

Partenariato pubblico-privato: schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione

di Licia Grassucci

Data di pubblicazione: 18-5-2020

Omogeneità dei procedimenti amministrativi fra tutte le pubbliche amministrazioni; coordinamento, oltre che tra Ministero dell'economia e delle finanze e ANAC, anche con la Presidenza del Consiglio dei Ministri (autrice della circolare 10 luglio 2019, recante «criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 28 dicembre 2008, n. 31») e il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti; coerenza dello schema di contratto tipo in esame con le fonti eurounitarie e nazionali (inclusi il codice dei contratti, l'atteso regolamento unico, linee guida Anac); riferibilità dello schema di contratto alle tante modalità di attuazione del partenariato pubblico-privato onde evitare che diventi uno strumento riduttivo rispetto all'attuale contesto economico

Guida alla lettura

Il Consiglio di Stato si pronuncia sullo schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato, con annessa "*Guida alla redazione*".

Il parere è interessante per l'inquadramento di carattere generale dell'istituto in esame; per la trattazione delle diverse forme di partenariato pubblico-privato, ciascuna nei rispettivi elementi distintivi; per il rapporto tra l'istituto della concessione e il partenariato pubblico-privato, con attrazione del primo nel *genus* del partenariato pubblico-privato e, in particolare, in quello di tipo contrattuale^[1].

Osserva la Sezione, il partenariato pubblico-privato non rinviene nelle fonti del diritto eurounitario una definizione ed una regolamentazione completa.

I principi cardine sono infatti stati riconosciuti dalla Commissione Europea a partire dal Libro verde del 30 aprile 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati e dal diritto comunitario degli appalti e delle concessioni.

Quest'ultimo individua nella realizzazione di forme di cooperazione volte a garantire «*il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di*

un'infrastruttura o la fornitura di un servizio» la ragione ispiratrice dell'istituto.

Quanto alla disciplina nazionale, rilevanti il codice dei contratti del 2006 e quello del 2016: articolo 3, comma 15-*ter* del previgente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (il quale rinunciava a specificare gli elementi della categoria contrattuale e a indicarne il regime giuridico, per individuare il *genus* di "contratti di partenariato pubblico-privato" caratterizzati dall'oggetto) e articolo 3, comma 1, lettera eee) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per la definizione del contratto di partenariato pubblico-privato e art. 180, comma 8, del nuovo Codice per altre tipologie dei contratti di partenariato pubblico-privato.

Si evidenzia l'importanza che lo schema di contratto in esame sia adottato dall'ANAC affinché sia assicurata la "omogeneità dei procedimenti amministrativi" e sia favorito "lo sviluppo delle migliori pratiche" (art. 213, comma 2, Codice). Viceversa, se tali compiti fossero demandati alle singole amministrazioni verrebbe in radice frustrata la possibilità di assicurare l'omogeneità dei procedimenti. D'altronde, il legislatore nel tempo ha introdotto numerose disposizioni volte a garantire la concorrenza attraverso l'omogeneizzazione delle condizioni di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica (artt. 46, comma 1 *bis*, e 64, comma 4 *bis*, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ormai abrogato; artt. 71 e 213 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

Se mancherà l'adozione da parte dell'ANAC, l'atto in questione potrà rimanere un utile ausilio per le pubbliche amministrazioni che, tuttavia, non saranno obbligate a considerarlo quale contratto-tipo anche sotto il profilo delle relative conseguenze giuridiche.

Interessanti anche le osservazioni a proposito dei singoli quesiti sottoposti alla Sezione consultiva con l'affare di cui trattasi, rese sempre nell'ottica del coordinamento con il quadro giuridico generale delineato e nel rispetto della disciplina eurounitaria e nazionale di riferimento.

[1] V. anche, Cons. Stato, Commissione speciale, n. 855 del 1° aprile 2016, reso sullo schema di decreto legislativo recante "*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*"; Id., Commissione speciale, n. 775 del 29 marzo 2017, reso sullo schema di linee guida ANAC recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato*".

LEGGI IL PARERE DELLA PRIMA SEZIONE

Numero 00823/2020 e data 28/04/2020 Spedizione

REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Sezione Prima

Adunanza di Sezione del 22 aprile 2020

NUMERO AFFARE 00196/2020

OGGETTO:

Ministero dell'economia e delle finanze

Schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato;

LA SEZIONE

Vista la relazione trasmessa con nota prot. n. MEF - RGS - 32188 del 27 febbraio 2020, con la quale il Ministero dell'economia e delle finanze ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e uditi i relatori Cons. Vincenzo Neri e Cons. Paolo Carpentieri;

Premesso:

1. Con relazione sottoscritta congiuntamente dal Ragioniere Generale dello Stato e dal Presidente f.f. dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, debitamente vistata dal Ministro dell'economia e delle finanze, trasmessa con la nota in oggetto indicata, il Ministero dell'economia e delle finanze ha qui trasmesso, per l'acquisizione del parere di questo Consiglio di Stato, *“ai sensi dell'articolo 17, comma 25, lettera c), della legge 15 maggio 1997, n. 127”*, lo schema di contratto standard per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato, con annessa *“Guida alla redazione”*.
2. Ha esposto il Ministero che la predisposizione di misure idonee a strutturare correttamente le operazioni di partenariato pubblico-privato per governarne gli impatti sui saldi di finanza pubblica, in coerenza con l'attuazione degli obiettivi di sviluppo degli investimenti delineati nella legge di bilancio per il triennio 2019 – 2021 e in linea con le *best practices* europee e in ottemperanza alle numerose raccomandazioni e indicazioni fornite da Eurostat al Governo

italiano nell'ultimo quinquennio, e in particolare nel 2018, costituisce una delle priorità per il 2020 dell'indirizzo politico espresso dal Ministro dell'economia e delle finanze, atteso che il rilancio degli investimenti in infrastrutture attraverso moduli collaborativi pubblico e privato rappresenta ormai anche in Italia un obiettivo determinante a sostegno della crescita e della competitività.

3. Ha sottolineato il Ministero richiedente che l'allocazione dei rischi in capo all'operatore economico, in linea con la conformazione tipica del regolamento negoziale propria del contratto di partenariato, come prevista nel Titolo I della Parte IV del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo n. 50 del 2016, *“esclude l'operazione tra quelle di indebitamento puro”*, di talché *“L'indagine sulla allocazione dei rischi, così come prescritta da Eurostat, risulta pertanto propedeutica ai fini della esatta collocazione del contratto nell'ambito delle fattispecie previste dall'ordinamento giuridico e con riferimento alle quali sono state dettate precise regole di contabilizzazione”*.

4. A tale scopo – espone il Ministero – *“la Ragioneria Generale dello Stato - Ispettorato Generale per la Contabilità e la Finanza Pubblica (IGECOFIP), già dal 2013 ha istituito un Gruppo di lavoro interistituzionale (GdL) incaricato di elaborare un contratto standard di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità a diretto utilizzo della pubblica amministrazione, da realizzare in partenariato pubblico privato”*, ai cui lavori hanno partecipato, *“oltre ai rappresentanti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, l'Autorità Nazionale Anticorruzione - Ufficio Regolazione Contratti Pubblici, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica (DIPE), l'ISTAT - Dipartimento per i Conti Nazionali e le Statistiche Economiche -Direzione Centrale della Contabilità Nazionale, l'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI) - IFEL Fondazione, l'Università Bocconi - SDA School of Management and Policy, la Corte dei conti, l'Agenzia per la Coesione territoriale ed Eurostat, nonché su invito del Ministero dell'Economia e Finanze a richiesta Cassa Depositi e Prestiti”*. Lo schema di contratto sottoposto al parere di questo Consiglio di Stato – riferisce altresì il Ministero – *“è stato oggetto di due consultazioni pubbliche, la prima effettuata nel mese di febbraio 2015, la seconda nel mese di settembre 2018. I contributi pervenuti dagli stakeholders, prima e dopo la modifica del Codice dei contratti pubblici, sono stati recepiti nel testo in quanto compatibili con la normativa di settore e con gli obiettivi di tutela della finanza pubblica perseguiti dal GdL”*.

5. Il Ministero ha dunque ribadito la centralità del profilo del corretto e consapevole trattamento contabile e statistico delle operazioni di partenariato, rispetto al quale il testo elaborato ha fatto ampio riferimento alle indicazioni fornite da Eurostat, nonché alle osservazioni formulate da EPEC e da Cassa Depositi e Prestiti in ordine ai profili di bancabilità delle operazioni.

6. Il Ministero ha dunque concluso la descrizione di carattere generale del documento trasmesso evidenziando nuovamente come *“Lo schema di contratto standard può rappresentare una efficace guida per la predisposizione di contratti di partenariato pubblico privato costruiti in ragione di una corretta allocazione dei rischi tra le parti negoziali ai fini, sotto il profilo giuridico, di qualificare l'operazione di partenariato come una concessione e non come un appalto; sotto il profilo economico, di conseguire un corretto value for money; e sotto il profilo contabile e statistico, di consentire la classificazione dell'operazione off balance e di*

contabilizzare quindi il valore totale della stessa operazione (parte pubblica e parte privata) sul bilancio dell'ente concedente come non generativa di nuovo debito e di nuovo deficit con effetti positivi per la finanza pubblica”.

7. In questo contesto e in considerazione di tali obiettivi, i “punti cardine” dello schema di contratto di partenariato pubblico-privato sono, ad avviso del Ministero, i seguenti: *“gli obblighi e le prestazioni di ciascuna parte in fase di costruzione e gestione; le modifiche contrattuali; le vicende estintive del rapporto concessorio; i termini, le modalità di pagamento e le decurtazioni del corrispettivo per i servizi erogati dal concessionario; i presupposti e le condizioni di base determinanti l'equilibrio economico-finanziario del rapporto e le cause di disequilibrio”.*

8. Un'ulteriore specificazione introduttiva rilevante è evidenziata dal Ministero circa la scelta di redigere lo schema di contratto *“avendo a riferimento le cosiddette “opere fredde”, ossia le opere per le quali il soggetto privato che le realizza e gestisce trae la propria remunerazione esclusivamente (o principalmente) dai pagamenti effettuati dalla pubblica amministrazione”*, figura che tuttavia potrebbe, ad avviso sempre del Ministero, essere facilmente estesa *“a tutte le altre tipologie di opere”.*

9. Riguardo alla natura giuridica e all'efficacia propria del documento in trattazione, il Ministero ha riferito che *“Ai lavori di predisposizione del suddetto schema ha attivamente partecipato l'Autorità Nazionale Anticorruzione che ne condivide il contenuto quale strumento di soft regulation in un campo particolarmente complesso quale il partenariato pubblico privato”.* Lo stesso Ministero ha però precisato che *“In coerenza con le indicazioni di cui agli articoli 71 e 213, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, lo schema di contratto, non potendosi configurare alla stregua di un bando-tipo, non ha carattere vincolante ma rappresenta uno strumento di indirizzo per le pubbliche amministrazioni ai fini di una corretta configurazione dei contratti di partenariato pubblico privato, in termini sia di allocazione dei rischi sia di contabilizzazione dell'operazione”.*

10. Il Ministero, infine, ha inteso richiamare l'attenzione su *“alcune questioni preliminari che appaiono dubbie”:*

a) *“Esecuzione dei lavori e gestione dei servizi da parte dei soggetti terzi — articoli 15-23 dello schema di contratto standard”;* in proposito il Ministero ha chiesto a questo Consiglio di Stato *“di chiarire se il Concessionario che si è aggiudicato la gara per l'affidamento in concessione della progettazione, costruzione e gestione di una determinata opera sia obbligato ad affidare agli appaltatori eventuali lavori oggetto del contratto attraverso procedure selettive concorsuali o se invece possa scegliere gli stessi con procedure semplificate fermo il rispetto degli obblighi generali di trasparenza, restando salva la libertà del Concessionario di affidare lavori o servizi in subappalto a terzi senza il preventivo esperimento di una procedura di gara”;*

b) *“Modifiche al Contratto — articoli 19 e 32 dello schema di contratto standard”;* in proposito il Ministero ha chiesto a questo Consiglio di Stato *“di esprimere il proprio parere circa la compatibilità degli eventi non riconducibili al concessionario di cui all'articolo 32 dello schema di contratto, che consentono il riequilibrio del piano economico finanziario con il medesimo concessionario, con le previsioni di cui all'articolo 175, comma 7, del Codice dei contratti*

pubblici'.

11. Le amministrazioni richiedenti hanno poi concentrato l'attenzione in particolare su alcune clausole contenute nello schema di contratto tipo, sulle quali hanno specificamente chiesto l'avviso di questo Consiglio di Stato. Esse possono in estrema sintesi racchiudersi nel seguente elenco:

11.1. Esclusione della configurazione del contributo pubblico come una condizione necessaria per raggiungere l'equilibrio economico finanziario nelle cosiddette "opere fredde" in PPP;

11.2. Distribuzione degli obblighi e dei rischi relativi all'acquisizione e alla perdurante validità delle autorizzazioni (art. 9, commi 1 e 2), in relazione al rilievo di Eurostat circa le possibili ricadute negative di tale regime sulla bancabilità del progetto;

11.3. Previsione (art. 43 del contratto standard) del passaggio dell'opera al concedente al termine del contratto, senza il pagamento di un valore residuo;

11.4. Disciplina dei termini di pagamento dell'eventuale contributo pubblico riconosciuto a titolo di prezzo dei lavori da realizzare e del canone di disponibilità (rispettivamente, articoli 21, comma 2, e 28, comma 2, dello schema di contratto standard), in relazione alla procedura di infrazione comunitaria n. 2017/2090 per "*Non conformità dell'art. 77 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, rispetto alla direttiva n. 2011/77/UE, relativa alla lotta contro i ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*"; a tal proposito il Ministero riferisce che lo schema di contratto standard recepisce le indicazioni del Governo italiano che, al fine di superare la suddetta procedura di infrazione, ha condiviso con la Commissione europea gli elementi essenziali della disciplina sui pagamenti da inserire nel redigendo regolamento unico di cui all'articolo 216, come 27-*octies*, del Codice dei contratti pubblici, con riserva di verifica a seguito dell'approvazione del testo definitivo del richiamato regolamento unico;

11.5. Profili di discordanza dello schema di contratto rispetto alle Linee guida ANAC n. 9 del 2018, recanti indicazioni per il monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato, adottate con la delibera n. 318 del 28 marzo 2018 (in particolare, la matrice dei rischi da allocare tra concedente e concessionario allegata al contratto di partenariato riportato nelle predette Linee guida non è perfettamente coordinata con la matrice dei rischi di cui all'Allegato 3 del presente schema di contratto; vi sarebbero inoltre discordanze con riferimento ad alcuni indici di sostenibilità economico-finanziaria, quali il VAN, ritenuto non rilevante nelle Linee guida EPEC - Eurostat); tali discordanze dovrebbero condurre a un aggiornamento ad opera dell'Autorità delle Linee guida n. 9, con il quale recepire anche eventuali modifiche normative in materia.

12. Il Ministero ha inoltre informato del fatto che sono in corso di elaborazione taluni schemi di contratti standard di settore, per ciascuna tipologia di opera pubblica da realizzare in partenariato pubblico-privato, presso la Ragioneria Generale dello Stato - Ispettorato Generale per la Contabilità e la Finanza Pubblica, ad opera di un apposito Gruppo di lavoro interistituzionale di recente riattivato a tal fine, con priorità alle "opere fredde" e, in particolare,

a scuole, ospedali, penitenziari, cimiteri, impianti sportivi, nonché per l'elaborazione di uno schema di contratto standard per gli "Energy Performance Contracts (EPC). Ha riferito che tuttavia tali schemi di contratto saranno redatti mediante una rivisitazione dello schema di contratto standard oggetto della presente richiesta di parere limitatamente agli aspetti di specifica pertinenza di ciascun settore di intervento, sicché, non sarebbe necessario – ad avviso del Ministero - sottoporre anche i suddetti schemi di contratto standard inerenti i settori di intervento sopra richiamati al parere di questo Consiglio di Stato, salvo diverso avviso del Consiglio medesimo.

13. Il Ministero ha infine insistito sull'urgenza di una pronta conclusione dell'*iter* approvativo del contratto standard e dell'acquisizione del richiesto parere, pur nella consapevolezza che il quadro normativo di riferimento sarà modificato a breve per l'adozione del regolamento unico previsto dalla legge 14 giugno 2019, n. 55, di conversione del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, nonché per possibili ulteriori interventi sul Codice dei contratti pubblici dovuti innanzitutto ad alcune recenti sentenze della Corte di Giustizia e alla procedura di infrazione 2018/2273 sul recepimento delle direttive comunitarie in materia di appalti, fermo l'impegno a modificare il contratto tipo per recepire tutte le modifiche normative che dovessero impattare sullo stesso.

Considerato:

A. Profili di inquadramento generale.

1. L'articolo 17, comma 25, lettera c), della legge 15 maggio 1997, n. 127, prevede che "*Il parere del Consiglio di Stato è richiesto in via obbligatoria: a) . . . b) . . . c) sugli schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni predisposti da uno o più ministri*". Con la relazione di accompagnamento al testo, il Ministero richiedente, unitamente all'ANAC, ha, sì, richiamato la sopra trascritta previsione normativa a fondamento della richiesta di parere di questo Consiglio sull'allegato schema di contratto standard, ma ha altresì, nella medesima relazione, proposto due quesiti puntuali e ha richiamato l'attenzione su alcuni punti specifici dello schema di contratto standard in oggetto.

Ritiene pertanto la Sezione che la seguente analisi consultiva debba conseguentemente concentrarsi sui temi evidenziati dalla relazione ministeriale, oltre che sui profili giuridici di maggiore rilievo e di carattere generale che sono posti dallo schema di contratto in esame, con esclusione di un'analisi particolareggiata delle singole disposizioni e previsioni contenute nel documento qui trasmesso in allegato.

Così precisato e delimitato l'ambito dell'indagine, si procederà dapprima a porre in luce taluni profili di inquadramento generale ritenuti dalla Sezione rilevanti ai fini della corretta trattazione dell'affare, quindi all'esame dei quesiti proposti e, infine, all'indicazione di talune, ulteriori considerazioni concernenti l'articolato e singole clausole dello schema di contratto, ritenute problematiche o meritevoli di speciale attenzione.

2. *L'inquadramento normativo del partenariato pubblico-privato: la disciplina comunitaria*

Il partenariato pubblico-privato non rinviene nelle fonti del diritto eurounitario una definizione ed una regolamentazione completa.

I principi cardine del partenariato pubblico-privato sono infatti stati riconosciuti dalla Commissione Europea a partire dal Libro verde del 30 aprile 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni.

Quest'ultimo individua nella realizzazione di forme di cooperazione volte a garantire «*il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio*» la ragione ispiratrice dell'istituto.

Fra i tratti comuni alle diverse strategie negoziali nelle quali si esprime il partenariato pubblico-privato, la Commissione annovera: la lunga durata del rapporto instaurato tra i *partner* pubblici e privati; il finanziamento del progetto a carico dell'operatore privato; la partecipazione di quest'ultimo a tutte le fasi di sviluppo del progetto; l'allocazione dei rischi «*in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi*».

Il Libro verde precisa inoltre che gli Stati membri tendono a ricorrere a siffatte operazioni per l'esecuzione di infrastrutture; la cooperazione tra il pubblico e il privato consente infatti di assicurare la percezione di vantaggi microeconomici mediante il compimento di opere connotate da un miglior rapporto qualità/prezzo.

Vengono individuati, inoltre, due distinti modelli di partenariato pubblico-privato: quello contrattuale, basato su legami prettamente contrattuali tra le parti; quello istituzionalizzato, il quale si contraddistingue per la costituzione di un distinto soggetto giuridico ovvero per la privatizzazione di un'impresa pubblica preesistente.

Nella sua articolazione contrattuale, lo strumento concessorio costituisce la più diffusa tecnica di cooperazione fra il settore pubblico e quello privato. Tuttavia, quanto meno dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, il partenariato pubblico privato può articolarsi anche in altri schemi contrattuali, quali la finanza di progetto, la locazione finanziaria e il contratto di disponibilità.

Le operazioni di partenariato istituzionalizzato sono invece prevalentemente realizzate mediante la partecipazione dei soggetti pubblici e privati a società miste destinate alla prestazione di pubblici servizi.

3. La disciplina nazionale.

Il codice dei contratti del 2006 e quello del 2016.

L'ordinamento interno perviene ad una prima individuazione normativa di partenariato pubblico-privato con l'articolo 3, comma 15-ter del previgente d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nella formulazione introdotta dal terzo decreto correttivo di cui al d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152).

Secondo tale disposizione, *“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”*.

In tal modo il Codice del 2006, da un lato, rinunciava a specificare gli elementi della categoria contrattuale e a indicarne il regime giuridico, dall'altro, individuava un genus di “contratti di partenariato pubblico-privato” caratterizzati dall'oggetto, rispetto alle varie species specificamente indicate all'interno della disposizione (la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria etc.), come si evince chiaramente dalla locuzione “a titolo esemplificativo” contenuta nella disposizione appena citata.

Con la legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, all'art. 1, comma 1, lett. ss) veniva indicata la necessità di *«razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti»*, mentre alla lett. tt) si sottolineava l'esigenza *«di agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addivenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione»*.

All'esito dell'esercizio di tale delega il nuovo Codice del 2016, all'articolo 3, comma 1, lettera eee) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, definisce il contratto di partenariato pubblico-privato come 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 connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore»*.

Sotto altro aspetto, l'art. 180, comma 8, del nuovo Codice ha previsto che nella tipologia dei contratti di partenariato pubblico-privato rientrano (anche) *“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”.

Alla regolamentazione del modello negoziale provvede la parte IV del nuovo codice dei contratti pubblici, la quale, per un verso, disciplina i rapporti tra remunerazione delle prestazioni e rischio operativo, le procedure di affidamento e le modalità di finanziamento dei contratti di partenariato; per altro verso, enuclea alcuni degli strumenti applicativi nei quali concretamente si articola tale paradigma di collaborazione tra pubblica Amministrazione e soggetti privati nella realizzazione e gestione di opere e servizi di pubblico interesse.

In specie, l'articolo 180 precisa che i ricavi dell'operatore economico possano derivare tanto da canoni corrisposti dall'ente concedente, quanto da altre forme di contropartite economiche, ivi inclusi gli introiti prodotti dalla gestione di servizi ad utenza esterna (comma 2). Il successivo comma 3 dispone peraltro che, per effetto della stipulazione di un accordo di partenariato, gravano sull'affidatario non soltanto i rischi di costruzione, ma anche quelli connessi alla disponibilità o alla domanda dei servizi resi. L'assetto d'interessi definito dalle parti deve inoltre preventivamente determinare dei criteri di adeguamento della remunerazione all' *«effettiva fornitura del servizio o utilizzabilità dell'opera»*, al *«volume dei servizi erogati in corrispondenza della domanda»*, nonché, in generale, al *«rispetto dei livelli di qualità contrattualizzati»*. Il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario dell'operazione può inoltre giustificare, ai sensi del comma 6, l'erogazione al soggetto privato di un contributo pubblico, purché la misura di quest'ultimo non ecceda il quarantanove per cento dell'investimento complessivo.

In ragione dei guadagni potenzialmente percepibili dal *partner* privato nello svolgimento del progetto di collaborazione, l'articolo 181 rinviene nelle norme in materia di evidenza pubblica il parametro di regolamentazione delle procedure di scelta del contraente (comma 1). Oltre a prevedere che la base di gara sia costituita dalla predisposizione di un progetto definitivo, di uno schema di contratto e di piano economico finanziario (comma 2), la norma da ultimo citata richiede inoltre, ai sensi del comma 3, una preliminare indagine circa le condizioni di mercato nel quale si iscrive l'operazione economica, anche in relazione alle utilità astrattamente derivanti dallo svolgimento di normali procedure di appalto. La *«permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti»* costituisce invece uno dei principali criteri ai quali le modalità di monitoraggio dell'attività dell'operatore economico devono ispirarsi (comma 4).

4. La natura giuridica del partenariato pubblico-privato contrattuale nella giurisprudenza

Per quanto concerne più specificamente il partenariato pubblico-privato contrattuale, questo Consiglio di Stato (parere della Commissione speciale n. 855 del 21 marzo 2016 reso sullo schema di decreto legislativo recante *"Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione"*) ha già avuto modo di osservare come le previsioni del Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione *“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 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".

Con il successivo parere della Commissione speciale n. 755 del 29 marzo 2017 (reso sullo schema di linee guida recanti "*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato*") questo Consiglio di Stato ha poi considerato che:

- l'espressione partenariato pubblico-privato indica un complesso fenomeno giuridico, di matrice europea, caratterizzato da una sostanziale equiordinazione tra soggetti pubblici e soggetti privati per la realizzazione di un'attività volta al conseguimento di interessi pubblici, in cui ai primi (soggetti pubblici) è attribuito il compito di individuare/selezionare gli interessi pubblici da tutelare e garantire, nonché lo strumento economico/giuridico/finanziario più adeguato per poterli conseguire, oltre che la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento, mentre ai secondi - i soggetti privati, che mettono a disposizione dell'amministrazione pubblica, le proprie capacità finanziarie e il proprio complessivo know how - è riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell'opera, attraverso le ordinarie fasi della sua realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione;

- il partenariato pubblico-privato costituisce un fenomeno economico-finanziario che trova disciplina giuridica nel relativo contratto di partenariato, qualificabile come contratto atipico, in cui le parti fissano nel modo ritenuto più idoneo e adeguato l'assetto dei propri rispettivi interessi in funzione del conseguimento dell'interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica; il partenariato pubblico-privato si delinea come un *genus* contrattuale riferibile a più modelli specifici, tra cui "*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 e servizi che presentano le caratteristiche di cui ai commi precedenti (art. 180, comma 8)*".

Tali considerazioni devono essere ribadite in questa sede, rilevandosi che l'espressione "partenariato pubblico-privato" non pare integrare una categoria giuridica in senso proprio - neanche dopo il nuovo Codice del 2016 - ma, secondo attenta dottrina, sarebbe nozione meramente descrittiva di istituti giuridici caratterizzati da alcuni elementi comuni.

In sostanza si tratta di un modulo procedimentale, disciplinato dal Codice dei Contratti pubblici, volto alla realizzazione degli interessi pubblici, che si avvale della collaborazione tra privati e amministrazioni e che si articola in schemi contrattuali tipici e atipici. Lo scopo è quello di individuare finanziamenti alternativi a quelli tradizionali attraverso un rapporto di lunga durata e una corretta allocazione del rischio in capo ai privati, secondo le modalità individuate nel contratto.

Già nel parere n. 755/2017, sopra citato, questo Consiglio di Stato ha sottolineato che il partenariato pubblico-privato è uno strumento di cooperazione per la effettiva ed efficace

realizzazione degli interessi pubblici, che non solo si presenta come attuativo del principio di solidarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 4, della Costituzione, ma che costituisce concretamente anche un rimedio significativo per il superamento di crisi finanziarie e dei vincoli posti alla spesa pubblica; esso risulta altresì tendenzialmente idoneo a promuovere un significativo rinnovamento della pubblica amministrazione attraverso l'acquisizione di specifiche conoscenze tecniche e scientifiche, proprie delle realtà private, capaci di fornire nuovi e innovativi strumenti per rendere l'azione amministrativa sempre maggiormente coerente con i principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 della Costituzione.

Le osservazioni sino a qui compiute dimostrano, a giudizio della Sezione, che tale modulo organizzatorio – in particolar modo nell'attuale periodo di grave crisi economica e finanziaria del Paese - se ben utilizzato può costituire un volano per la ripresa economica, soprattutto se assistito da un costante dialogo tra Stato, Regioni e enti locali, poiché idoneo ad assicurare l'utilizzo di risorse private nel settore pubblico con conseguentemente allentamento delle restrizioni di bilancio.

5. Le altre tipologie di partenariato pubblico-privato. Finanza di progetto. Locazione finanziaria. Contratto di disponibilità. Affidamento a contraente generale.

Dall'articolo 180, comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 si ricava che le forme di collaborazione fra la pubblica Amministrazione e i soggetti privati nello svolgimento di attività d'interesse generale non si esauriscono nell'affidamento di concessioni di lavori o di servizi ma rinvencono nella prassi una molteplicità di manifestazioni applicative. Come detto, infatti, il partenariato pubblico-privato, piuttosto che configurare un tipo contrattuale autonomo, può essere qualificato come un modulo procedimentale comprensivo di fattispecie distinte, ciascuna delle quali condivide la comune preordinazione alla gestione imprenditoriale di un'operazione economicamente complessa.

Nell'ambito di tali tecniche negoziali la finanza di progetto (cosiddetto *project financing*), disciplinata dagli articoli 183-186 del d.lgs. n. 50 del 2016, costituisce una delle modalità di realizzazione e gestione di un'opera di pubblico interesse fondata sulla predisposizione del progetto preliminare e del piano economico da parte di un promotore privato, il quale, per il tramite del coinvolgimento di soggetti finanziatori, assume a proprio carico gli oneri derivanti dai costi di esecuzione. Al pari del modello concessorio, i ricavi potenzialmente percepibili dal promotore discendono dal conseguimento del diritto di gestione dell'opera realizzata. Al bando di gara è inoltre affidata la disciplina della costituzione di «*società di progetto*» fra i soggetti privati che abbiano partecipato all'operazione.

Lo scopo di finanziamento costitutivo della tecnica negoziale sottostante al *project financing* può parimenti riscontrarsi nella locazione finanziaria immobiliare (articolo 187 del codice dei contratti pubblici), consistente nel godimento da parte della stazione appaltante di un'opera la cui realizzazione è previamente affidata ad un imprenditore privato. In tale ipotesi i costi di esecuzione dei lavori, le spese di gestione ed il prezzo di erogazione del credito sono remunerati dalla corresponsione di un canone periodico a carico della pubblica Amministrazione, la quale, nel valutare gli strumenti di gestione delle proprie carenze

finanziarie, è tenuta ad un puntuale esame delle opzioni di investimento alternative.

Passando al contratto di disponibilità, va evidenziato che il rischio ed i costi operativi sono sostenuti dal *partner* privato non soltanto per la realizzazione di un'opera destinata all'esercizio di un pubblico servizio ma anche per garantire la «*costante fruibilità*» della medesima (articolo 3, lettera hhh). Peraltro, la permanenza dell'opera nella proprietà dell'affidatario assicura, per un verso, l'esecuzione di opere funzionali al soddisfacimento degli scopi d'interesse pubblico cui l'Amministrazione è istituzionalmente preposta; per altro verso, la trasposizione a carico del privato dei soli rischi di costruzione e di disponibilità, con esclusione di quelli gestori comunemente ascrivibili alle operazioni di concessione. Le forme di remunerazione della «*messa a disposizione*» sono infatti di volta in volta individuate (articolo 188) nel pagamento di canoni di disponibilità, di contributi in corso d'opera ovvero, per il caso del riscatto dell'opera da parte del committente, di un prezzo di trasferimento.

Al titolo III della Parte IV del codice dei contratti pubblici è infine stabilita la disciplina dell'affidamento a contraente generale (cosiddetto *general contractor*), delle cui capacità organizzative e finanziarie l'Amministrazione si serve per realizzare opere conformi al progetto definitivo posto a base di gara (articolo 194). La specialità della fattispecie può rinvenirsi nell'estensione dei compiti affidati al contraente generale, il quale, oltre all'esecuzione dei lavori, assume gli oneri connessi alla predisposizione del progetto esecutivo, al prefinanziamento totale o parziale dell'opera, nonché all'esercizio della potestà di apprensione delle aree. A differenza del contratto di concessione, siffatta modalità di affidamento non implica il trasferimento in capo all'aggiudicatario del rischio operativo, in ragione dell'obbligo di pagamento di un corrispettivo gravante sull'Amministrazione a seguito dell'ultimazione dei lavori. L'esercizio di prerogative tipicamente pubblicistiche da parte del contraente generale consente dunque di riconoscere nell'istituto una delle principali manifestazioni applicative della collaborazione tra la pubblica Amministrazione e gli operatori privati nello svolgimento di attività d'interesse generale.

6. Il partenariato pubblico-privato e la concessione. Essenzialità dell'elemento del rischio

Per quanto d'interesse in questa sede, occorre ora esaminare l'effettiva collocazione dell'istituto della concessione e il suo rapporto con il partenariato pubblico-privato.

La concessione – pur essendo disciplinata nella parte III del Codice - è attratta nel *genus* del partenariato pubblico-privato (come facilmente ricavabile dall'articolo 180, comma 8, Codice) e, in particolare, in quello di tipo contrattuale, in quanto caratterizzata dal coinvolgimento del privato nella gestione dell'opera o del servizio, con l'obiettivo del soddisfacimento di un interesse pubblico predeterminato.

In questa figura, come è noto, la ripartizione del rischio tra le parti costituisce l'elemento discriminante tra la concessione e l'appalto pubblico.

Secondo la giurisprudenza dalla Corte di giustizia, difatti «*la differenza tra un appalto di servizi e una concessione di servizi risiede nel corrispettivo della fornitura di servizi «Un appalto pubblico di servizi» ai sensi delle direttive 2004/18 e 2004/17 comporta un corrispettivo che è*

pagato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice al prestatore di servizi Si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione. (CGUE 15 ottobre 2009 in C-196/08).

In merito è stato poi considerato – e va qui ribadito - che “la caratteristica precipua delle concessioni, idonea a differenziarle dagli appalti, è data proprio dall'assunzione di un rischio, che va ben al di là, ed è qualitativamente differente, da quello sopportato da un normale appaltatore. In mancanza, dunque, del trasferimento del rischio "operativo", come ricorda la Corte di giustizia UE, il contratto dovrebbe essere definito come di appalto, almeno per quel che concerne la fase di aggiudicazione, ma non mancano, come è noto, delicate questioni interpretative, non solo sotto l'aspetto qualitativo, in ordine a tale trasferimento.

Sotto il profilo qualitativo, la direttiva precisa che deve trattarsi di un rischio "sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi" (art. 5, n. 1), comma 2). Ed il considerando n. 20 precisa ulteriormente che tale rischio "dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti". Il che se è conciliabile con il rischio della domanda, che dipende da comportamenti di soggetti terzi (fruitori del servizio), lo è di meno con il rischio dell'offerta, dato che la medesima è resa dallo stesso concessionario. Sicché deve ritenersi che in tal caso le componenti del rischio riguardino essenzialmente elementi che sono al di fuori del controllo dell'operatore privato, come l'andamento dei costi (anche finanziari) che dipendono puramente dalle oscillazioni del mercato, e quindi, come tali, sono estranei al dominio delle parti. Di particolare interesse, anche nell'ambito del rischio dell'offerta, è il c.d. rischio di disponibilità, tipico delle concessioni associate alle opere c.d. fredde (ed ai relativi servizi, avvinti dalla stessa logica) – ovvero le opere che sono prive della capacità di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi – e che, risultando legato alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità, dovrebbe legarsi alla performance dello stesso concessionario. L'applicazione del modello concessorio alle c.d. opere fredde (il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi all'amministrazione traendo la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa: per es. nei casi di carceri o ospedali) ha destato perplessità, dato che l'ambito naturale dell'istituto è certamente costituito dalle c.d. opere calde, ovvero da quelle dotate di intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi di utenza (modello autostrade, gas, parcheggi), ovvero, al più, da quelle c.d. tiepide, categoria intermedia per la quale, non essendo sufficienti i ricavi di utenza a ripianare interamente le risorse impiegate, risulta necessario un contributo pubblico per la fattibilità finanziaria (impianti sportivi e, per i servizi, trasporto pubblico locale). Tuttavia, non vi sono elementi per affermare che, in base alla direttiva, il modello della concessione non si applichi anche alle opere fredde (ed ai servizi dello stesso tipo), per le quali, a differenza delle opere calde (dove viene prevalentemente in rilievo il rischio della domanda, e dunque il rischio sul versante dei ricavi, come nel caso dell'esempio — non infrequente - della sovrastima dei flussi di traffico da parte di concessionari autostradali), viene in rilievo prevalentemente il rischio dell'offerta e, quindi, anzitutto quello sul versante dei costi (cfr., al riguardo, anche l'art. 165 del codice).

Dal punto di vista quantitativo, e quindi dell'entità del rischio operativo, la direttiva 23 lascia

margini ai legislatori nazionali e pone dei limiti, essenzialmente in termini negativi, ammettendo che una parte del rischio possa rimanere a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore e risultando esclusi espressamente solo i casi in cui il rischio sia eliminato del tutto (considerando nn. 18 e 19).

In definitiva la "componente rischio" deve essere effettivamente sussistente, ancorché proporzionalmente ridotta, come emerge dal recepimento nazionale recato dall'art. 165, comma 2, secondo cui "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 cinquanta per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari" (Cons. Stato, Comm. spec. n. 855/2016).

Giova anche rammentare quanto ritenuto dal parere della Commissione speciale n. 775/2017, sopra citato, secondo cui "L'art. 180, comma 3, in particolare individua tre tipi di rischio: il rischio di costruzione; il rischio di disponibilità e, nei casi di attività redditizia, il rischio di domanda dei servizi resi; [...]. Malgrado tale ultima previsione possa prestarsi ad una diversa interpretazione, deve ammettersi che l'elencazione dei rischi sopra ricordati (cui per completezza deve aggiungersi il rischio operativo concernente in special modo le concessioni, come definito dall'art. 3, comma 1, lett. zz) [...] debba considerarsi tassativa, anche in omaggio al principio di legalità, fermo restando tuttavia la possibilità all'interno di tali tipi di rischi di procedere ad una loro ulteriore specificazione, quale espressione della volontà contrattuale delle parti, per rendere cioè la disciplina contrattuale del partenariato coerente e adeguata con la fattispecie concreta (e con l'interesse pubblico concreto da perseguire) in pieno accordo con la natura atipica del contratto di partenariato, precedentemente delineata."

L'essenzialità dell'elemento del rischio si rinviene anche sotto un profilo più squisitamente tecnico-contabile. È noto, difatti, che secondo la decisione dell'Ufficio statistico europeo (Eurostat) dell' 11 febbraio 2004 (Treatment of public-private partnership), riguardante il trattamento contabile nei conti nazionali dei contratti sottoscritti dalla Pubblica Amministrazione nel quadro di partenariati con imprese private, i beni (asset) oggetto di tali operazioni non vengano registrati nello stato patrimoniale delle pubbliche amministrazioni, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito secondo le definizioni del regolamento europeo SEC, solo se c'è un sostanziale trasferimento di rischio dalla parte pubblica alla parte privata. Ciò avviene nel caso in cui si verificano contemporaneamente le seguenti due condizioni: il soggetto privato assume il rischio di costruzione; il soggetto privato assume almeno uno dei due rischi: di disponibilità o di domanda (v. da ultimo, Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 10 luglio 2019 in G.U. n. 198 del 24 agosto 2019).

Sotto tale profilo va anche segnalato quanto ha ritenuto la Corte dei conti, secondo cui « Se ... i rischi contrattuali sono correttamente allocati in capo all'operatore economico privato, in aderenza alle decisioni Eurostat ... richiamate dall'art. 3, comma 1, lett. eee), del d.lgs. n. 50 del 2016, l'operazione non va qualificata in termini di indebitamento (rectius, debito) per la PA committente, ma ritenuta, come detto in gergo, "off balance". Al contrario, nel caso in cui la locazione finanziaria di opere pubbliche, come altro contratto di PPP, mascheri l'assunzione di debito per la PA committente, in quanto i rischi sono allocati prevalentemente su quest'ultima

(in virtù di garanzie, clausole di indicizzazione dei prezzi, mancata decurtazione del canone in assenza del godimento del bene, adeguamento del corrispettivo di riscatto in caso di incremento dei costi di costruzione, etc.), allora il contratto viene considerato fonte di debito per la PA (e, come tale, va contabilizzato on balance)» (da ultimo, C. conti, sez. contr. Lombardia n. 359/2019/PAR del 24/09/2019).

Alla luce di tutto ciò, la Sezione raccomanda alle Autorità richiedenti che il contenuto dello schema venga adattato ai principi ora riportati per renderlo coerente con il quadro normativo eurounitario e nazionale sia da un punto di vista giuridico sia sotto il profilo contabile-finanziario.

B. Esame dei quesiti proposti

1. Occorre svolgere in primo luogo alcune considerazioni preliminari circa l'inquadramento giuridico dello schema di contratto in esame nel sistema normativo di riferimento. Se è vero, da un lato, che rientra senz'altro nella competenza di carattere generale delle pubbliche amministrazioni, nei limiti dei propri fini istituzionali stabiliti per legge, il potere di elaborare e pubblicare schemi generali di contratti-tipo, accordi e convenzioni, allo scopo di orientare e di dare uniformità alla prassi applicativa degli uffici, è altresì vero che, nella specifica materia dei contratti pubblici preordinati alla realizzazione di opere pubbliche, in base al codice di settore, esiste una disciplina normativa di rango primario che regola in modo puntuale, tra i tanti profili, anche quello dell'adozione di linee guida e contratti tipo, e che demanda tale compito all'ANAC (articolo 213, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, in base al quale *“L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”*).

1.1. Ora, nel caso in esame lo schema di contratto tipo è stato elaborato presso il Ministero dell'economia e delle finanze (Ragioneria Generale dello Stato - Ispettorato Generale per la Contabilità e la Finanza Pubblica - IGECOFIP) da un apposito Gruppo di lavoro interistituzionale — ai cui lavori hanno partecipato, *“oltre ai rappresentanti del Ministero dell'Economia e delle Finanze, l'Autorità Nazionale Anticorruzione - Ufficio Regolazione Contratti Pubblici, la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica (DIPE), l'ISTAT - Dipartimento per i Conti Nazionali e le Statistiche Economiche - Direzione Centrale della Contabilità Nazionale, l'Associazione Nazionale Comuni Italiani (ANCI) - IFEL Fondazione, l'Università Bocconi - SDA School of Management and Policy, la Corte dei conti, l'Agenzia per la Coesione territoriale ed Eurostat, nonché su invito del Ministero dell'Economia e Finanze a richiesta Cassa Depositi e Prestiti”* — ed è stato trasmesso a questo Consiglio di Stato con una nota a firma dell'Ispettore generale e con una relazione a firma congiunta del Ragioniere Generale dello Stato e del Presidente f.f. dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, con il visto del Ministro dell'economia e delle finanze di autorizzazione alla richiesta di parere a questo Consiglio.

1.2. Occorre dunque domandarsi quale sia l'autorità proponente che provvederà poi alla

successiva adozione ed emanazione del contratto tipo in esame, ciò che si lega biunivocamente alla natura giuridica e all'efficacia di tale atto.

Sotto questo profilo nella relazione illustrativa si afferma che *lo schema di contratto non ha carattere vincolante, ma rappresenta uno strumento di indirizzo per le pubbliche amministrazioni ai fini di una corretta configurazione dei contratti di partenariato pubblico privato, in termini sia di allocazione dei rischi sia di contabilizzazione dell'operazione*. Sembra, dunque, che si propenda per la configurazione dell'atto alla stregua di un mero contratto tipo ministeriale non vincolante, che verrebbe adottato dal Ministero dell'economia e delle finanze come supporto alle amministrazioni pubbliche, aperto ad adesioni puramente volontarie, senza alcuna efficacia propria degli atti di così detta "soft law" demandati in *subiecta materia* all'ANAC dal citato art. 213 del codice dei contratti pubblici (in questa impostazione l'apporto dell'ANAC sarebbe meramente istruttorio e tecnico).

La competenza del MEF si giustificerebbe in ragione della finalità principale dell'iniziativa, che consiste nell'assicurare la corretta collocazione delle operazioni sotto il profilo contabile e statistico, al fine di consentirne la classificazione *off balance* e di contabilizzare quindi il valore totale (parte pubblica e parte privata) come non generativo di nuovo debito e di nuovo deficit, con effetti positivi per la finanza pubblica.

Coerentemente con tali finalità, lo schema di contratto tipo potrà conseguentemente concentrarsi soprattutto sugli ora detti profili di diretta incidenza ai fini della classificazione contabile, in coerenza con gli indirizzi e i dettati delle raccomandazioni e indicazioni fornite da Eurostat al Governo italiano nell'ultimo quinquennio, e in particolare nel 2018 (SEC 2010 approvato con Regolamento (CE) 21 maggio 2013 n. 549/2013 - Manuale sul deficit e sul debito, ed. 2016; Guida al trattamento statistico dei PPP - EPEC, settembre 2016).

Detto in modo più chiaro, se l'intenzione delle Autorità richiedenti è quella di dar vita ad un contratto-tipo ex art. 213, comma 2, Codice dei contratti pubblici – con le relative implicazioni sotto un profilo giuridico – sarà necessario che lo schema di contratto, ora in esame, venga adottato dall'ANAC nel rispetto delle regole applicabili a tale Autorità e non può essere oggetto di solitaria approvazione da parte del Ministero richiedente. Solo l'ANAC, infatti, in questo contesto ordinamentale ha attribuito dalla legge il compito di assicurare la "omogeneità dei procedimenti amministrativi" e di favorire "lo sviluppo delle migliori pratiche" (art. 213, comma 2, Codice); se tali compiti fossero demandati alle singole amministrazioni, infatti, verrebbe in radice frustrata la possibilità di assicurare l'omogeneità dei procedimenti. Non è inutile ricordare che il legislatore nel tempo ha introdotto numerose disposizioni volte a garantire la concorrenza attraverso l'omogeneizzazione delle condizioni di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica (artt. 46, comma 1 bis 64, comma 4 bis, d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ormai abrogato; artt. 71 e 213 d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50).

Se mancherà l'adozione da parte dell'ANAC, l'atto in questione potrà rimanere un utile ausilio per le pubbliche amministrazioni che, tuttavia, non saranno obbligate a considerarlo quale contratto-tipo anche sotto il profilo delle relative conseguenze giuridiche.

In tal senso, valuterà l'amministrazione se trasformare tale atto in una circolare con la quale

suggerire le più corrette modalità di azione al precipuo scopo di disciplinare i predetti aspetti di carattere contabile-finanziario.

2. Passando ora alle Linee guida dell'ANAC n. 9 del 2018, va ricordato che sono state adottate ai sensi dell'art. 181, comma 4, del codice dei contratti pubblici, in base al quale *“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”*.

Tale disposizione di legge non è stata modificata dal decreto c.d. sblocca-cantieri ed è rimasta dunque la possibilità per l'ANAC di adottare le predette linee guida nella materia specifica.

Occorre tuttavia coordinare tale previsione con quanto stabilito dall'articolo 216, comma 27 octies, Codice, come risultante dal d.l. c.d. sblocca-cantieri.

Giova evidenziare, al riguardo, che tale disposizione di legge, per un verso, individua alcune linee guida che cesseranno di avere effetto dal momento in cui entrerà in vigore il regolamento unico (precisamente quelle prima previste dalle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2); per altro verso individua, in modo trasversale, le materia di competenza del regolamento – *a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali* – stabilendo, allo scopo di evitare possibili antinomie, che a *“decorrere dalla data di entrata in vigore del regolamento cessano di avere efficacia le linee guida di cui all'articolo 213, comma 2, vertenti sulle materie indicate al precedente periodo nonché quelle che comunque siano in contrasto con le disposizioni recate dal regolamento”*.

Fatta tale premessa, la Sezione reputa che le possibili discordanze tra lo schema del presente contratto e le Linee guida in questione debbano esser risolte, nell'ottica della leale collaborazione, tra Ministero e ANAC sia perché entrambe sono richiedenti il parere (e conseguentemente deve ritenersi che ne condividono i contenuti) sia perché il già richiamato art. 181, comma 4, prevede che per l'adozione delle linee guida l'ANAC debba sentire il MEF.

In via ancor più generale, in ragione del chiaro disposto dell'art. 216, comma 27 octies, Codice, reputa la Sezione che, in un'ottica di efficienza e di economia dei procedimenti, valuterà il Ministero dell'economia e delle finanze se non sia il caso di rinviare ogni decisione ad un momento successivo al regolamento per evitare che si introducano disposizioni che potrebbero poi non essere coerenti con il citato regolamento.

3. Tale ultima considerazione impone alla Sezione di fare un'ulteriore raccomandazione alle Autorità richiedenti.

Le osservazioni sin qui compiute dimostrano che, in ragione della particolare importanza dello strumento, prima di varare definitivamente il documento, potrebbe essere opportuna una più intensa attività di coordinamento, oltre che tra Ministero e ANAC, anche con la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti.

La Presidenza, infatti, è autrice della circolare 10 luglio 2019 (pubblicata in G.U. n. 198 del 24 agosto 2019), recante «*criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 28 dicembre 2008, n. 31*».

L'attinenza delle disposizioni ivi dettate alla materia oggetto del presente parere impone dunque un migliore coordinamento.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, sotto altro aspetto, ha una competenza "istituzionale" in materia che suggerisce un coordinamento tra i diversi settori dell'amministrazione statale.

Peraltro la necessità di un coordinamento in materia, soprattutto per temi di importanza generale, emerge anche dall'istituzione della Cabina di regia ad opera dell'articolo 212 Codice dei contratti pubblici che, al comma 1, lett. b), assegna a tale organo il compito di «*curare, se del caso con apposito piano di azione, la fase di attuazione del ... codice coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, nonché della loro raccolta in testi unici integrati, organici e omogenei, al fine di assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca*».

Per tali ragioni, la Sezione reputa opportuno trasmettere il presente parere sia alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (anche in sede di coordinamento) sia al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

4. Sempre da un punto di vista generale, la Sezione non può fare a meno di rilevare che lo schema di contratto, sottoposto a parere, si riferisce, e disciplina, solo una delle tante modalità di attuazione del partenariato pubblico-privato.

Tale scelta rischia di essere riduttiva perché, soprattutto in un contesto economico qual è quello attuale, l'utilizzo degli altri strumenti di partenariato pubblico-privato – analiticamente descritti sub A.5 – potrebbe ancor di più consentire la realizzazione di opere senza particolari impegni finanziari da parte dello Stato.

Sotto tale profilo, valuti pertanto l'Amministrazione se estendere lo schema sottoposto a parere agli altri strumenti.

5. Ferme restando le considerazioni di carattere preliminare e pregiudiziale già esposte, il Consiglio, nell'ottica della leale collaborazione, rileva quanto segue.

La prima questione posta dal Ministero riguarda l'esecuzione dei lavori e la gestione dei servizi da parte dei soggetti terzi e si articola in due quesiti: quando i soggetti terzi siano da qualificare come appaltatori rispetto al concessionario e quando, invece, debbano considerarsi subappaltatori e se il concessionario sia obbligato ad affidare agli appaltatori eventuali lavori oggetto del contratto attraverso procedure selettive concorsuali o se invece possa sceglierli con procedure semplificate, fermo il rispetto degli obblighi generali di trasparenza.

5.1. Il dubbio deriva dal non perfetto coordinamento delle pertinenti disposizioni del codice dei contratti pubblici: da un lato, l'articolo 1, comma 2, lettera c), secondo il quale le disposizioni del codice si applicano ai lavori pubblici affidati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, previsione che, in uno all'articolo 164, comma 5 (che stabilisce che i concessionari sono tenuti, per gli appalti di lavori affidati a terzi, all'osservanza della Parte III e delle disposizioni di cui alle Parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non espressamente derogate dalla Parte III), deporrebbe nel senso della necessità di selezionare i terzi appaltatori mediante procedura di gara; dall'altro lato l'articolo 174, comma 2, che prevede che gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi, aprendo, dunque, alla possibilità che il concessionario, ove qualificato per i lavori e per i servizi da realizzare e da erogare, possa scegliere liberamente sul mercato le imprese terze, subappaltatrici, per la realizzazione dell'opera e per la gestione del servizio. In quest'ottica il soggetto terzo chiamato a realizzare l'opera dovrebbe essere qualificato come appaltatore nei casi in cui il concessionario non sia qualificato; dovrebbe, invece, essere considerato un subappaltatore quando il concessionario già possiede i requisiti di qualificazione.

5.1.1. Un disallineamento tra le norme del codice vi sarebbe, inoltre, anche nel raffronto tra l'articolo 1, comma 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici – che prevede l'applicazione *tout court* delle disposizioni del codice medesimo per l'affidamento di lavori da parte dei concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici - e il successivo articolo 164, comma 5, che limita le disposizioni applicabili per gli appalti di lavori affidati a terzi a quelle della Parte III e a quelle inerenti il subappalto, la progettazione, il collaudo e i piani di sicurezza delle Parti I e II, prevedendo, nella sostanza, una procedura semplificata di selezione dell'appaltatore.

5.1.2. In proposito il Ministero ha chiesto a questo Consiglio di Stato *“di chiarire se il Concessionario che si è aggiudicato la gara per l'affidamento in concessione della progettazione, costruzione e gestione di una determinata opera sia obbligato ad affidare agli appaltatori eventuali lavori oggetto del contratto attraverso procedure selettive concorsuali o se invece possa scegliere gli stessi con procedure semplificate fermo il rispetto degli obblighi generali di trasparenza, restando salva la libertà del Concessionario di affidare lavori o servizi in subappalto a terzi senza il preventivo esperimento di una procedura di gara”*.

5.1.3. Rispetto a questi profili dubbi lo schema di contratto standard, negli articoli 15 e 23, prevede: nell'art. 15 (*Esecuzione dei lavori*) che (comma 1) *Le prestazioni eseguite direttamente dai soci del Concessionario non costituiscono affidamenti a terzi, ai sensi degli articoli 174, comma 2, e 184, comma 2, del Codice*; che (lettera b) del comma 3) *i lavori possono essere subappaltati nei limiti quantitativi indicati in sede di Offerta*; che (comma 4)

Alle prestazioni eseguite in subappalto si applica l'articolo 174 del Codice; nell'art. 23 (Fase di gestione) prevede (comma 3) che "In caso di affidamento diretto da parte del Concessionario ai propri soci, ai sensi degli articoli 174, comma 2, e 184, comma 2, del Codice, da regolare mediante apposito atto contrattuale, valgono le seguenti condizioni: . . . c) i Servizi possono essere subappaltati nei limiti quantitativi indicati in sede di Offerta".

5.1.4. L'art. 1, comma 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici prevede che "2. Le disposizioni del presente codice si applicano, altresì, all'aggiudicazione dei seguenti contratti: . . . c) lavori pubblici affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici". L'art. 164 (Oggetto e ambito di applicazione della disciplina dei contratti di concessione) stabilisce, al comma 5, che "5. I concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici, per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza della presente Parte nonché [del]le disposizioni di cui alle parti I e II in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, non derogate espressamente dalla presente parte". L'art. 174 (Subappalto), che inaugura il Capo III (Esecuzione delle concessioni) del Titolo I della Parte III del codice, prevede, nel comma 2, che "Gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi" e specifica le condizioni alle quali non si considerano come terzi le imprese che raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate (in termini corrispondenti dispone l'art. 184, comma 2, sulle società di progetto).

5.1.5. I dubbi interpretativi sollevati dal Ministero richiedente sono stati colti dalla dottrina, secondo la quale l'art. 164 sarebbe riferito alle "vecchie" concessioni, assegnate senza gara, mentre il subappalto (art. 174) dovrebbe applicarsi alle concessioni affidate in base al nuovo codice ad operatori economici "operativi".

Per la dottrina, infatti, il concessionario, assumendo il rischio operativo legato alla gestione delle opere o dei servizi, non può essere obbligato ad affidare i lavori o i servizi a terzi. Sotto altro aspetto, per garantire l'autonomia delle scelte imprenditoriali, se il concessionario dovesse decidere di avvalersi dell'opera di terzi, non dovrebbe essere costretto a selezionarli mediante gara.

5.1.6. Reputa la Sezione invece che occorra distinguere diverse ipotesi.

Con riferimento alle concessioni già in essere, ed aggiudicate in precedenza senza gara, occorre prevedere l'obbligo di indire regolare procedura di evidenza pubblica per la scelta degli appaltatori. Solo in questo modo, infatti, si garantirà la concorrenza. Tali regole, oltre ad essere coerenti con l'articolo 1, comma 2, lett. c), Codice, si spiegano alla luce del fatto che, ogni qual volta sia mancata la gara a monte per la scelta del concessionario, è necessario garantire la concorrenza a valle, prevedendo delle gare pubbliche, per la scelta degli appaltatori.

Sulla base poi del chiaro disposto dell'articolo 164, comma 4, le procedure di evidenza pubblica dovranno necessariamente essere rispettate in relazione "agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici", ove con il termine amministrazione aggiudicatrici si intendono "le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici

territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti” (art. 3, comma 1, lett. a).

Ciò rende coerenti, come detto, l'articolo 1, comma 2, lett. c), l'art. 164, comma 4, e l'art. 177, Codice. Proprio tale ultima norma, infatti, con le sue disposizioni di dettaglio, è la conferma della necessità di imporre regole concorrenziali, seppure a valle, in una certa misura, quando sono mancate le gare a monte.

Con riferimento ai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici – e che dunque sono stati scelti previo esperimento di gara pubblica – per gli appalti di lavori affidati a terzi sono tenuti all'osservanza delle disposizioni contenute agli artt. 164-178 (parte III del Codice) nonché delle disposizioni di cui alle parti I e II del codice in materia di subappalto, progettazione, collaudo e piani di sicurezza, purché non derogate dalla parte III.

Da ciò si ricava che tali concessionari, essendo stati scelti normalmente tramite gara e non rientrando tra le amministrazioni aggiudicatrici, potranno ricorrere al sub-appalto, più che all'appalto, nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 174 Codice che, icasticamente, richiama anche l'art. 30 destinato ad individuare, tra l'altro, i principi generali cui si deve uniformare la disciplina degli appalti e delle concessioni.

6. Altro quesito specifico posto dal Ministero riguarda le modifiche al contratto, disciplinate dagli articoli 19 e 32 dello schema di contratto standard, rispetto ai quali ha chiesto a questo Consiglio di Stato *“di esprimere il proprio parere circa la compatibilità degli eventi non riconducibili al concessionario di cui all'articolo 32 dello schema di contratto, che consentono il riequilibrio del piano economico finanziario con il medesimo concessionario, con le previsioni di cui all'articolo 175, comma 7, del Codice dei contratti pubblici”*.

6.1. L'art. 175 (*Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia*) introduce, nel comma 7, una presunzione legale della natura sostanziale della modifica della concessione *“se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta: a) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione; b) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; d) se un nuovo concessionario sostituisce quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)”* – ossia in base a una clausola di revisione in conformità della lettera a) oppure quando al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico.

6.2. L'art. 19 dello schema di contratto standard (*Modifiche del contratto*) si limita a operare un rinvio all'art. 175 del codice dei contratti pubblici, prevedendo, per quel che qui rileva, che *“Il Contratto può essere modificato attraverso la stipula di atti aggiuntivi, in assenza di una nuova procedura di aggiudicazione, nei seguenti casi consentiti dall'articolo 175, commi 1 e 4, del*

Codice: . . . e) modifiche non sostanziali inidonee ad alterare considerevolmente gli elementi essenziali del Contratto, ai sensi dell'articolo 175, comma 7"; l'art. 32 dello schema di contratto standard (Riequilibrio economico finanziario) include tra gli "Eventi di Disequilibrio" che giustificano la revisione del Piano Economico Finanziario, "f) le modifiche al Contratto di cui all'articolo 19, comma 7, lettera b)", ossia le modifiche che "determinino una Alterazione dell'Equilibrio Economico Finanziario", a fronte delle quali "le Parti possono avviare la procedura di revisione del Piano Economico Finanziario di cui all'articolo 32".

6.3. La Sezione osserva che in relazione a tale delicato profilo sia sommamente opportuno fare esclusivamente un rinvio alle disposizioni di legge, onde evitare che il sovrapporsi delle regole possa generare contenzioso.

C. Considerazioni concernenti l'articolato e singole clausole dello schema di contratto.

1. Nel capitolo III della richiesta di parere, intitolato "*Sul contenuto dello schema di contratto standard*", l'Amministrazione richiama l'attenzione di questo Consiglio "*su alcune questioni preliminari che appaiono dubbie*" con riferimento a specifiche clausole contenute nello schema di contratto standard.

Ferme restando sempre le considerazioni di carattere preliminare e pregiudiziale già esposte, il Consiglio, nell'ottica della leale collaborazione, rileva quanto segue.

2. Sotto un primo profilo, viene segnalato che lo schema di contratto recepisce le indicazioni di Eurostat (Guida al trattamento statistico dei PPP - EPEC, sett. 2016), ma "*presenta anche altre innovazioni . . . ricavabili sempre dalle indicazioni di Eurostat e di EPEC, sulla cui legittimità, avuto riguardo alla causa naturale delle operazioni di partenariato pubblico privato e al regolamento negoziale previste nel Codice dei contratti, si chiede l'autorevole parere di codesto Eccellentissimo Consesso, al fine di dare certezza al comportamento delle Amministrazioni*".

Orbene, circa il recepimento, nello schema di contratto standard, delle indicazioni fornite da Eurostat per l'identificazione e l'accurata valutazione dei rischi connessi ai contratti di PPP, con riferimento tra l'altro alla revisione del piano economico finanziario, secondo le linee guida EPEC - Eurostat (uso degli indicatori finanziari dell'Equity Return, del minimo DSCR e dell'LLCR4, irrilevanza di altri indicatori, quali il VAN), questo Consiglio non ha da formulare osservazioni, stante anche la stretta tecnicità di queste valutazioni, e non può che condividere, in linea di massima, la scelta di adesione ai suddetti indicatori di fonte Eurostat.

Si ricordi, infatti, che per giurisprudenza consolidata, il Consiglio di Stato esprime parere sugli aspetti giuridici e non anche sulle valutazioni tecniche compiute dai competenti organi amministrativi (Cons. St., sez. atti normativi, 30 luglio 2018, n. 1965).

3. Riguardo alle "*altre innovazioni*", comunque "*ricavabili sempre dalle indicazioni di Eurostat e di EPEC*", riferite dal Ministero, si osserva quanto segue.

3.1. Un primo profilo riguarda il ruolo – necessario o solo eventuale – del contributo pubblico

per le cosiddette "opere fredde" (tale contributo, secondo Eurostat, non è una condizione necessaria per raggiungere l'equilibrio economico finanziario e, se troppo alto, può disincentivare gli operatori economici ad assumersi un'adeguata partecipazione economico-finanziaria).

La questione deve essere risolta tenendo conto del quadro giuridico prima delineato e assicurando il rispetto della disciplina eurounitaria e nazionale di riferimento.

In questa sede deve essere necessariamente aggiunto che le c.d. "opere calde" – com'è noto - sono opere molto diverse dalle "fredde" anche dal punto di vista della redditività. Conseguentemente la disciplina del contributo pubblico, e delle relative condizioni economiche, non può essere equiparata nelle due differenti tipologie di opere (come si ricava chiaramente dall'articolo 165, comma 2, Codice).

3.2. Un secondo aspetto riguarda il riparto degli oneri e degli obblighi di acquisizione dei titoli autorizzativi necessari alla realizzazione dell'opera. In proposito nel contratto standard si prevede che l'ottenimento delle autorizzazioni competa in parte al concedente (art. 9, comma 1) e in parte al concessionario (art. 9, comma 2), con l'annessa responsabilità in caso di ritardo dovuto a terzi e circa la perdurante validità delle autorizzazioni acquisite.

Tale soluzione, pur non influenzando il trattamento statistico, potrebbe avere un'incidenza negativa sulla bancabilità del progetto. Riferisce in proposito l'Amministrazione che la Guida EPEC-Eurostat prevede in sostanza che può accollarsi al partner privato la responsabilità per le sole autorizzazioni ricadenti sotto il suo controllo, mentre spetterebbe all'Autorità il compito di provvedere su permessi e autorizzazioni che si basano su azioni dell'Amministrazione e/o che non possono essere ottenute dal partner.

Ora, l'articolo 9 dello schema di contratto standard prevede, nel comma 1, che *"Al Concedente competono, nei tempi e nei modi previsti dalla normativa vigente, le attività finalizzate al rilascio e/o all'ottenimento delle Autorizzazioni necessarie per la progettazione, costruzione e Messa in Esercizio dell'Opera, come indicate nell'Allegato [•] – Sezione A"*; nonché, al comma 2, che *"Al Concessionario competono in via diretta ed esclusiva tutte le attività necessarie ai fini dell'ottenimento, nei tempi e nei modi previsti dalla normativa vigente, delle Autorizzazioni necessarie per la progettazione, costruzione e Messa in Esercizio dell'Opera, come indicate nell'Allegato [•] – Sezione B"*. Sennonché non risulta reperibile, nello schema di contratto qui inviato, il suddetto allegato "[•] – Sezione A" e "Sezione B" (poiché gli "Allegati", a partire dalla pag. 48 del documento, comprendono solo, per quel che qui rileva, un "Allegato 1: documenti contrattuali" – pag. 49 – che elenca una serie documenti, tra i quali, al punto [2], le "autorizzazioni, permessi, pareri, altri atti amministrativi", ma senza specificare quali di questi atti dovrebbe essere acquisito dal committente e quali dal concessionario, nonché un "Allegato 2, "Definizioni", pag. 49 ss., che nulla aggiunge di utile ai fini qui in discussione.

Non è pertanto possibile esprimere allo stato alcuna valutazione sul punto del riparto degli oneri e degli obblighi concernenti l'acquisizione dei necessari atti autorizzativi.

In via generale, va detto che il riparto tra concedente e concessionario di tali oneri deve essere

calibrato, per un verso, con riferimento all'oggetto della concessione che si vuole porre in essere e, per altro verso, alla necessità di evitare "fughe di responsabilità" sulla base di asserite mancanze (in realtà non) imputabili alla controparte. Il punto del corretto e funzionale assetto dei rispettivi impegni nell'assicurare l'acquisizione tempestiva di tutti i titoli autorizzativi necessari per la realizzazione del progetto assume, deve rammentarsi, un rilievo essenziale per la buona riuscita complessiva dell'iniziativa, come peraltro sottolineato anche dal legislatore della legge di delega n. 11 del 2016 che, nell'articolo 1, comma 1, punto *ttt*), ha imposto di garantire *"altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione"*;

3.3. Un terzo tema segnalato dall'Amministrazione verte sull'art. 43 del contratto standard, ove si prevede che l'opera passi al concedente al termine del contratto, senza il pagamento di un valore residuo (possibilità ammessa dalla Guida EPEC-Eurostat - pag. 115).

La giustificazione di tale previsione, che il Ministero mostra di desumere dal predetto documento Eurostat – secondo la quale i diritti e gli obblighi del partner in relazione all'*asset* terminano alla scadenza del contratto e la presenza di un pagamento al partner alla scadenza del contratto a seguito del passaggio dell'*asset* al concedente non influenza il trattamento statistico se c'è un'evidenza che i costi d'investimento e quelli sostenuti durante il ciclo di vita del progetto del partner saranno recuperati attraverso i ricavi che riceverà per tutto il periodo del contratto PPP e se la fase di gestione dura almeno 10 anni – non evidenziano, a giudizio della Sezione, elementi di rilevanza in punto di legittimità.

3.4. Un altro argomento che viene segnalato nella relazione concerne i termini di pagamento.

In proposito non si hanno rilievi da formulare sulla scelta, che sembra ragionevole, di recepire, con riserva di verifica finale a seguito dell'approvazione del testo definitivo dell'adottando regolamento unico di cui all'articolo 216, come 27-*octies*, del codice dei contratti pubblici, le indicazioni al riguardo desumibili dal Governo, che ha condiviso con la Commissione europea gli elementi essenziali della disciplina sui pagamenti da inserire nel predetto regolamento unico in corso di elaborazione, al fine di superare la procedura di infrazione comunitaria n. 2017/2090 (per "*Non conformità dell'art. 77 del decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo. 18 aprile 2016, n. 50, rispetto alla direttiva n. 2011/77/UE, relativa alla lotta contro i ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali*").

3.5. Nulla si ha inoltre da osservare – fermo restando quanto chiarito *supra*, sub B.2 - riguardo al proposito, in tesi condivisibile e rimesso comunque all'autonoma determinazione dell'Autorità indipendente, di superare, mediante un opportuno aggiornamento, taluni elementi di disallineamento che emergerebbero tra lo schema di contratto qui in esame e le Linee guida ANAC n. 9 del 2018, adottate con la delibera n. 318 del 28 marzo 2018, recanti indicazioni per il monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico-privato.

3.6. Con riferimento alla contestuale e concorrente elaborazione, in corso presso il medesimo Ministero dell'economia e delle finanze, di taluni schemi di contratti standard di settore, non

può che raccomandarsi la massima attenzione al fine di garantire un perfetto coordinamento dei testi, onde evitare indesiderabili divergenze e disallineamenti, che finirebbero per disorientare i soggetti attuatori e quindi disincentivare, anziché facilitare, il ricorso ai partenariati.

Il tutto comunque sul presupposto, già espressamente spiegato sub B.1.2., che l'adozione di contratti-tipo validi per tutte le amministrazioni è competenza, ed onere, che spetta esclusivamente all'ANAC sulla base dell'attuale formulazione dell'articolo 213, comma 2, Codice.

P.Q.M.

Nei suesposti termini è il parere della Sezione.

Dispone la trasmissione del presente parere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (anche in sede di coordinamento) e al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

GLI ESTENSORI
Vincenzo Neri, Paolo
Carpentieri

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello