli atti di causa che è stata avviata tra la società costituita dai componenti del RTI TIM (PSN S.p.A.), destinata ad assumere il ruolo di concessionaria, e il DTD, in qualità di concedente, una negoziazione volta a precisare i contenuti e le modalità di esecuzione delle prestazioni oggetto dello stipulando contratto di concessione.

Di tale negoziazione (e dei relativi esiti) dà atto il Consiglio di Stato, riportando un estratto dell'Allegato B alla bozza di convenzione sottoscritta tra il DTD e PSN S.p.A., contenente l'offerta tecnica che il concessionario si è impegnato a eseguire, nell'introduzione alla quale (a pagina 2) si legge: “[...] *fermo restando che l'offerta economicamente più vantaggiosa è quella dell'originario aggiudicatario RTI Fastweb, intendendosi con essa il livello minimo indefettibile di prestazioni che devono essere erogate a favore del Concedente in termini di output tecnico ed economico - il Concedente, in considerazione delle peculiarità tecniche e specialistiche del settore che investono l'organizzazione aziendale e il know how maturato che si traducono in elementi tipici e non replicabili dell'attività di ciascun operatore economico in un settore con alto grado di specializzazione, ha ritenuto opportuno determinare:*

- in termini di maggiore garanzia dell'interesse pubblico, di fruire, a parità di prezzo e quindi di invarianza economica, di condizioni migliorative ulteriori rispetto al predetto minimo indefettibile contrattuale;

- in termini di rispetto dei principi di concorrenza, della libertà di organizzazione aziendale e dei processi interni, che vengano erogate le predette prestazioni contrattuali secondo input tecnico-operativi ricompresi nelle capacità tecniche maturate dall'aggiudicatario esecutore tipiche della propria organizzazione interna e del proprio know how tecnologico.

In coerenza con quanto sopra il presente Allegato B - sulla base di quanto previsto dal Capitolato Tecnico con i relativi annessi e dalla Relazione tecnica del RTI Fastweb (Annesso 1), ivi inclusa la documentazione presentata a corredo della stessa - indica le soluzioni equivalenti e/o superiori che il Concessionario è autorizzato ad applicare in

conformità ai principi di privativa, concorrenza, non discriminazione e tutela dell'interesse pubblico presenti nella Relazione Tecnica Illustrativa del RTI TIM (Annesso 2).

Rimangono in ogni caso integralmente ferme le più favorevoli condizioni della Relazione Tecnica Illustrativa del RTI Fastweb (Annesso 1)".

Dunque, secondo l'interpretazione dell'articolo 183, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016 fatta propria dal DTD, le condizioni contenute nell'offerta dell'originario aggiudicatario (nel caso di specie, il RTI Fastweb) non avrebbero dovuto essere replicate in modo assolutamente identico da parte del promotore. Piuttosto, l'offerta dell'originario aggiudicatario doveva intendersi come livello minimo di prestazioni – in termini qualitativi e quantitativi – che avrebbe dovuto essere obbligatoriamente garantito, ferma restando, dunque, la possibilità per il promotore di obbligarsi a prestare servizi in quantità o di qualità maggiori.

Il risultato di tale approccio interpretativo è stata quella che nel corso del giudizio è stata definita come “*ibridazione*” tra le offerte tecniche del RTI Fastweb e del RTI TIM.

In particolare, poiché l'offerta del RTI Fastweb si era rivelata essere la più vantaggiosa da un punto di vista economico, il RTI TIM si è impegnato ad applicare i medesimi (in questo caso, *identici*) prezzi offerti dal concorrente.

Quanto, tuttavia, ai profili tecnici della commessa, il RTI TIM si è obbligato a replicare pedissequamente i soli aspetti dell'offerta del RTI Fastweb per i quali (a) il RTI Fastweb aveva ottenuto in gara un punteggio maggiore del RTI TIM e al contempo (b) non sussistessero elementi di privativa industriale o altra ragione di impossibilità oggettiva di replica.

In sintesi, ai sensi della convenzione di concessione sottoscritta tra il DTD e PSN S.p.A., l'offerta tecnica che quest'ultima si è impegnata ad eseguire coincide con quella presentata in gara dal RTI Fastweb solo limitatamente ai profili su cui l'originario aggiudicatario aveva ottenuto un punteggio maggiore; per tutti gli altri (e cioè per i profili su cui il RTI TIM aveva ottenuto un punteggio maggiore o in relazione ai quali ai due

concorrenti era stato attribuito un punteggio eguale) l'offerta concretamente eseguita è quella originariamente presentata dal RTI TIM³¹⁴.

Secondo l'interpretazione fatta propria dal Consiglio di Stato, tale ibridazione non solo sarebbe illegittima per violazione dell'articolo 183, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016 (che, nel richiedere che il promotore che eserciti la prelazione si impegni a garantire le

³¹⁴ Per esempio, a pagina 4 dell'Allegato B (pagina 245 del complesso della convenzione sommati gli allegati) si legge: (...) *“In merito al criterio ID 6 criterio relativo ai miglioramenti per l'introduzione di tecnologie Open Source, per il quale il Disciplinare ha richiesto espressamente di descrivere la componente tecnica e le tempistiche di disponibilità, il Concedente - in considerazione del punteggio attribuito dalla Commissione di gara - ha ritenuto opportuno prevedere che il riferimento per l'esecuzione del citato ID sia quello della Relazione Illustrativa del RTI TIM considerato che: a) la soluzione descritta dal RTI Fastweb contiene elementi di privativa (Fast Cloud Container); b) le implementazioni proposte (Open Stack-Open Shift, soluzioni Open Source di Oracle e Google per il RTI Fastweb e Open Source OKD e Mattermost per il RTI TIM) ancorché diverse fra di loro sono state ritenute equivalenti tanto da aver conseguito lo stesso punteggio”*.

Ancora, alle pagine 4 e 5 dell'Allegato B (pagine 245 e 246 del complesso della convenzione sommati gli allegati) si legge: (...) *“Per gli otto criteri di tipo valutativo, il RTI Fastweb ha proposto una soluzione migliore per gli ID 16 “Miglioramento sugli aspetti di ripartizione dei rischi” e ID 18 “Miglioramento sugli aspetti di aggiornamento prezzi”, in questi casi il RTI TIM eseguirà gli aspetti migliorativi descritti nella Relazione Illustrativa del RTI Fastweb. Relativamente ai criteri descritti negli ID, 17 “Miglioramenti sugli aspetti di governance”, ID 19 “Miglioramento degli aspetti di cybersicurezza dell'infrastruttura”, ID 20 “Miglioramento delle modalità per la migrazione in cloud - Risorse e tempistiche”, ID 21 “Miglioramento delle modalità per la migrazione in cloud - Monitoraggio e gestione della migrazione” e ID 22 “Mitigazione dei rischi connessi alla migrazione cloud”, il Concessionario eseguirà le soluzioni adottate nella propria offerta a maggiore soddisfazione dell'interesse pubblico, avendo in questi casi conseguito un punteggio superiore a quello del RTI Fastweb. In questi ID, pertanto, il riferimento è la Relazione Tecnica illustrativa del RTI TIM. Per l'ID 15 “Modalità di verifica del rispetto delle norme ambientali”, in considerazione del citato criterio di equivalenza funzionale delle offerte, determinato oltre che sulla base dei principi di privativa e concorrenza anche sulla base delle peculiari caratteristiche tecnico-operative proprie di ogni operatore economico in ambiti specialistici quale quello in argomento, il Concessionario eseguirà le soluzioni indicate nella propria offerta relativamente a tale criterio. Tale parametro aveva come descrizione del criterio “Efficacia delle modalità di verifica proposte dal Concessionario, messe a disposizione del concedente, per il rispetto delle seguenti norme e standard europei in materia ambientale (Do no significant harm): - ISO 50001, monitoraggio del PUE, EN 50600, ISO 14064, ISO 14001 e SWD(2020) 55 final); - Indipendenza energetica e fonti rinnovabili; - Direttiva sulla progettazione ecocompatibile (Direttiva 2009/125/CE); - Le apparecchiature elettriche acquistate non conterranno le sostanze soggette a restrizione elencate nell'allegato II della direttiva 2011/65/UE in alcun valore di concentrazione in peso in materiali omogenei superiore ai valori massimi elencati in tale direttiva; - Le procedure di approvvigionamento includeranno la gestione dei beni alla fine del loro ciclo di vita, per ridurre al minimo gli sprechi e favorire il riutilizzo e il riciclo dei materiali; - Al termine del ciclo di vita, l'apparecchiatura sarà predisposta per il riutilizzo, il recupero, il riciclaggio e il corretto trattamento in conformità all'allegato VII della direttiva 2012/19/UE”. Trattandosi, pertanto, di certificazioni ISO o similari e del rispetto di normative europee è evidente che le stesse attengono al processo produttivo delle singole imprese, sulla base anche dei Data Center coinvolti, confermando quindi il criterio di equivalenza. L'adozione di tale criterio di equivalenza è anche giustificata dalla privativa derivante dai Data Center, intesi come costruzione, localizzazione, e tutte le altre loro caratteristiche identitarie, che erano già state oggetto di una specifica previsione nel Disciplinare (rif. Vademecum per il concorrente). Tenendo conto dell'adozione delle soluzioni equivalenti e/o superiori di cui al presente documento, resta confermata la sostenibilità del piano economico-finanziario del Concessionario”*.

“*medesime*” condizioni offerte dall’aggiudicatario, ha inteso, sempre secondo il Consiglio di Stato, riferirsi a condizioni “*identiche*”), ma implicherebbe anche una negoziazione diretta con il promotore delle condizioni ritenute più favorevoli alla parte pubblica e, dunque, l’illegittimo affidamento diretto della commessa in favore del RTI TIM³¹⁵.

Il RTI TIM, secondo il Giudice d’appello, avrebbe esercitato la prelazione in uno stato di riserva mentale e, in particolare, subordinatamente alla condizione – implicita, perché, come si è detto, nella nota del 7 luglio 2022 il promotore si è limitato a dichiarare di aderire “*alle medesime condizioni*” offerte dal RTI Fastweb – di replicare soltanto in parte l’offerta dell’originario aggiudicatario.

Tale intimo convincimento del RTI TIM di poter eseguire soltanto alcune delle condizioni tecniche proposte dal RTI Fastweb sarebbe derivato dalla comunicazione della stazione appaltante di risposta alla richiesta di chiarimenti sulle modalità di esercizio del diritto di prelazione avanzata dal promotore.

Tramite tale comunicazione, “*candidamente l’amministrazione ha ammesso di consentire la flagrante violazione dell’art. 183 comma 15 del codice dei contratti pubblici che non consente affatto soluzioni equivalenti nell’esercizio del diritto di prelazione, bensì le “medesime” condizioni offerte dall’aggiudicatario*”³¹⁶.

Solo a fronte del ricevimento di tale comunicazione (secondo il Consiglio di Stato) il RTI TIM si sarebbe determinato ad esercitare la prelazione, per poi procedere, con l’Amministrazione, alla “*ibridazione*” della sua offerta e di quella del RTI Fastweb.

In conclusione: la prelazione è stata esercitata illegittimamente. Da ciò è derivata l’illegittimità dell’aggiudicazione della gara per la realizzazione e gestione del Polo

³¹⁵ In particolare, ai paragrafi 44.16. e 44.17. della sentenza (pag. 73) si legge quanto segue “*Che, una volta esercitato il diritto di prelazione, l’amministrazione abbia proceduto a sommare e sottrarre elementi dell’offerta del RTI Fastweb ed elementi dell’offerta del RTI TIM non è revocabile in dubbio. Così come non è revocabile in dubbio che, tale operazione, lungi dal costituire l’esercizio di un legittimo diritto di prelazione si risolve in una negoziazione diretta con il promotore di condizioni ritenute favorevoli alla parte privata e alla parte pubblica. Non una prelazione ma un illegittimo affidamento diretto (neanche una procedura negoziata come è stata definita dall’appellante incidentale a pagina 40 dell’atto di appello, che, pure, sarebbe stata illegittima) sulla scorta della “vecchia” trattativa privata di cui all’art. 41 R.D. 827/1924.*

44.17. La conclusione cui giunge l’appellante incidentale [i.e. il RTI Fastweb n.d.r.] è dunque corretta: all’illegittimo esercizio della prelazione consegue che la concessione è stata, nella sostanza, affidata senza gara”.

³¹⁶ Cfr. paragrafo 44.14. della sentenza.

Strategico Nazionale in favore del RTI TIM e il conseguente diritto del RTI Fastweb al risarcimento del danno patito.

5.6. Alcune considerazioni sul futuro della finanza di progetto

La sentenza n. 9210 del 24 ottobre 2023, resa dalla V sezione del Consiglio di Stato e illustrata nei paragrafi che precedono, ha una rilevanza che va al di là dello specifico caso del Polo Strategico Nazionale; e questo non soltanto perché fornisce un'interpretazione generale della norma di cui all'articolo 183, comma 15, del d. lgs. n. 50/2016 (di cui le stazioni appaltanti e gli operatori del diritto non potranno che tenere conto anche per il futuro³¹⁷), ma soprattutto perché si tratta della prima pronuncia giurisdizionale intervenuta per chiarire le concrete modalità di esercizio di un diritto tanto peculiare (quantomeno, nell'universo dei contratti pubblici) e contestato quale è quello di prelazione nel contesto della finanza di progetto.

Se l'intento che ha animato il Consiglio di Stato è stato senz'altro chiarificatore, il risultato ottenuto fa sorgere più interrogativi di quanti ne metta a tacere.

Il principio di diritto è apparentemente semplice: il promotore che non risulti aggiudicatario e intenda esercitare la prelazione può farlo solo a condizione che esegua le prestazioni contrattuali a condizioni assolutamente identiche, sia da un punto di vista tecnico, sia da un punto di vista economico, rispetto a quelle offerte dall'originario aggiudicatario. “*Medesime*” significa *‘stesse condizioni’*. *L’espressione normativa richiama un concetto di assoluta identità, e non il ben diverso concetto di ‘equivalenza’*”, ha affermato il supremo organo di giustizia amministrativa.

Nel caso del Polo Strategico Nazionale, non è mai stato in discussione l'*an* della c.d. “ibridazione” tra le offerte del RTI Fastweb e del RTI TIM, confluita nella convenzione sottoscritta tra il DTD e PSN S.p.A.: il promotore che ha esercitato la

³¹⁷ Come più volte rilevato, l'inciso secondo cui “[s]e il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario”, di cui al comma 15 dell'articolo 183 (Finanza di progetto) del d. lgs. n. 50/2016, è oggi testualmente riprodotto nell'articolo 193 (Procedura di affidamento) del d. lgs. n. 36/2023. Di conseguenza, ancorché la pronuncia del Consiglio di Stato esaminata in questa sede sia stata resa con riguardo al previgente Codice dei contratti pubblici, i principi dalla stessa espressi sono applicabili anche al nuovo testo normativo.

prelazione non ha fatto proprie (nel senso che non si è impegnato a replicarle in modo assolutamente identico) tutte le condizioni offerte dall'originario aggiudicatario. È questo un dato di fatto incontrovertibile (e incontroverso).

Se ci si dovesse limitare a guardare a questo dato oggettivo e metterlo a confronto con la lettera della norma di riferimento (“...*alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario*”), allora si farebbe presto a giungere alla conclusione cui è pervenuto il Consiglio di Stato.

Viene tuttavia da domandarsi se la soluzione interpretativa più aderente al dato letterale sia sempre quella più corretta e, dunque, da preferire. Il punto, nel caso di specie non è se l’*“ibridazione”* sia avvenuta, quanto piuttosto se tale *“ibridazione”* sia o meno legittima.

Nel caso specifico del PSN, diversi sono i principi da tenere in considerazione nella valutazione circa la correttezza dell'operato dell'amministrazione.

Viene anzitutto in rilievo (poiché trattasi del principio sulla base del quale il Consiglio di Stato ha *costruito* la propria decisione) il principio di concorrenza. Entrano poi in gioco anche i principi di buon andamento, di massimizzazione dell'interesse pubblico al minor prezzo, nonché il principio del risultato.

Principiando dalla concorrenza: secondo il Consiglio di Stato, poiché il contenuto della convenzione sottoscritta tra il DTD e PSN non coincide perfettamente con il contenuto dell'offerta risultata aggiudicataria in sede di gara (quella del RTI Fastweb), ciò equivarrebbe ad un affidamento diretto, in favore del RTI TIM, di un contratto diverso da quello oggetto di confronto competitivo, in spregio del principio di concorrenza. Il Consiglio di Stato, come visto, afferma addirittura lapidariamente che *“la concessione è stata, nei fatti, affidata senza gara”*.

Ora, se, come visto, è senz'altro vero che non vi è un'esatta corrispondenza tra la convenzione per la realizzazione e gestione del PSN e l'offerta del RTI Fastweb, la conclusione cui è giunto il Consiglio di Stato pare quantomeno affrettata.

Si consideri la *ratio* del principio di concorrenza: da un lato, garantire una partecipazione quanto più ampia possibile alla gara, favorendo in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese; dall'altro lato, la concorrenza è funzionale a far sì che le dinamiche di mercato consentano all'amministrazione, grazie al confronto

competitivo tra il maggior numero possibile di operatori, di affidare la commessa alle migliori condizioni in termini di rapporto qualità-prezzo³¹⁸.

A ben vedere, nel caso di specie nessuna delle due sopra individuate finalità del principio di concorrenza pare essere stata *tradita*: una gara per l'affidamento del PSN si è svolta, ed è stata aperta a tutti gli operatori in possesso dei necessari requisiti tecnico-economici; nella gara sono state presentate solo due offerte, quella del promotore RTI TIM e quella del RTI Fastweb; quella del RTI Fastweb è risultata più conveniente da un punto di vista economico, ma meno avanzata di quella del RTI TIM dal punto di vista tecnico; il RTI TIM ha esercitato la prelazione; è stata stipulata la convenzione. La convenzione è senz'altro il frutto della rinegoziazione di alcuni elementi tecnici dell'offerta del RTI Fastweb, ma, in tutti i casi, tali elementi sono stati sostituiti con i corrispondenti elementi (migliorativi) offerti in gara dal RTI TIM.

La *rinegoziazione* in questione non ha avuto l'effetto di portare all'aggiudicazione del contratto in violazione dei requisiti di partecipazione o delle condizioni tecnico-economiche messe a gara: in effetti, ciò su cui si appuntano i rilievi del Consiglio di Stato (e cioè gli elementi difformi dall'offerta del RTI Fastweb che sono confluiti nella convenzione di concessione per effetto della censurata “*ibridazione*”) sono elementi *migliorativi* delle condizioni di esecuzione “di base” messe a gara. Non sono state affidate al RTI TIM prestazioni ulteriori, né prestazioni diverse, rispetto a quelle oggetto di gara.

Né certamente la rinegoziazione ha avuto per effetto l'affidamento di un contratto a condizioni non ottimali per l'amministrazione e, dunque, per la collettività: tutto il contrario. La convenzione è infatti il frutto della *crasi* tra gli aspetti migliori dell'offerta del RTI Fastweb e del RTI TIM, con la conseguenza che l'esecuzione in *toto* dell'offerta del RTI Fastweb avrebbe paradossalmente determinato l'affidamento a condizioni meno favorevoli in termini di rapporto tra qualità e prezzo.

Con il che, non soltanto non si ravvede una vera e propria lesione del principio di concorrenza (quantomeno nella sua nozione funzionale), ma – anzi – la condotta

³¹⁸ Sulle diverse letture del principio di concorrenza si vedano, tra gli altri, A. Barone, R. D'Agostino, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. Follieri (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56)*, Napoli, 2017, 273 ss., 286 ss. Sul principio di concorrenza nel “nuovo” Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023, si veda G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*.

dell'amministrazione – che ha stipulato un contratto alle migliori condizioni tecnico-economiche tra quelle offerte in gara – appare del tutto in linea con i (parimenti fondamentali) principi dell'affidamento al miglior rapporto qualità prezzo e del risultato³¹⁹.

Sarebbe allora stato senz'altro utile se il Consiglio di Stato avesse approfondito in concreto – non limitandosi a un mero richiamo alla tutela della concorrenza – in che modo tale principio abbia nei fatti subito un *vulnus*, anche nel rapporto con gli altri principi generali. Più in generale, sarebbe stato interessante se il Consiglio di Stato avesse approfondito le complessità di un istituto tanto peculiare come la finanza di progetto e le implicazioni della necessaria interazione, nel partenariato pubblico-privato, ma anche, più in generale, nell'intero settore dei contratti pubblici, tra principi tutti di pari rango.

Non può non considerarsi un ulteriore elemento: con la sentenza resa nel caso del Polo Strategico Nazionale, il Consiglio di Stato ha sancito l'inapplicabilità del principio di equivalenza alla finanza di progetto.

Non è affatto scontato, soprattutto nel caso di commesse che includono prestazioni implicanti l'uso di tecnologie sofisticate, che tutti gli operatori economici attivi in un determinato settore di mercato siano in grado di eseguire una medesima prestazione tramite modalità del tutto identiche. Ciò tuttavia non significa (o, quantomeno, non necessariamente) che prestazioni eseguite tramite tecnologie non del tutto coincidenti non possano essere *identiche* in termini di risultato utile per la stazione appaltante³²⁰.

³¹⁹ Sulla centralità del principio del risultato nella materia dei contratti pubblici e su come tale 'centralità' si sia smarrita in passato e sia stata espressamente ri-affermata con il 'nuovo' Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023, si veda G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2023.

³²⁰ L'equivalenza, a ben vedere, è un concetto che è stato elaborato proprio al fine di garantire quella medesima *concorrenza* che il Consiglio di Stato ha inteso tutelare nel caso del PSN. Si consideri quanto affermato, *inter alia*, dal medesimo Consiglio di Stato, sez. III, 20 giugno 2022, n. 5075, secondo cui "[c]ome chiarito da una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, (Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2021, n. 6035; sez. III, 20 ottobre 2020, n. 6345), il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità. Il principio di equivalenza è, dunque, finalizzato ad evitare una irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente

Stando a quanto emerso nel corso del giudizio, l’offerta del RTI Fastweb presentava elementi che era tecnicamente impossibile replicare (o perché fondati su *asset* e tecnologie coperti da privativa industriale, o perché strettamente correlati al consolidato assetto organizzativo e operativo dell’originario aggiudicatario che sarebbe stato oggettivamente impossibile replicare nel breve termine di quindici giorni che la legge assegna al promotore per l’esercizio del diritto di prelazione).

Ebbene, in quest’ottica, il caso del PSN è l’occasione per compiere una riflessione di carattere generale.

Escludere il principio di equivalenza dalla finanza di progetto rischia di decretare la “morte” dell’istituto³²¹: significa, in particolare, sostenere che il promotore – il cui incentivo a presentare all’amministrazione proposte per la realizzazione di progetti di pubblica utilità riposa solo ed esclusivamente nella previsione del diritto di prelazione – non potrà di fatto esercitare tale diritto ogni qual volta l’offerta dell’originario aggiudicatario preveda anche soltanto *una* condizione tecnicamente e oggettivamente non replicabile in modo identico (ancorché sostituibile con una in tutto e per tutto equivalente, se non addirittura migliore); significa attribuire a chi partecipi a una procedura di gara in finanza di progetto, senza esserne promotore, una facile “scappatoia” per bloccare il diritto di prelazione di chi abbia presentato la proposta: basterà inserire nell’offerta anche un solo elemento fondato su uno specifico *know-how* o diritto di proprietà intellettuale facente capo al concorrente.

Lo stesso RTI Fastweb, nel caso del PSN, sembra aver riconosciuto la sussistenza di elementi tecnici non replicabili nella propria offerta, sostenendo al riguardo come “*sarebbe stato semmai onere del promotore accordarsi con l’aggiudicatario in relazione alle stesse, fermo restando l’obbligo dell’aggiudicatario di consentire l’accesso del promotore a tali soluzioni non replicabili o proprietarie a condizioni eque, ragionevoli e*

corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353)”.

In termini, anche T.A.R. Lazio – Roma, sez. II, 15 maggio 2023, n. 8280 “*Il principio di equivalenza permea l’intera disciplina dell’evidenza pubblica e comporta, in conformità al generale principio del favor participationis, la possibilità di ammettere a seguito di valutazione della Stazione appaltante prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste*”.

³²¹ Per una panoramica generale circa l’utilizzo della finanza di progetto in Italia, si rinvia *supra* al Capitolo II.

*non discriminatorie*³²². Non serve essere esperti di trattative commerciali per avvedersi dell'impossibilità oggettiva per due operatori industriali come quelli in questione di giungere a un accordo soddisfacente per entrambi in un termine così ridotto come quello di quindici giorni assegnato per l'esercizio del diritto di prelazione.

Come anticipato al principio del presente paragrafo, allora, la sentenza resa dal Consiglio di Stato nel caso del PSN lascia con più interrogativi che risposte: è quantomeno dubbio, infatti, che la decisione assunta dal Consiglio di Stato sia quella che meglio tutela l'interesse pubblico sotteso all'affidamento della realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale. D'altra parte, come visto, l'adesione piena all'offerta del RTI Fastweb avrebbe paradossalmente portato a un *peggioramento* del rapporto qualità-prezzo rispetto a quello effettivamente realizzato. Ciò, nella prospettiva del Consiglio di Stato, in nome della fedeltà a un principio, quello di concorrenza, che nel caso di specie non sembra, tuttavia, aver subito alcuna violazione *in concreto*.

E in ogni caso: davvero la concorrenza è il principio supremo, destinato a prevalere sempre e comunque sugli altri principi regolatori della materia dei contratti pubblici, che nel ragionamento confluito nella sentenza del Consiglio di Stato in esame addirittura del tutto *scolorano*, non essendo stati minimamente presi in considerazione, neppure in una prospettiva di bilanciamento con la concorrenza?

Una tale posizione non rischia di far perdere di vista quello che è l'obiettivo primario della normativa in materia di contratti pubblici, vale a dire l'approvvigionamento da parte delle pubbliche amministrazioni di beni e servizi alle migliori condizioni possibili?³²³

³²² Tale argomentazione è riportata nella sentenza non definitiva resa dal T.A.R. Lazio – Roma, n. 4338 del 13 marzo 2023.

³²³ Nel commentare la previsione, nel Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 36/2023, del principio del risultato quale principio fondamentale, insieme a quello della fiducia e dell'accesso al mercato, G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, ha rilevato come “*Si riconosce così il necessario primato della funzione di committenza pubblica, perché le amministrazioni si rivolgono al mercato e stipulano contratti al fine di approvvigionarsi di beni, servizi e opere in tempi rapidi e a condizioni convenienti.*

Il primato della funzione di committenza pubblica, tuttavia, a un certo punto si era smarrito nell'ordinamento italiano. Ciò è avvenuto nel momento in cui si è recepito con il massimo di ambizione riformatrice (ma forse con eccesso di zelo) il corpo normativo sempre più pervasivo e analitico proveniente dal diritto europeo con l'obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato e di tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione. È nota la ratio dell'intervento regolamentare europeo: il timore che le amministrazioni, in quanto attori non di mercato, siano naturalmente indotte a comportamenti

Non resta che sperare che il giudice amministrativo abbia presto l'occasione di chiarire i punti rimasti aperti.

discriminatori perché istituzionalmente incardinate in un sistema a indirizzo politico e 'ambientalmente' vicine alle pressioni locali (e ciò a prescindere da vicende patologiche). Questo spiega le ragioni, sin dalla fine degli anni Sessanta e ancora più dall'inizio degli anni Novanta dello scorso secolo, di una regolamentazione asimmetrica, indirizzata ai contraenti pubblici e non a quelli privati. Il diritto europeo, però, non è di per sé interessato al buon andamento delle amministrazioni nazionali in quanto tali, se non quando, eventualmente, agiscono in funzione comunitaria ai fini dell'attuazione decentrata di politiche e regole europee. Se, quindi, coerentemente con i principi e le libertà sanciti nei Trattati, il diritto europeo derivato mira a tutelare la concorrenza e le libertà di circolazione, ciò non significa che nella disciplina interna tali finalità debbano assurgere a principi ordinatori dell'intera attività contrattuale pubblica. Eppure è proprio ciò che è accaduto nell'ordinamento italiano a partire dal 2006 quando il legislatore, nel recepire la normativa europea, l'ha utilizzata come base per la scrittura organica della disciplina dei contratti pubblici, non solo degli appalti e delle concessioni, con prescrizioni ulteriori rispetto al mero recepimento delle direttive. Per quanto ispirata ad apprezzabili esigenze di codificazione e razionalizzazione normativa, l'esito, forse involontario, dell'operazione è stato così il sovvertimento della naturale gerarchia degli interessi protetti, perché quello al conseguimento del risultato della commessa pubblica è stato posposto se non addirittura negletto rispetto alla finalità ritenuta primaria di tutela della concorrenza e addirittura di promozione del mercato".

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il percorso tracciato in questo elaborato ha messo in evidenza come il partenariato pubblico-privato (ivi inclusa la sua *species* più significativa nel sistema italiano: la finanza di progetto) rappresenti, anche – ma non solo – nel nostro ordinamento, un utile e importante strumento per dare attuazione a interessi pubblici che richiedono capitali, competenze e capacità gestionali difficilmente reperibili nei ranghi dell'amministrazione.

In un contesto caratterizzato, al contempo, da stringenti vincoli di finanza pubblica e da un rilevante fabbisogno infrastrutturale (anche digitale), il PPP consente di incanalare risorse (tecnico-professionali e finanziarie) private verso la realizzazione di progetti di interesse generale, trasferendo sull'operatore economico *partner*, in forme misurabili e monitorabili, il c.d. rischio operativo.

Trasferimento del rischio operativo che, in base ai criteri elaborati dall'Eurostat, permette la classificazione *off-balance* delle operazioni di partenariato pubblico-privato, di modo che l'investimento non concorra a formare il debito pubblico.

Alla convenienza finanziaria si somma il vantaggio correlato all'innesto di *know-how* economico-industriale sin dalle prime fasi di sviluppo del progetto, una conseguente migliore qualità della documentazione tecnica e una maggiore efficienza gestoria, che scaturisce dalla cointeressenza del privato al successo di lungo periodo dell'iniziativa di pubblico interesse.

Su questo sfondo, nel corso dell'analisi svolta nel presente elaborato non si è potuto che prendere atto della "crisi" in cui versa la finanza di progetto, dovuta in particolare a tre eventi che ne mettono in discussione la stessa sopravvivenza nel nostro ordinamento.

Il primo è rappresentato dall'ordinanza del Consiglio di Stato (n. 9449 del 25 novembre 2024) di rimessione alla Corte di giustizia dell'Unione Europea di una questione pregiudiziale tramite la quale è stato richiesto al Giudice europeo di scrutinare la compatibilità del diritto di prelazione del promotore con i principi euro-unitari.

Secondo il Consiglio di Stato, tale istituto rischia di costituire un *vulnus* alla parità di trattamento: la prelazione, infatti, pur potendo essere esercitata solo all'esito di una gara pubblica, consentirebbe di sovvertirne il risultato finale, permettendo al promotore di "eguagliare" l'offerta migliore e divenire aggiudicatario pur non essendosi classificato

primo in graduatoria. Nell'ordinanza in commento, viene così paventato il rischio che un tale vantaggio "strutturale" *ex post* attribuito al promotore divenga disincentivo all'accesso al mercato per concorrenti non promotori. La questione rimessa alla CGUE non è di poco conto: investe l'equilibrio, da sempre delicato, fra incentivo all'iniziativa privata volta all'elaborazione di proposte e al finanziamento di progetti di pubblico interesse, da un lato, e concorrenza nel mercato unico dei contratti pubblici, dall'altro.

Il secondo elemento di rischio è la terza lettera di messa in mora indirizzata all'Italia dalla Commissione europea l'8 ottobre 2025 nell'ambito della procedura d'infrazione INFR(2018)2273. La lettera prende atto dei correttivi introdotti nel 2024 alla disciplina della finanza di progetto, ma reputa non ancora risolte talune criticità che riguardano la fase di selezione della proposta da porre a base di gara e il ruolo del promotore. Tra le altre cose, i rilievi critici della Commissione si appuntano proprio sull'attribuzione al promotore del diritto di prelazione. Le conclusioni sono drastiche: *“la procedura di finanza di progetto nel suo complesso, come delineata nel codice italiano aggiornato, sembra costituire un potente strumento di elusione dell'intero quadro normativo dell'UE in materia di aggiudicazione di contratti pubblici e la sua disciplina non fornisce adeguati strumenti per limitare i significativi rischi di abuso. Tale procedura di aggiudicazione priva completamente la legislazione dell'UE in materia di appalti pubblici nel settore delle concessioni del suo effetto utile”*.

Il terzo evento rilevante è rappresentato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 9210 del 24 ottobre 2023, resa nel giudizio relativo all'affidamento della realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale. La pronuncia (la prima che sia mai intervenuta a chiarire le concrete modalità di esercizio del diritto di prelazione del promotore) si segnala per aver sostanzialmente escluso l'applicazione, nella finanza di progetto, del principio di equivalenza: il promotore può esercitare la prelazione solo riproducendo in modo assolutamente identico, anche sul piano tecnico, le condizioni dell'offerta risultata migliore in gara.

Questa lettura – rigorosamente aderente al dato letterale delle “medesime condizioni” contenuto (oggi) nell'articolo 193 del d. lgs. n. 36/2023 – è però, come si è dimostrato, difficilmente conciliabile con la natura di progetti tecnologicamente sofisticati, in relazioni ai quali elementi protetti da private industriali e caratteristiche

specifiche dell'organizzazione aziendale delle singole imprese partecipanti alla procedura rendono l'assoluta identità tra la migliore offerta e quella eseguita dal promotore "prelazionario" impossibile o, comunque, non esigibile nei quindici giorni che l'ordinamento assegna quale termine di esercizio del diritto di prelazione.

Una simile impostazione rischia, peraltro, di offrire ai concorrenti non promotori una "leva" per neutralizzare sistematicamente la prelazione, innestando componenti non replicabili nelle proprie offerte; e, soprattutto, rischia di scoraggiare l'iniziativa imprenditoriale *ex ante* che la finanza di progetto intende stimolare, vale a dire la presentazione di proposte. Così ragionando, in nome della cieca e assoluta necessità di tutelare la concorrenza, si finisce per penalizzare l'utilità sostanziale cui gli affidamenti pubblici tendono, soprattutto nella cornice normativa tracciata dal d. lgs. n. 36/2023, che ristabilisce il principio del risultato (e dunque dell'affidamento nel più breve tempo possibile e al miglior rapporto qualità-prezzo) quale guida "suprema" delle attività di committenza pubblica.

Esiste così il rischio (concreto) che si possa giungere a una sostanziale paralisi della finanza di progetto, se non si riuscirà ad addivenire a un (diverso) bilanciamento tra garanzie concorrenziali e incentivi all'iniziativa imprenditoriale, che consenta la sopravvivenza del diritto di prelazione del proponente.

L'eliminazione di tale diritto, in passato, ha di fatto azzerato il ricorso all'istituto. È un'evidenza empirica difficile da ignorare, e la ragione economico-giuridica a essa sottesa è chiara. Presentare una proposta di finanza di progetto comporta per il privato un investimento significativo in progettazione tecnica, strutturazione finanziaria, analisi di bancabilità etc. In assenza di un meccanismo che consenta di remunerare tale investimento anche in caso di sconfitta in gara, il promotore correrebbe il rischio di veder trasferito il valore creato a favore del miglior offerente, e ciò disincentiva in radice la presentazione di proposte. Il rimborso a carico dell'aggiudicatario delle spese sostenute per la predisposizione della proposta mitiga solo in parte questo rischio, perché ha una finalità meramente indennitaria e, comunque, è limitato al 2,5% del valore complessivo dell'investimento.

Ponendosi in questa prospettiva, la prelazione non è un privilegio, ma il corrispettivo – condizionato all'esecuzione della migliore offerta e, a seguito delle

modifiche apportate dal Decreto Correttivo al d. lgs. n. 36/2023, contendibile – dell’externalità positiva generata dalla proposta sul lato pubblico.

In quanto tale, la previsione di un diritto di prelazione in favore del proponente appare del tutto coerente con la triade dei “principi fondamentali” cui è informato l’intero d. lgs. n. 36/2023 e, in particolare, con il principio del risultato, che l’articolo 1 del Codice individua quale “stella polare” dell’azione di committenza pubblica: la gara deve perseguire quale obiettivo principale l’affidamento del contratto al miglior rapporto qualità-prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

Nell’ordinamento interno, dunque, la concorrenza è strumentale al buon esito sostanziale della commessa pubblica.

Fintanto che la prelazione si inserisca nel contesto di una procedura complessivamente trasparente e competitiva, e se l’esercizio del diritto garantisce all’amministrazione l’esecuzione del contratto alle migliori condizioni possibili emerse dal confronto competitivo, anche eventualmente facendo applicazione del principio di equivalenza, allora non si vede in che modo esso cagioni, in concreto, un *vulnus* ai principi concorrenziali di matrice euro-unitaria.

Un approccio che valorizzi l’equivalenza funzionale – non l’identità materiale – delle soluzioni tecniche rispetto ai requisiti valutati in gara renderebbe esercitabile la prelazione anche nel contesto di gare per progetti tecnologicamente avanzati, senza scalfire l’esito competitivo. Calata nella finanza di progetto, l’equivalenza consente al promotore di replicare il “valore d’uso” dell’offerta valutata come migliore in gara, assicurando alla stazione appaltante il medesimo (se non un migliore) risultato contrattuale.

Il principio del risultato, per parte sua, offre il criterio di bilanciamento: quando l’amministrazione, nel rispetto di regole certe e trasparenti, consegue con la prelazione lo stesso *output* contrattuale, in termini qualitativi e quantitativi, definito dal confronto concorrenziale svoltosi in gara, l’esercizio del diritto di prelazione consente di massimizzare l’utilità dell’affidamento in termini di efficienza e tutela dell’interesse pubblico. D’altra parte, la gara resta il luogo della selezione comparativa, e la prelazione si esercita a valle, come meccanismo di remunerazione dell’investimento fatto in sede di proposta, senza alterare il contenuto dell’offerta ritenuta migliore.

La traiettoria auspicabile, dunque, è duplice: una ricomposizione dell'interpretazione giurisprudenziale (nazionale) sulle modalità di esercizio della prelazione e una riconsiderazione dell'istituto in commento anche in sede europea.

In definitiva, l'auspicio è che il dialogo tra istituzioni europee, legislatore e giurisprudenza nazionali approdi a un approccio pragmatico e coerente con la realtà economica sottesa alle operazioni di partenariato pubblico-privato.

Solo così il partenariato pubblico-privato potrà effettivamente esprimere, anche oltre la stagione del PNRR, il suo potenziale fisiologico: realizzare investimenti in un quadro di sostenibilità dei conti pubblici; canalizzare capitali privati verso infrastrutture e servizi (pubblici) ad alto contenuto innovativo; responsabilizzare il privato sulla qualità e continuità delle prestazioni, attraverso la leva del rischio operativo; accrescere la capacità dell'amministrazione di perseguire in tempi ragionevoli obiettivi complessi.

La finanza di progetto – purché sorretta dalla prelazione, in un quadro contendibile, e dall'equivalenza tecnica nel suo esercizio – è uno strumento essenziale di questo disegno. Privarne l'ordinamento equivarrebbe non già a rendere più “europea” la contrattualistica pubblica, ma a ridurre lo Stato alla sola alternativa, spesso meno efficiente e più onerosa, dell'appalto tradizionale, proprio laddove l'ibridazione tra capitale, rischio e innovazione è la chiave per massimizzare il valore pubblico.

Il diritto di prelazione del promotore, opportunamente regolato, può essere parte della soluzione e non del problema: simbolo di un ordinamento che incentiva e valorizza l'iniziativa privata quando questa sia incanalata, con trasparenza e responsabilità, al servizio dell'interesse generale.

BIBLIOGRAFIA

Amorosino S., *Il Partenariato Pubblico Privato dalle teorie giuridiche alla realtà del Codice dei contratti pubblici (e del decreto correttivo, n. 56/2017)*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2017, p. 616.

Amorosino S., *Regolazione e programmazione delle infrastrutture*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2019, p. 46 ss.

Andracchio, D., *Commentario al contratto standard di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico-privato (PPP)*, Giappichelli Editore, 2021.

Anselmi D., Smerchinich F., De Martino C., *Società in house. L'affidamento nella pratica*, Maggioli, 2023.

Baldi M., *La disciplina delle concessioni e del project financing dopo la legge 166/2002*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2003.

Baldi M., *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in *Urbanistica e Appalti*, 2023, 286.

Baldi M., *L'esecuzione delle concessioni e la finanza di progetto*, in *Urbanistica e Appalti*, 2023, 401.

Baldoni F., *Managing the cyber risk in a multipolar world*, in *International Journal of Critical Infrastructure Protection*, Volume 39, 2022.

Barbato E., Guzzo G., *Il partenariato pubblico-privato: tra project financing e società miste*, in www.ildirittoamministrativo.it, 2020.

Barone A., D'Agostino R., *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. Follieri (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56)*, Napoli, 2017.

Bassanini F., Napolitano G., Torchia L., (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, il Mulino, 2021.

Belluscio T., Degli Espositi G., *Dematerializzazione: una leva per la semplificazione della P.A.*, in *Azienditalia*, n. 4/2014, p. 307.

Bilancia F., *Indirizzo politico e nuove forme di intervento pubblico nell'economia in attuazione del Recovery and Resilience Facility, tra concorrenza e nuove politiche pubbliche*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2022.

Bin Xue, Jun Cen, Bingsheng Liu, Lei Qian e Jingfeng Yuan, *How Does Policy Implementation Affect the Sustainability of Public-Private Partnership Projects? A Stakeholder-Based Framework*, in *Public Performance & Management Review*, 2022.

Biondi V., *Funzione compensativa e limiti del prezzo nei contratti di partenariato pubblico privato (PPP)*, in *Azienditalia*, n. 12/2019, p. 1666.

Bolognino D., Bonura H., Griglio E., Storto A. (a cura di), *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici. Il commento organico al D.L.vo 31 dicembre 2024, n. 209*, Collana Tribuna Dossier, diretta da Luigi Viola, La Tribuna, 2025.

Bolognino D., Bonura H., Griglio E., Storto A. (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Il commento organico al D.L.vo 31 marzo 2023, n. 36*, Collana Tribuna Dossier, diretta da Luigi Viola, La Tribuna, 2023.

Bontempi V., *Lo Stato digitale nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, RomaTre Press, 2022.

Botto A., Castrovinci Zenna S. (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Giappichelli, 2024.

Brigante V., *The troubled development of the public-private partnership in the Italian administrative law. Its persistent relation with the notion of economic risk and critical reflection about the proper implementation of the idea of flexibility*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3/2019, p. 357 ss.

Bucci G., *Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, 2022.

Campagnano E., *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato. Servizi pubblici e infrastrutture*, CEDAM, 2020.

Canonico P., Tomo A., Hinna A., Giusino L. (a cura di), *La digitalizzazione della PA. Organizzare persone e tecnologie*, Egea, 2022.

Caranta R., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - I principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, artt. 1-12, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9/2023.

Cardi E., *Mercati e Istituzioni in Italia, Diritto ed Economia*, Giappichelli, 2022.

Carlone E., *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2015, p. 148.

Carrière P., *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Cedam, Padova, 1999, p. 33.

Cartei G.F., Ricchi M., *Correttivo al Codice dei contratti pubblici: novità e conferme - Il partenariato pubblico privato e la finanza di progetto*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9/2025.

Cartei G.F., *Contratti pubblici – piano economico finanziario e sostenibilità dell'offerta nella disciplina del contratto di concessione*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 8-9/2022.

Cartei G.F., *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2018, p. 599 ss.

Cartei G.F., *Rischio operativo, equilibrio economico finanziaio e disciplina delle sopravvenienze*, in *Finanza di progetto*, a cura di Cartei G.F., Ricchi M., Editoriale Scientifica, 2015.

Cassella F., *Il project financing nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2005, p. 1801 ss.

Cassese, S., *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 2021.

Ceruti M., *Contratti della P.A. – La concessione, questa sconosciuta*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 2/2022.

Chiti M.P., *La disciplina generale del partenariato pubblico privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Un modello per lo Spazio amministrativo europeo*, in *Astrid Online*, 2023.

Chiti M.P., *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico commerciale*, 2017.

Chiti M.P. (a cura di), *Il Partenariato pubblico privato*, Bononia University Press, Bologna, 2005.

Cintioli F., *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

Clarich M., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2025.

Clarich M., *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e Partenariati Pubblico-Privati*, Milano, 2013, 43 ss.

Clarizia P., *La digitalizzazione della pubblica amministrazione*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2020, p. 727.

Codazzi E., *La società in house. La configurazione giuridica tra autonomia e strumentalità*, Editoriale Scientifica, 2018.

Colombo M.C., Ielo D., *PNRR: appalti, partenariati e progetti finanziati. La governance, le norme e le procedure per la redazione dei progetti e l'attuazione degli interventi*, IlSole24Ore Professional, 2022.

Contessa C., Del Vecchio P. (a cura di), *Codice dei Contratti Pubblici*, Editoriale Scientifica, 2023.

Contessa C., *La Corte di Giustizia fra indicazioni (tardive) sulla Legge Merloni e spunti (tempestivi) sul Codice dei contratti - il commento*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 7/2008.

Crahay, A., Custers, N., Di Giacomo, D., Gross, A., Talpo, S., *Digital Path to Recovery and Resilience in the European Union*, Publications Office of the European Union, 2022.

Cremona E., *Le piattaforme digitali come public utilities: perché non applicare alcuni principi di servizio pubblico?*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 1/2023.

D'Arrigo G., David P., *Next Generation EU e PNRR italiano. Analisi, governance e politiche per la ripresa*, Rubbettino Editore, 2022.

De Luca, G., Tasca, R., *Finanziare le infrastrutture: storia, innovazioni e teoria dalle "vie" romane al partenariato pubblico privato*, il Mulino, 2019.

Della Cananea G., Napolitano G., (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Il Mulino, 1998.

Del Vecchio P. e Carbonara N., *La crisi sanitaria come opportunità di crescita sostenibile: dalla ritrovata centralità dello Stato ai nuovi modelli di partenariato pubblico-privato*, Tangram Edizioni Scientifiche, Trento, 2021.

De Nictolis R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2016.

De Nictolis R., *Le novità del terzo (e ultimo) Decreto Correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 11/2008.

De Nictolis R., *Le novità normative in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 9/2007.

Deodato A., *Il contratto di concessione: il “rischio operativo” e la revisione dell’equilibrio contrattuale*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2024, p. 611.

Di Cristina, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici – Il partenariato pubblico-privato quale “archetipo generale”*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 4/2016, p. 436.

Draetta U., Vaccà C. (a cura di), *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Egea, Milano, 1997.

Donadi C., Rossetti I., *Le nuove frontiere del PPP: il caso della mobilità elettrica*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2023, p. 33.

Falco V., *La Piattaforma Digitale Nazionale Dati e la conferenza di servizi*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 1/2023.

Fazio G., *L’attività contrattuale della P.A.*, Milano, 1984.

Felice E., Nuvolari A., Vasta M., *Alla ricerca delle origini del declino economico italiano*, in *L’industria*, 2019, 197 ss.

Ferrari M., Giovannini A., Pompei M., *The Challenge of Infrastructure Financing*, in *Oxford Review of Economic Policy*, n. 3/2016.

Ferrari G.F., Fracchia F. (a cura di), *Project financing e opere pubbliche, problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Egea, Milano, 2004.

Ferraro V., *La concessione e il diritto europeo: il complesso equilibrio tra la tutela della concorrenza e la “specialità” del regime dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.1/2016.

Fidone G., *Project financing, lo spettro della bocciatura Ue sul diritto di prelazione*, in *NT+ Enti Locali & Edilizia*, 13 maggio 2025.

Finnerty J.D., *Project Financing: Asset-based Financial Engineering*, Wiley, Hoboken, 2013.

Fiorentino L., *Il terzo correttivo del Codice dei contratti pubblici – il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2009.

Fleta-Asín J., Muñoz F., Rosell-Martínez J., *Public-private partnerships: Determinants of the type of governance structure*, in *Public Management Review*, 2020.

Franchini C., Paganetto L. (a cura di), *Stato ed economia all'inizio del XXI secolo*, Il Mulino, 2002.

Fortunato G., *Il rischio operativo nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Appalti&Contratti* (www.appaltiecontratti.it), 12 gennaio 2024.

Fracchia F., *Il principio di risultato*, in R. Ursi (a cura di), *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024.

Giannini M.S., *Diritto Amministrativo*, Milano, 1970.

Giardina C.C., *Sostegno alla diffusione dell'amministrazione digitale*, in *Azienditalia*, n. 11/2020, p. 1740.

Giordano R., Panzarola A., Police A., Preziosi S., Proto M. (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, Amministrazione, Giustizia*, Giuffrè, 2022.

Giovagnoli R., Rovelli G., *Codice dei contratti pubblici*, Giuffrè, 2024.

Golisano L., *Il governo del digitale: strutture di governo e innovazione digitale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 6/2022.

Greco G., *Profili generali*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, V, Milano, 2019.

Guccione C., *Project financing, semplificazioni e spazio agli investitori istituzionali*, in *Enti Locali e Edilizia*, 6 aprile 2023.

Hodge G.H., Greve C., *The Logic of Public-private Partnerships. The Enduring Interdependency of Politics and Markets*, Edward Elgar Publishing, 2019.

Lacava C., *Il secondo correttivo del Codice dei contratti pubblici – Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2007.

Lalli, A., *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Giappichelli Editore, 2022.

Leucci S., Girella S., Beccara J.L., *Pubblica amministrazione e protezione dei dati personali nelle “nuvole”*: criticità e soluzioni, in *Informatica e diritto*, n. 2/2014, pp. 21-46.

Licci Marini A., *La definizione del rischio nel project financing per l'affidamento dei contratti di rendimento energetico*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 6/2022.

Lorenzoni L., *L'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore nella finanza di progetto*, in *Il Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2024, p. 253.

Ma L., Christensen T., Zheng Y., *Government technological capacity and public-private partnerships regarding digital service delivery: evidence from Chinese cities*, in *International Review of Administrative Sciences*, 2023.

Macchia M., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici - I contratti di concessione*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 4/2016, pp. 436 ss.

Macrì I., *Polo Strategico Nazionale*, in *Azienditalia*, n. 3/2023.

Macrì I., *Piattaforma digitale nazionale dati per l'attuazione del principio once only*, in *Azienditalia*, n. 32/2023, p. 32.

Macrì I., *Il PNRR italiano per la digitalizzazione e l'innovazione della Pubblica Amministrazione*, in *Azienditalia*, n. 1/2022, p. 38 ss.

Macrì I., *Dalle infrastrutture digitali delle Amministrazioni al cloud, il nuovo regolamento per la sicurezza dei dati e dei servizi pubblici*, in *Azienditalia*, n. 3/2022.

Macrì I., *L'amministrazione cloud: strumenti operativi*, in *Azienditalia*, n. 4/2021.

Macrì I., *Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella P.A.*, Ipsoa, 2022.

Macrì I., *Cloud della Pubblica Amministrazione: una casa moderna per i dati degli Italiani*, in *Azienditalia*, n. 11/2021, p. 1847 ss.

Macrì I., *Open data, open format trasparenza e pubblicità dei dati delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Azienditalia*, n. 8-9/2021, p. 1431.

Manfreda F., *La finanza di progetto: dalla legittimazione delle Ati costituendae alla illegittimità dei criteri valutativi dei progetti. Profili ricostruttivi di un istituto in evoluzione*, in *Foro amm. TAR*, n. 9/2004, 2713 ss.

Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nimby*, in *Urbanistica e Appalti*, 5/2018, pp. 604 ss.

Manzetti V., *La sostenibilità economico-finanziaria dei progetti PNRR e la contabilizzazione off-balance o on-balance dei contratti di partenariato pubblico privato tra regole di Eurostat e Codice dei contratti pubblici (vecchio e nuovo)*, in *Bilancio, Comunità, Persona*, n. 1/2023.

Massari A., *La legge delega e il futuro del nuovo Codice*, in *Appalti e Contratti*, n. 6/2022, p. 2 ss.

Mattalia M., *Project financing, un istituto in continua evoluzione*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 5/2011.

Mattarella B.G. (a cura di), *Il governo dello sviluppo sostenibile*, Giappichelli, 2023.

Merusi F., *Certezza e rischio nella finanza di progetto*, in G. Morbidelli, *Finanza di progetto*, Torino, 2004, 18 ss.

Merzlov I.Y., *The Regulatory and Institutional Framework of Public-Private Partnership: Cases of France, Germany, and Russia*, in *Institutions and Economies*, vol. 14, n. 3/2022, pp. 25-52.

Moliterni A., *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2, 2022.

Montani V., *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive*, Giappichelli Editore, 2018.

Montedoro G., *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2023.

Napolitano G., *Giustizia amministrativa e ripresa economica*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 3/2022.

Napolitano G., *Il partenariato pubblico-privato per la realizzazione del Polo strategico nazionale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2021, p. 703 ss.

Napolitano G., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2023.

Napolitano G., *Pubblico e Privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003.

Natalini A., *Come il passato influenza la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 1/2022.

Nevitt P.K., *Project Financing*, trad. it. ad opera di P. De Sury, Laterza, Bari, 1987.

Nicolai M., Tortorella W. (a cura di), *Partenariato pubblico privato e project finance*, Maggioli Editore, 2021.

Nicotra F., *Collaborare per migliorare: il partenariato pubblico-privato*, in *Il Diritto Amministrativo*, n. 4/2025.

Ninni A., *Alle origini della crisi italiana: alcune note sui fattori economici e politici che l'hanno scatenata*, in *L'industria*, 2021, 649 ss.

Notari F., *Il percorso della digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche: ambiti normativi mobili e nuovi modelli di governance*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2020, p. 21.

Orlandi M., *Il project financing: profili operativi e finanziari*, in *Amministrazione & Finanza*, n. 6/2024, p. 69

Parisi E., *Selezione del promotore e tutela giurisdizionale nel project financing a iniziativa privata*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, n. 4/2018.

Perongini S., *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *Diritto e società*, 2023, 551.

Pietrantonio G.L., *Il Project Financing tra pubblico e privato. Problemi, scenari e prospettive*, Giappichelli Editore, 2018.

Profili D., *Pnrr e risvolti sul processo amministrativo: aspetti problematici*, in *Il Diritto Amministrativo*, 2022.

Proietti R., *Le principali novità in tema di contratti e concessioni pubbliche*, in *Il corriere giuridico*, n. 8-9/2016.

Raganelli B., *Partenariato pubblico-privato, concessioni e gestione dei rischi*, Minerva Bancaria, 2019.

Ricciardi G., Fera P., *Il partenariato pubblico-privato. Profili di rischio e fattori critici di successo*, Aracne, 2021.

Ricchi M., *La finanza di progetto nel Codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 12/2008.

Ruiz Diaz G., *What drives the failure of private participation in infrastructure projects?*, in *International Journal of Managing Projects in Business*, 2020.

Patroni Griffi F., *La P.A. come contraente tra interesse pubblico e rispetto della concorrenza (Considerazioni introduttive al convegno “Il codice dei contratti pubblici e il suo correttivo: un bilancio di due anni di attività”)*, in *Osservatorio Nazionale Appalti*, 2 aprile 2025

Perfetti L.R., Roma M., *Le concessioni: profili definitivi e di regime*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 5/2021, p. 705.

Perfetti L.R., *Sul “Correttivo” al Codice dei contratti pubblici. Ovvero sulle tensioni tra politica e tecnica, tra potere e contratto*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 1/2025.

Presilla, *Il project financing. Profili di compatibilità generale con l’ordinamento giuridico italiano alla luce della sua tradizionale diffusione nei paesi di origine anglosassone*, in *Nuova Rassegna*, 2004, p. 2108.

Ricchi M., *Struttura e semantica del PPP: le concessioni e la finanza di progetto nel nuovo Codice, il D.Lgs. n. 36/2023*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 3/2024.

Russo T.V., *La gestione delle sopravvenienze nelle operazioni di project financing tra adeguamento e rinegoziazione*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 4/2021, p. 661.

Russo T.V., Marchetti P., *Manuale di diritto e tecnica del project financing*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2010.

Sambri S.M., *Project Financing: la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in E. Picozzi, E. Gabrelli (a cura di), *Trattato di diritto dell’economia: volume III*, CEDAM, 2013.

Sandulli A., *Lo “Stato digitale”. Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2/2021, p. 581 ss.

Sandulli M.A., De Nictolis R. (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019.

Sawyer M., *The Private finance initiative, The Uk experience, Research in Transportation Economics*, n. 15/2005, p. 231 ss.

Schneider E., *Il ruolo primario delle infrastrutture digitali per la ripresa economica del paese: a che punto siamo?*, in *IRPA – Osservatorio sullo Stato digitale*, 16 luglio 2020.

Sgueo G., *La transizione digitale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6/2021.

Siclari D., *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, n. 2/2020, p. 591 ss.

Siclari D., *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in *Dialoghi di Diritto dell'Economia*, 2022.

Sordi B., *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020.

Taglianetti G., *Normativa emergenziale e processo amministrativo: l'attuazione del PNRR a ogni costo?*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 2/2023.

Taglianetti G., *Il partenariato pubblico-privato e il rischio operativo. Dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, 2014.

Tresca M., *Big Data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2021.

Tonetti A., *IL DECRETO "DEL FARE": IL RILANCIO DELL'ECONOMIA - Ancora sulle infrastrutture: il nodo della "fattibilità"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2013.

Trudu M., *L'eliminazione del diritto di prelazione per il promotore e la gain redemption clause*, in *Azienditalia – Finanza e Tributi*, n. 23/2007.

Tullio A., *La finanza di progetto: profili civilistici*, Giuffrè, Milano, 2003.

Ursi R. (a cura di), *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024.

Vacca A., Solustri C., *Il project financing per le opere pubbliche*, Esselibri – Simone, Milano, 2003.

Valaguzza S., Parisi E., *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus – Rivista dei Servizi Giuridici*, n. 1, 2020.

Valaguzza S., Parisi E., *Public Private Partnerships. Governing Common Interests*, Edward Elgar Publishing, 2020.

Vallerani C., *Contratti di concessione*, in AA.VV., *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, a cura di R. Garofoli, G. Ferrari, Roma, 2016, 907 ss.

Vecchi V., Leone V., *Partnership Pubblico Privato 2.0. Strategie, Nuovo Codice dei Contratti, Casi*, Egea, 2023.

Vecchi V., Leone V., *Partnership Pubblico Privato @ Work*, Egea, 2023.

Villata R., Bertonazzi L., *Commento all'art. 1 (Principio del risultato)*, in R. Villata, M. Ramajoli (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Pisa, 2024.

Wang H., Xiong W., Wu G., *Public-private partnership in public administration discipline: A literature review*, in *Public Management Review*, 2020.

Yescombe E.R., *Principles of Project Finance*, Elsevier, Amsterdam, 2014.

Youngkon Lee, Ukhyun Lee, *Reference Architecture and Operation Model for PPP (Public-Private-Partnership) Cloud*, in *Journal of Information Processing Systems*, Vol.17, 2021, n. 2, pp. 284-296.

Zappalà S.M., Juan Parra M., *Il controllo contabile delle operazioni di PPP come volano del PNRR, ovvero il volo del calabrone*, in *NT+Diritto*, 28 aprile 2021.

DOCUMENTI ISTITUZIONALI

Agenzia per l'Italia Digitale:

Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2017 – 2019.

Piano Triennale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione 2019 – 2021.

Assonime - Task Force per la semplificazione:

Interventi di semplificazione e modernizzazione del sistema amministrativo per il rilancio dell'economia, n. 12/2020.

Banca Europea per gli Investimenti (BEI):

European PPP Expertise Centre (EPEC) - Review of the European public-private partnership market in 2021, 2022.

Commissione europea:

Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) 2021.

Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI) 2022.

Rapporto sullo Stato del Decennio Digitale (*Report on the State of Digital Decade*), 27 settembre 2023.

Cresme Europa Servizi:

Il mercato del partenariato pubblico-privato in Italia. Rapporto 2017, Roma, 2018.

**Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) - United Nations Economic Commission
for Europe:**

Guidebook on promoting good governance in public-private partnerships, ECE/CECI/4,
Ginevra, 2008.