

## La concessione di opere pubbliche. Il quadro legislativo e giurisprudenziale

Sommario:

1. Introduzione. 2. Il concetto di concessione di lavori pubblici secondo il diritto comunitario. 3. La nozione di concessione di lavori pubblici nel d.lgs. n. 50/2016. 4. La definizione di partenariato pubblico-privato nel nuovo Codice degli appalti pubblici. 5. Il *project financing* nel nuovo Codice degli appalti pubblici. 6. Il contratto di disponibilità. 7. Considerazioni finali.

### 1. INTRODUZIONE

La trattazione del quadro legislativo e giurisprudenziale dell'istituto della concessione di opere pubbliche, da sempre, costituisce un'impresa complessa, attesa la "fluidità" delle tavole di riferimento. Lo studio del fenomeno, in ogni caso, non può non muovere dalla ricostruzione comunitaria del concetto di concessione di opere pubbliche a cui dovrà necessariamente seguire l'approfondimento del medesimo concetto secondo la teorica del Legislatore del Codice degli appalti, cioè del Legislatore nazionale. In particolare, l'istituto della concessione richiede, necessariamente, un esame che muova dall'osservazione della composizione della struttura e dell'oggetto, con speciale attenzione all'aspetto dello sfruttamento economico dell'opera, all'analisi delle modalità di svolgimento delle gare - partendo, a tal proposito, dalla forma di pubblicità delle stesse - senza trascurare le criticità legate ai criteri di valutazione delle offerte, ai lavori della commissione giudicatrice ed alla partecipazione alle gare di imprese collegate al concessionario. Nondimeno importante, per una più completa trattazione del tema, è lo studio della disciplina del partenariato pubblico-privato e del *project financing*, già oggetto di un corposo *restyling* da parte del terzo decreto correttivo relativo al previgente T.U., la cui disciplina ha trovato cittadinanza all'interno del nuovo Codice degli appalti pubblici negli articoli da 183 a 187. Un discorso a parte, infine, merita il cosiddetto "contratto di disponibilità", disciplinato dall'articolo 188 del d.lgs. n. 50/2016, di cui pare opportuno tracciarne contenuti e forma.

### 2. IL CONCETTO DI CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI SECONDO IL DIRITTO COMUNITARIO

La trattazione della concessione di lavori pubblici di iniziativa pubblica, già disciplinata dal vecchio Codice degli appalti del 2006 negli articoli da 142 a 151, non poteva prescindere dalla ricostruzione concettuale operata in sede comunitaria. Nell'accezione comunitaria la concessione viene intesa come uno strumento contrattuale in grado di garantire un'efficace collaborazione tra parte pubblica e parte privata. Numerose sono le comunicazioni della Commissione europea che si sono succedute sull'argomento. In particolare merita di essere ricordata la comunicazione della Commissione del 29 aprile 2000 sugli appalti e le concessioni che operava una netta distinzione tra i due contratti tutta costruita sulle differenze relative: *a)* ai destinatari e *b)* all'assunzione del rischio. Per quanto concerne il primo profilo, vale a dire i destinatari, secondo la ricostruzione europea, nel caso della concessione, essi sono identificabili con la collettività indistintamente intesa mentre nell'appalto il terminale è indubbiamente costituito dalla stazione appaltante. Riguardo al secondo aspetto (il rischio), non vi è dubbio che nel caso della concessione di lavori pubblici esso venga assunto dal concessionario al quale viene riconosciuto il diritto di gestione dell'opera realizzata quale corrispettivo per la sua costruzione mentre, nell'appalto, la gestione e, dunque, il rischio, grava sulla pubblica amministrazione<sup>1</sup>. Il rischio, pertanto, costituisce il vero *discrimen* tra concessione e appalto. In altri termini, nell'appalto, la realizzazione dell'opera è finanziariamente a

---

<sup>1</sup>) La Commissione europea, con la comunicazione del 29 aprile 2000, ha chiarito che "(...) l'elemento distintivo determinante della nozione di concessione di lavori consiste nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera come contropartita della sua costruzione (...)" dal che ne discende anche la consequenziale assunzione del rischio.

carico della P.A. che versa all'appaltatore un corrispettivo in cambio della costruzione della stessa; diversamente, nella concessione di opere pubbliche, il concessionario non viene retribuito dall'amministrazione concedente mediante il versamento di un corrispettivo ma attraverso il riconoscimento del diritto di gestione dell'opera per un certo periodo di tempo assumendo, di guisa, l'alea della scarsa redditività dell'opera<sup>2</sup>. Del resto la Commissione europea, sempre con la comunicazione del 29 aprile 2000, ha osservato che: "(...) se i pubblici poteri sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo, per esempio, il rimborso dei finanziamenti, l'elemento 'rischio' viene a mancare. In tal caso la Commissione ritiene che si tratti di un appalto pubblico di lavori e non di una concessione (...)". I principi innanzi enunciati sono stati integralmente recepiti dalla direttiva 2004/18/Ce, poi abrogata dalla direttiva 14/24/Ue, a tenore della quale l'unica differenza tra la concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità e l'appalto consisteva nel fatto che nel caso della concessione il corrispettivo è dato dal diritto di gestire l'opera che, eccezionalmente, può essere accompagnato anche da un prezzo versato dalla amministrazione concedente.

### 3. LA NOZIONE DI CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI NEL D.LGS. N. 50/2016

La disciplina della concessione di lavori pubblici o servizi trova cittadinanza all'interno della Parte III del T.U degli appalti pubblici del 2016 e più precisamente nel Titolo I, il cui Capo I, contenente i "Principi generali", si apre con l'articolo 164 rubricato "Oggetto e ambito di applicazione". La norma in discorso stabilisce che: "(...) 1. Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 346 del TFUE, le disposizioni di cui alla presente Parte definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II. In ogni caso, le disposizioni della presente Parte non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici. 2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione. 3. I servizi non economici di interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente Parte. 4. Agli appalti di lavori pubblici affidati dai concessionari che sono amministrazioni aggiudicatrici, si applicano, salvo che non siano derogate nella presente parte, le disposizioni del presente codice. 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 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 (...)". Il successivo articolo 165 tratta l'aspetto specifico costituito dal "Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni". La norma, invero molto articolata attesa la centralità del tema trattato, dispone che: "(...) 1. Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv) la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario. 2. L'equilibrio economico finanziario

---

<sup>(2)</sup> Per un ulteriore approfondimento sul tema, tra i molti, si rinvia a M. RICCHI, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di PPP nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici D.Lgs. 50/2016*; in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) del 29.7.2016.

definito all'articolo 3, comma 1, lettera *fff*) rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al precedente comma 1. 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. 3. La sottoscrizione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della approvazione del progetto definitivo e della presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera. Al fine di agevolare l'ottenimento del finanziamento dell'opera, i bandi e i relativi allegati, ivi compresi, a seconda dei casi, lo schema di contratto e il piano economico finanziario sono definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità, intendendosi per tali la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito. Per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l'amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte al fine di verificare l'insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l'importo delle misure di defiscalizzazione di cui all'articolo 18 della legge 12 novembre 2011, n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti. 4. Il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario. 5. L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento, nonché di mancato collocamento delle obbligazioni emesse dalle società di progetto di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a diciotto mesi, decorrente dalla data di sottoscrizione del contratto di concessione. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine, rilasciate da operatori di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385. Nel caso di risoluzione del rapporto, ai sensi del primo periodo e del comma 3, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva. Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di concessione rimanga efficace limitatamente alla parte che regola la realizzazione e la gestione del medesimo stralcio funzionale. 6. Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario 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. Al concessionario 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 (...). Il successivo articolo 166, rubricato “Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche”, stabilisce che: “(...) gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l’esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza ed accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell’accesso universale e dei diritti dell’utenza nei servizi pubblici (...)”. Il principio è di stretta derivazione dall’art. 114 della Costituzione che, al comma 2, stabilisce che: “(...) I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione (...)”. Il successivo articolo 167 fissa “I metodi di calcolo del valore stimato delle concessioni”. In particolare la norma statuisce che: “(...) 1. Il valore di una concessione, ai fini di cui all’articolo 35, è costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell’IVA, stimato dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. 2. Il valore stimato è calcolato al momento dell’invio del bando di concessione o, nei casi in cui non sia previsto un bando, al momento in cui l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore avvia la procedura di aggiudicazione della concessione (...)”. Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che: “(...) Il bando di gara ha violato la previsione dell’art. 167, 1° e 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 che impone, anche con riferimento alle concessioni, l’inserimento nel bando di gara del fatturato della concessione (“valore della concessione, costituito dal fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, al netto dell’IVA, stimato dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi”). La più recente giurisprudenza amministrativa ha, invero, rimarcato l’essenzialità ed obbligatorietà dell’indicazione nel bando di gara del valore della concessione, al fine di garantire al partecipante alla procedura la possibilità di formulare la propria offerta cognita causa, ovvero nella più completa conoscenza dei dati economici del servizio da svolgere (T.A.R. Toscana sez. II — sentenza 1° febbraio 2017 n. 173; Cons. Stato, sez. V, sentenza 20 febbraio 2017 n. 748; sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343). È stato altresì osservato che la previsione dell’art. 167, 1° e 2° comma del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che impone alla stazione appaltante di indicare nella legge di gara una stima del valore economico della concessione, ha un contenuto obbligatorio in quanto costituisce sostanziale recepimento, nell’ordinamento italiano, dell’art. 8 della direttiva del Parlamento e del Consiglio 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE, senza alcuna previsione (ed in questo è una significativa differenza con la direttiva comunitaria) di soglie minime di applicabilità o di una qualche esenzione riservata alle concessioni di minore valore economico. Deve escludersi che l’indicazione del valore stimato della concessione possa essere surrogata dalla stima del numero dei possibili utenti: l’art. 167 del l d.lgs. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 opera, infatti, un preciso riferimento a un valore della concessione stimato in termini monetari (secondo i precisi criteri di cui al quarto comma della disposizione) ed appare pertanto del tutto insufficiente l’utilizzazione di altri criteri di valutazione che, per di più, come nel caso di specie, non possono strutturalmente individuare quale sia il numero concreto di utenti interessati ad utilizzare il servizio e per quale volume di prestazioni (...)” (3). I successivi commi dell’articolo 167 del d.lgs. n. 50/2016 stabiliscono che: “(...) 3. Se il valore della concessione al momento dell’aggiudicazione è superiore di più del 20 per cento rispetto al valore stimato, la stima rilevante è costituita dal valore della concessione al momento dell’aggiudicazione. 4. Il valore stimato della concessione è calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione. Nel calcolo del valore stimato della concessione le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori tengono conto, se del caso, in particolare dei seguenti elementi: a) il valore di eventuali forme di opzione ovvero di altre forme comunque denominate di protrazione nel tempo dei relativi effetti; b) gli introiti derivanti dal pagamento, da parte degli utenti dei lavori e dei servizi, di tariffe e multe diverse da quelle riscosse per conto dell’amministrazione aggiudicatrice o dell’ente aggiudicatore; c) i pagamenti o qualsiasi vantaggio finanziario conferito al concessionario, in qualsivoglia forma, dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore o da altre

---

(3) T.A.R. Piemonte, Torino, sentenza n. 622 del 17 maggio 2018. Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

amministrazioni pubbliche, incluse le compensazioni per l'assolvimento di un obbligo di servizio pubblico e le sovvenzioni pubbliche di investimento; d) il valore delle sovvenzioni o di qualsiasi altro vantaggio finanziario in qualsivoglia forma conferiti da terzi per l'esecuzione della concessione; e) le entrate derivanti dalla vendita di elementi dell'attivo facenti parte della concessione; f) il valore dell'insieme delle forniture e dei servizi messi a disposizione del concessionario dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori, purché siano necessari per l'esecuzione dei lavori o la prestazione dei servizi; g) ogni premio o pagamento o diverso vantaggio economico comunque denominato ai candidati o agli offerenti. 5. Nel calcolo del valore stimato della concessione le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori tengono conto degli atti di regolazione delle Autorità indipendenti. 6. La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato della concessione non può essere fatta con l'intenzione di escludere tale concessione dall'ambito di applicazione del presente codice. Una concessione non può essere frazionata al fine di escluderla dall'osservanza delle norme del presente codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino, valutate al momento della predisposizione del bando dalla amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. 7. Quando un'opera o un servizio proposti possono dar luogo all'aggiudicazione di una concessione per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti. 8. Quando il valore complessivo dei lotti è pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35 il presente codice si applica all'aggiudicazione di ciascun lotto (...). L'articolo 168, a sua volta, regola la "Durata delle concessioni". La norma prevede che: "(...) 1. La durata delle concessioni è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. La stessa è commisurata al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa. 2. Per le concessioni ultraquinquennali la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione. 2. Per le concessioni ultraquinquennali la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione (...). Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che: "(...) L'art. 168 del Codice dei Contratti, recependo l'art. 18 della Direttiva 2014/23/UE, stabilisce in materia il principio cardine per cui la durata delle concessioni non è predeterminata, ma deve essere calcolata in funzione dell'entità della prestazione che il concessionario è tenuto a rendere e della necessità di rientro degli investimenti. Centrale per valutare la convenienza economica di un'operazione di *project financing* è, quindi, il criterio del Valore Attuale Netto (c.d. VAN) che consente di calcolare il valore del beneficio netto atteso dall'iniziativa economica e la ricchezza incrementale generata dall'investimento. Tale indice, affinché un progetto possa essere valutato favorevolmente, deve assumere un valore positivo, perché solo in tal caso l'iniziativa risulta in grado di produrre flussi monetari sufficienti a ripagare l'esborso iniziale ed a remunerare i capitali impiegati nell'operazione (...). Particolarmente importante è l'articolo 169 dedicato alla regolamentazione dei "Contratti misti di concessioni". La norma chiarisce, immediatamente, che: "(...) 1. Le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto. Nel caso di concessioni miste che consistono in parte in servizi sociali e altri servizi specifici elencati nell'allegato IX l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi (...). Successivamente viene evidenziato che: "(...) 2. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente separabili, si applicano i commi 5, 6 e 9. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili, si applicano i commi 8 e 10. 3. Se parte di un determinato contratto, ovvero una delle attività interessate, sono disciplinate dall'articolo 346 TFUE

o dal decreto legislativo 15 novembre 2011 n. 208 si applica l'articolo 160. 4. Nel caso di contratti aventi ad oggetto diverse attività, una delle quali è disciplinata dall'allegato II, gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare concessioni distinte per le parti distinte o di aggiudicare un'unica concessione. Se gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare concessioni separate, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuna di tali concessioni è adottata in base alle caratteristiche della attività distinta. 5. Nel caso di contratti aventi ad oggetto sia elementi disciplinati dal presente codice che altri elementi, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono scegliere di aggiudicare concessioni distinte per le parti distinte o di aggiudicare una concessione unica. Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare concessioni separate, la decisione che determina quale regime giuridico si applica a ciascuno di tali concessioni distinte è adottata in base alle caratteristiche della parte distinta. 6. Se le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori scelgono di aggiudicare una concessione unica, il presente codice si applica, salvo se altrimenti previsto all'articolo 160 o dal comma 9, alla concessione mista che ne deriva, a prescindere dal valore delle parti cui si applicherebbe un diverso regime giuridico e dal regime giuridico cui tali parti sarebbero state altrimenti soggette. 7. La scelta tra l'aggiudicazione di un'unica concessione o di più concessioni distinte non può essere effettuata al fine di eludere l'applicazione del presente codice. 8. Se le diverse parti di un determinato contratto sono oggettivamente non separabili il regime giuridico applicabile è determinato in base all'oggetto principale del contratto in questione. 9. Nel caso di contratti misti che contengono elementi di concessioni nonché appalti nei settori ordinari o speciali il contratto misto è aggiudicato in conformità con le disposizioni che disciplinano gli appalti nei settori ordinari o nei settori speciali. 10. Nel caso in cui il contratto misto concerna elementi sia di una concessione di servizi che di un contratto di forniture, l'oggetto principale è determinato in base al valore stimato più elevato tra quelli dei rispettivi servizi o forniture. 11. Ad una concessione destinata all'esercizio di più attività si applicano le norme relative alla principale attività cui è destinata. 12. Nel caso di concessioni per cui è oggettivamente impossibile stabilire a quale attività siano principalmente destinate, le norme applicabili sono determinate conformemente alle lettere *a*), *b*) e *c*): *a*) la concessione è aggiudicata secondo le disposizioni che disciplinano le concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici se una delle attività cui è destinata la concessione è soggetta alle disposizioni applicabili alle concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici e l'altra attività è soggetta alle disposizioni relative alle concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori; *b*) la concessione è aggiudicata secondo le disposizioni che disciplinano gli appalti nei settori ordinari se una delle attività è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni e l'altra dalle disposizioni relative all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari; *c*) la concessione è aggiudicata secondo le disposizioni che disciplinano le concessioni se una delle attività cui è destinata la concessione è disciplinata dalle disposizioni relative all'aggiudicazione delle concessioni e l'altra non è soggetta né alla disciplina delle concessioni né a quella relativa all'aggiudicazione degli appalti nei settori ordinari o speciali (...)"

L'articolo 169 chiude il Capo I del Titolo I della Parte III del d.lgs. n. 50/2016. Il successivo Capo II è dedicato alle "Garanzie procedurali". La norma di apertura, l'articolo 170, disciplina i "requisiti tecnici e funzionali". La disposizione stabilisce che: "(...) 1. I requisiti tecnici e funzionali dei lavori da eseguire o dei servizi da fornire oggetto della concessione sono definiti nei documenti di gara. Tali requisiti possono riferirsi anche allo specifico processo di produzione o di esecuzione dei lavori o di fornitura dei servizi richiesti a condizione che siano collegati all'oggetto del contratto e commisurati al valore e agli obiettivi dello stesso. I requisiti tecnici e funzionali possono includere, sulla base delle richieste formulate dalle stazioni appaltanti, livelli di qualità, livelli di prestazione ambientale ed effetti sul clima, progettazione per tutti i requisiti (compresa l'accessibilità per le persone con disabilità) e la valutazione di conformità, l'esecuzione, la sicurezza o le dimensioni, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, la marcatura e l'etichettatura o le istruzioni per l'uso. 2. A meno che non siano giustificati dall'oggetto del contratto, i requisiti tecnici e funzionali non fanno riferimento a una fabbricazione o provenienza determinata o a un procedimento particolare caratteristico dei prodotti o dei servizi forniti da un determinato operatore economico, né a marchi, brevetti, tipi o a una produzione specifica che avrebbero come effetto di favorire o eliminare talune imprese o taluni prodotti. Tale riferimento è autorizzato, in via eccezionale, nel caso in cui una descrizione sufficientemente precisa e intelligibile dell'oggetto del

contratto non sia possibile; un siffatto riferimento è accompagnato dall'espressione "o equivalente".

3. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori non possono escludere un'offerta sulla base della giustificazione secondo cui i lavori e i servizi offerti non sono conformi ai requisiti tecnici e funzionali richiesti nei documenti di gara, se l'offerente prova, con qualsiasi mezzo idoneo, che le soluzioni da lui proposte con la propria offerta soddisfano in maniera equivalente i requisiti tecnici e funzionali (...)" . Particolarmente significativa è la disposizione successiva (art. 171) che riguarda le "Garanzie procedurali nei criteri di aggiudicazione". La norma chiarisce subito che: "(...) 1. Le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri di aggiudicazione stabiliti dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 173, purché siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni: a) l'offerta risponde ai requisiti minimi prescritti dalla stazione appaltante; b) l'offerente ottempera alle condizioni di partecipazione di cui all'articolo 172; c) l'offerente non è escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 172 (...)" . I commi successivi chiariscono ulteriormente che: "(...) 2. I requisiti minimi di cui al comma 1, lettera a), prevedono le condizioni e le caratteristiche tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche che ogni offerta deve soddisfare o possedere. 3. Le stazioni appaltanti forniscono, inoltre: a) nel bando di concessione, una descrizione della concessione e delle condizioni di partecipazione; b) nel bando di concessione o nell'invito a presentare offerte, l'espressa indicazione che la concessione è vincolata alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche e che l'offerta deve espressamente contenere, a pena di esclusione, l'impegno espresso da parte del concessionario al rispetto di tali condizioni; c) nel bando di concessione, nell'invito a presentare offerte o negli altri documenti di gara, una descrizione dei criteri di aggiudicazione e, se del caso, i requisiti minimi da soddisfare. 4. La stazione appaltante può limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi. Il numero di candidati o di offerenti invitati a partecipare deve essere sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza. 5. La stazione appaltante rende noti a tutti i partecipanti le modalità della procedura e un termine indicativo per il suo completamento. Le eventuali modifiche sono comunicate a tutti i partecipanti e, nella misura in cui riguardino elementi indicati nel bando di concessione, rese pubbliche per tutti gli operatori economici. 6. La stazione appaltante assicura la tracciabilità degli atti inerenti alle singole fasi del procedimento, con idonee modalità, fatto salvo il rispetto delle disposizioni dell'articolo 53. 7. La stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non possono essere modificati nel corso delle negoziazioni (...)" . Le modalità di "Selezione e valutazione qualitativa dei candidati" sono rimesse al successivo articolo 172. La norma stabilisce che: "(...) 1. Le stazioni appaltanti verificano le condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e alla capacità finanziaria ed economica dei candidati o degli offerenti, sulla base di certificazioni, autocertificazioni o attestati che devono essere presentati come prova. Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva. 2. Per soddisfare le condizioni di partecipazione di cui al comma 1, ove opportuno e nel caso di una particolare concessione, l'operatore economico può affidarsi alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con loro. Se un operatore economico intende fare affidamento sulle capacità di altri soggetti deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore che disporrà delle risorse necessarie per l'intera durata della concessione. Per quanto riguarda la capacità finanziaria la stazione appaltante può richiedere che l'operatore economico e i soggetti in questione siano responsabili in solido dell'esecuzione del contratto. Alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 45 può fare valere le capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti. In entrambi i casi si applica l'articolo 89 (...)" . Per quanto concerne l'esecuzione delle concessioni, l'articolo 173 del d.lgs. n. 50/2016 compie un richiamo al precedente articolo 30. L'articolo 30 del T.U. degli appalti pubblici stabilisce che: "(...) 1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice, garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le

modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico. 2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi. 3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X. 4. Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente. 5. In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. *5-bis.* In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva. 6. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al comma 5 il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105. 7. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese. 8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile (...). Ritornando all'articolo 173 esso stabilisce al comma 2 che: "(...) 2. Fermo restando quanto previsto dal comma 1, e comunque in deroga all'articolo 95, la stazione appaltante elenca i criteri di aggiudicazione in ordine decrescente di importanza. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione, comprese eventualmente le offerte, è di trenta giorni dalla data di pubblicazione del bando. Se la procedura si svolge in fasi successive, il termine minimo per la ricezione delle offerte iniziali è di ventidue giorni. Si applica l'articolo 79, commi 1 e 2 (...). Il comma 3, a sua volta, chiarisce che: "(...) Se la stazione appaltante riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista utilizzando l'ordinaria diligenza, può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione di cui al comma 2, per tenere conto di tale soluzione innovativa. In tal caso la stazione appaltante informa tutti gli offerenti in merito alla modifica dell'ordine di importanza dei criteri ed emette un nuovo invito a presentare offerte nel termine minimo di ventidue giorni di cui al suddetto comma 2, terzo periodo. Se i criteri di aggiudicazione sono stati pubblicati al momento della pubblicazione del bando di concessione, la stazione appaltante pubblica un nuovo bando di concessione, nel rispetto del termine minimo di trenta giorni di cui al comma 2, secondo periodo. La modifica dell'ordine non deve dar luogo a discriminazioni (...). Va sottolineato, tuttavia, che il Legislatore ha riservato l'intero Capo III alla disciplina della "Esecuzione delle concessioni" mutuandone i principi partendo proprio dalla norma paradigmatica costituita dal precedente articolo 30. In particolare l'articolo 174 norma l'ipotesi specifica del "subappalto". La disposizione prevede



che, ferma restando comunque la disciplina prevista dall'articolo 30, l'istituto in parola viene regolamentato dall'articolo 174. I commi successivi ne chiariscono la portata. Nello specifico il comma 2 stabilisce che: "(...) 2. Gli operatori economici indicano in sede di offerta le parti del contratto di concessione che intendono subappaltare a terzi. Non si considerano come terzi le imprese che si sono raggruppate o consorziate per ottenere la concessione, né le imprese ad esse collegate; se il concessionario ha costituito una società di progetto, in conformità all'articolo 184, non si considerano terzi i soci, alle condizioni di cui al comma 2 del citato articolo 184. In sede di offerta gli operatori economici, che non siano microimprese, piccole e medie imprese, per le concessioni di lavori, servizi e forniture di importo pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera *a*) indicano una terna di nominativi di sub-appaltatori nei seguenti casi: *a*) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione; *b*) concessione di lavori, servizi e forniture per i quali risulti possibile reperire sul mercato una terna di nominativi di subappaltatori da indicare, atteso l'elevato numero di operatori che svolgono dette prestazioni (...)". Le disposizioni seguenti forniscono ulteriori elementi. Infatti il comma 3 chiarisce che: "(...) L'offerente ha l'obbligo di dimostrare, nei casi di cui al comma 2, l'assenza, in capo ai subappaltatori indicati, di motivi di esclusione e provvede a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato l'esistenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80 (...)". I commi 4-6, a loro volta, aggiungono che: "(...) 4. Nel caso di concessioni di lavori e di servizi da fornire presso l'impianto sotto la supervisione della stazione appaltante successivamente all'aggiudicazione della concessione e al più tardi all'inizio dell'esecuzione della stessa, il concessionario indica alla stazione appaltante dati anagrafici, recapiti e rappresentanti legali dei subappaltatori coinvolti nei lavori o nei servizi in quanto noti al momento della richiesta. Il concessionario in ogni caso comunica alla stazione appaltante ogni modifica di tali informazioni intercorsa durante la concessione, nonché le informazioni richieste per eventuali nuovi subappaltatori successivamente coinvolti nei lavori o servizi. Tale disposizione non si applica ai fornitori. 5. Il concessionario resta responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. Il concessionario è obbligato solidalmente con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice in relazione agli obblighi retributivi e contributivi previsti dalla legislazione vigente. 6. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto (...)". Infine i commi 7-8 puntualizzano che: "(...) 7. Qualora la natura del contratto lo consenta, è fatto obbligo per la stazione appaltante di procedere al pagamento diretto dei subappaltatori, sempre, in caso di microimprese e piccole imprese, e, per le altre, in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore o in caso di richiesta del subappaltatore. Il pagamento diretto è comunque subordinato alla verifica della regolarità contributiva e retributiva dei dipendenti del subappaltatore. In caso di pagamento diretto il concessionario è liberato dall'obbligazione solidale di cui al comma 5. 8. Si applicano, altresì, le disposizioni previste dai commi 10, 11 e 17 dell'articolo 105 (...)". Gli articoli 175 e 176 disciplinano, rispettivamente, la "Modifica dei contratti durante il periodo di efficacia" e la "Cessazione, revoca d'ufficio, risoluzione per inadempimento e subentro". Le modifiche del contratto possono avvenire con o senza gara a seconda delle circostanze. Nello specifico l'articolo 175 chiarisce che le modifiche possono aver luogo senza gara: "(...) *a*) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Tali clausole non possono apportare modifiche che alterino la natura generale della concessione. In ogni caso le medesime clausole non possono prevedere la proroga della durata della concessione; *b*) per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale e comporti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio dei costi; *c*) ove ricorrano, contestualmente, le seguenti condizioni: 1) la necessità di modifica derivi da circostanze che una stazione appaltante non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza; 2) la modifica non alteri la natura generale della concessione; *d*) se un nuovo concessionario sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione a causa di una delle seguenti circostanze: 1) una clausola di revisione in conformità

della lettera *a*); 2) al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore; 3) nel caso in cui la stazione appaltante si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori; *e*) se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del comma 7. 2. Nelle ipotesi di cui al comma 1, lettere *a*), *b*) e *c*), per le concessioni aggiudicate dalle amministrazioni aggiudicatrici allo scopo di svolgere un'attività diversa da quelle di cui all'allegato II l'eventuale aumento di valore, anche in presenza di modifiche successive, non può eccedere complessivamente il 50 per cento del valore della concessione iniziale, inteso come valore quale risultante a seguito dell'aggiudicazione delle opere o dei servizi o delle forniture oggetto di concessione. Le modifiche successive non sono intese ad aggirare il presente codice. 3. Le stazioni appaltanti che hanno modificato una concessione nelle situazioni di cui al comma 1, lettere *b*) e *c*), pubblicano, conformemente a quanto disposto dall'articolo 72, un avviso nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea contenente le informazioni di cui all'allegato XXV. 4. Le concessioni possono essere modificate senza necessità di una nuova procedura di aggiudicazione, né di verificare se le condizioni di cui al comma 7, lettere da *a*) a *d*), sono rispettate se la modifica è al di sotto di entrambi i valori seguenti: *a*) la soglia fissata all'articolo 35, comma 1, lettera *a*); *b*) il 10 per cento del valore della concessione iniziale (...)". Tuttavia, come ricordato, in taluni casi per modificare le condizioni di contratto occorre una nuova gara. Le ipotesi sono quelle contenute nei commi 5-7 per effetto del rimando contenuto nel successivo comma 8 a tenore del quale: "(...) Una nuova procedura di aggiudicazione di una concessione è richiesta per modifiche delle condizioni di una concessione durante il periodo della sua efficacia diverse da quelle previste ai commi 1 e 4 (...)". I commi 5-7, al riguardo, stabiliscono che: "(...) 5. La modifica di cui al comma 4 non può alterare la natura generale della concessione. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. 6. Ai fini del calcolo del valore di cui ai commi 1, lettere *a*), *b*) e *c*), 2 e 4 il valore aggiornato è il valore di riferimento quando la concessione prevede una clausola di indicizzazione. Se la concessione non prevede una clausola di indicizzazione, il valore aggiornato è calcolato tenendo conto dell'inflazione calcolata dall'ISTAT. 7. La modifica di una concessione durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale, quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 4, una modifica è considerata sostanziale 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*)". L'articolo 176 disciplina le modalità di cessazione del contratto di concessione. La norma, dopo aver ricordato l'ipotesi residuale dell'autotutela, puntualizza che: "(...) la concessione può cessare, in particolare, quando: *a*) il concessionario avrebbe dovuto essere escluso ai sensi dell'articolo 80; *b*) la stazione appaltante ha violato, con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea come accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea; *c*) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 175, comma 8. 2. Nelle ipotesi di cui al comma 1, non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241. 3. Nel caso in cui l'annullamento d'ufficio dipenda da vizio non imputabile al concessionario si applica il comma 4. 4. Qualora la concessione sia risolta per inadempimento della amministrazione aggiudicatrice ovvero quest'ultima revochi la concessione per motivi di pubblico interesse spettano al concessionario: *a*) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi

effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione, ivi inclusi gli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse; c) un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico-finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione.

5. Le somme di cui al comma 4 e al comma 7 sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e dei titolari di titoli emessi ai sensi dell'articolo 185, limitatamente alle obbligazioni emesse successivamente alla data di entrata in vigore della presente disposizione e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti. 5-bis. Senza pregiudizio per il pagamento delle somme di cui al comma 4, in tutti i casi di cessazione del rapporto concessorio diversi dalla risoluzione per inadempimento del concessionario, il concessionario ha il diritto di proseguire nella gestione ordinaria dell'opera, incassandone i ricavi da essa derivanti, sino all'effettivo pagamento delle suddette somme per il tramite del nuovo soggetto subentrante, fatti salvi gli eventuali investimenti improcrastinabili individuati dal concedente unitamente alle modalità di finanziamento dei correlati costi.

6. L'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore delle somme previste al comma 4.

7. Qualora la concessione sia risolta per inadempimento del concessionario trova applicazione l'articolo 1453 del codice civile.

8. Nei casi che comporterebbero la risoluzione di una concessione per cause imputabili al concessionario, la stazione appaltante comunica per iscritto al concessionario e agli enti finanziatori l'intenzione di risolvere il rapporto. Gli enti finanziatori, ivi inclusi i titolari di obbligazioni e titoli analoghi emessi dal concessionario, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione, possono indicare un operatore economico, che subentri nella concessione, avente caratteristiche tecniche e finanziarie corrispondenti o analoghe a quelle previste nel bando di gara o negli atti in forza dei quali la concessione è stata affidata, con riguardo allo stato di avanzamento dell'oggetto della concessione alla data del subentro.

9. L'operatore economico subentrante deve assicurare la ripresa dell'esecuzione della concessione e l'esatto adempimento originariamente richiesto al concessionario sostituito entro il termine indicato dalla stazione appaltante. Il subentro dell'operatore economico ha effetto dal momento in cui la stazione appaltante vi presta il consenso.

10. La stazione appaltante prevede nella documentazione di gara il diritto di subentro degli enti finanziatori di cui al comma 8.

10-bis. Il presente articolo si applica ai contratti di concessione e di partenariato pubblico privato e agli operatori economici titolari di tali contratti (...). Il Capo III, infine, si chiude con gli articoli 177-178. L'articolo 177 regola "Gli affidamenti dei concessionari". La norma dispone che: "(...) 1. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice, non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, sono obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società *in house* di cui all'articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento (4). 2. Le concessioni di cui al comma 1 già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. 3. La verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC viene effettuata annualmente, secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Eventuali situazioni di squilibrio rispetto ai limiti indicati devono essere riequilibrate

---

(4) Tale comma è stato modificato in questi termini dall'art. 1, comma 568, legge n. 205/2017. Per una consultazione integrale del testo di legge si rinvia al sito istituzionale [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

entro l'anno successivo. Nel caso di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi, il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica <sup>(5)</sup> )". Da ultimo l'articolo 178 è interamente dedicato alle concessioni autostradali tant'è che è rubricato "Norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio". La disposizione, piuttosto articolata, prevede che: "(...) 1. Per le concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del presente codice, siano scadute, il concedente, che non abbia ancora provveduto, procede alla predisposizione del bando di gara per l'affidamento della concessione, secondo le regole di evidenza pubblica previste dalla Parte III del presente codice, nel termine perentorio di sei mesi dalla predetta data, ferma restando la possibilità di affidamento in house ai sensi dell'articolo 5. Qualora si proceda all'affidamento *in house* ai sensi dell'articolo 5, le procedure di affidamento devono concludersi entro trentasei mesi dall'entrata in vigore del presente codice. Fatto salvo quanto previsto per l'affidamento delle concessioni di cui all'articolo 5 del presente codice, è vietata la proroga delle concessioni autostradali. 2. I reciproci obblighi, per il periodo necessario al perfezionamento della procedura di cui al comma 1, sono regolati, sulla base delle condizioni contrattuali vigenti. 3. Per le concessioni autostradali per le quali la scadenza avviene nei ventiquattro mesi successivi alla data di entrata in vigore del presente codice, il concedente avvia la procedura per l'individuazione del concessionario subentrante, mediante gara ad evidenza pubblica, in conformità alle disposizioni della Parte III del presente codice, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'articolo 5. Ove il suddetto termine sia inferiore a ventiquattro mesi alla data di entrata in vigore del presente codice, la procedura di gara viene indetta nel più breve tempo possibile, in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori. 4. Il concedente avvia le procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della nuova concessione autostradale, in conformità alle disposizioni della Parte III del presente codice entro il termine di ventiquattro mesi antecedente alla scadenza della concessione in essere, ferma restando la possibilità di affidamento *in house* ai sensi dell'articolo 5. 5. Qualora la procedura di gara non si concluda entro il termine di scadenza della concessione, il concessionario uscente resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al trasferimento della gestione. Per detto periodo si applica quanto previsto al comma 2. 6. Il concedente, almeno due anni prima della data di scadenza della concessione, effettua, in contraddittorio con il concessionario, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura ed ordina, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assunti convenzionalmente. 7. Per le opere assentite che il concessionario ha già eseguito e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione, il concessionario uscente ha diritto ad un indennizzo di tali poste dell'investimento, da parte del subentrante, pari al costo effettivamente sostenuto, al netto degli ammortamenti, dei beni reversibili non ancora ammortizzati come risultante dal bilancio di esercizio alla data dell'anno in cui termina la concessione, e delle variazioni eseguite ai fini regolatori. L'importo del valore di subentro è a carico del concessionario subentrante. 8. Fatti salvi i contratti di partenariato pubblico privato con canone di disponibilità, per le concessioni autostradali il rischio di cui all'articolo 3, comma 1, lettera zz) si intende comprensivo del rischio traffico. L'amministrazione può richiedere sullo schema delle convenzioni da sottoscrivere un parere preventivo all'Autorità di regolazione dei trasporti. 8-bis. Le amministrazioni non possono procedere agli affidamenti delle concessioni autostradali scadute o in scadenza facendo ricorso alle procedure di cui all'articolo 183. 8-ter. Le concessioni autostradali relative ad autostrade che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti a società *in house* di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite. A tal fine il controllo analogo di cui all'articolo 5 sulla predetta società *in house* può essere esercitato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, che eserciti sulla società *in house* i poteri di cui al citato articolo 5 (...)".

#### 4. LA DEFINIZIONE DI PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO NEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI

---

(5) Tale comma è stato modificato in questi termini dall'art. 1, comma 568, legge n. 205/2017. Per una consultazione integrale del testo di legge si rinvia al sito istituzionale [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

La definizione di partenariato pubblico-privato, al pari di quella più specifica del *project financing* che ne costituisce una specifica declinazione, è contenuta nell'articolo 180 del d.lgs. n. 50/2016 che apre il Titolo I della Parte IV. La norma in esame è rubricata semplicemente "Partenariato Pubblico Privato". La disposizione esordisce chiarendo che "(...) Il contratto di partenariato è il contratto a titolo oneroso di cui all'articolo 3, comma 1, lettera eee)" (6). Di seguito, viene specificato che: "(...) 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. 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 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

---

(6) L'articolo 3, comma 1, lett. eee) prevede che: "(...) contratto di 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. 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, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat (...)". Per una consultazione integrale del testo di legge si rinvia al sito istituzionale [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it).

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 (...)”. Il successivo articolo 181, a sua volta, elenca e disciplina le procedure di affidamento elencati nel citato comma 8 del precedente articolo 180. In particolare i meccanismi di scelta dell’operatore economico sono costituiti dalla procedura di evidenza pubblica e dal dialogo competitivo secondo quanto stabilito dal comma 1 dell’articolo 181 del d.lgs. n. 50/2016. Inoltre, la norma dispone che: “(...) 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. 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 (...)”.

## **5. IL PROJECT FINANCING NEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI**

La finanza di progetto è disciplinata dall’attuale Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) dagli articoli da 183 a 187. La collocazione sistemica delle citate norme, all’interno dell’architettura del T.U., ha luogo nel Titolo I della Parte IV dedicata al “Partenariato Pubblico Privato e Contraente Generale ed Altre Modalità di Affidamento”. Venendo al dettaglio delle disposizioni, la norma di apertura (art. 183), è semplicemente rubricata “Finanza di progetto”. Essa chiarisce che: “(...) 1. Per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, ivi inclusi quelli relativi alle strutture dedicate alla nautica da diporto, inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall’amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, ivi inclusi i Piani dei porti, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all’affidamento mediante concessione ai sensi della parte III, affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l’utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti. In ogni caso per le infrastrutture afferenti le opere in linea è necessario che le relative proposte siano ricomprese negli strumenti di programmazione approvati dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. 2. Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all’articolo 72 ovvero di cui all’articolo 36, comma 9, secondo l’importo dei lavori, ponendo a base di gara il progetto di fattibilità predisposto dall’amministrazione aggiudicatrice. Il progetto di fattibilità da porre a base di gara è redatto dal personale delle amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzione delle diverse professionalità coinvolte nell’approccio multidisciplinare proprio del progetto di fattibilità. In caso di carenza in organico di personale idoneamente qualificato, le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione del progetto di fattibilità a soggetti esterni, individuati con le procedure previste dal presente codice. Gli oneri connessi all’affidamento di attività a soggetti esterni possono essere ricompresi nel quadro economico dell’opera. 3. Il bando, oltre al contenuto previsto dall’allegato XXI, specifica: *a*) che l’amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto, di cui al comma 10, lettera *b*), di apportare al progetto definitivo, da questi presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto, anche al fine del rilascio delle concessioni demaniali marittime, ove necessarie, e che, in tal caso, la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all’accettazione, da parte di quest’ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario; *b*) che, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto definitivo, l’amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l’accettazione delle modifiche da

apportare al progetto definitivo presentato dal promotore alle stesse con l'indizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso. 4. Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo. 5. Oltre a quanto previsto dall'articolo 95, l'esame delle proposte è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione. Per quanto concerne le strutture dedicate alla nautica da diporto, l'esame e la valutazione delle proposte sono svolti anche con riferimento alla maggiore idoneità dell'iniziativa prescelta a soddisfare in via combinata gli interessi pubblici alla valorizzazione turistica ed economica dell'area interessata, alla tutela del paesaggio e dell'ambiente e alla sicurezza della navigazione. 6. Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. La pubblicazione del bando, nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, esaurisce gli oneri di pubblicità previsti per il rilascio della concessione demaniale marittima. 7. Il disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei. 8. Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, ferma restando l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80. 9. Le offerte devono contenere un progetto definitivo, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, nonché 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, oltre a prevedere il rimborso delle spese sostenute per la predisposizione del progetto di fattibilità posto a base di gara, comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. L'importo complessivo delle spese di cui al periodo precedente non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto definitivo deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori ed il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto ed i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. 10. L'amministrazione aggiudicatrice: *a)* prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando; *b)* redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta; *c)* pone in approvazione il progetto definitivo presentato dal promotore, con le modalità indicate all'articolo 27, anche al fine del successivo rilascio della concessione demaniale marittima, ove necessaria. In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario; *d)* quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione; *e)* qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso. 11. La stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto definitivo e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario. Il rilascio della concessione demaniale marittima, ove necessaria, avviene sulla base del progetto definitivo, redatto in conformità al progetto di fattibilità approvato. 12. Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese di cui al comma 9, terzo periodo.

13. Le offerte sono corredate della garanzia di cui all'articolo 93 e di 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. Il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'articolo 103. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario, è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 103; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale. 14. Si applicano, ove necessario, le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, e successive modificazioni. 15. Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto di fattibilità deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori e del quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto e i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente e deve essere integrato con le specifiche richieste dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con propri decreti. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata delle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 17, della cauzione di cui all'articolo 93, e dell'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta. A tal fine 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. Il progetto di fattibilità eventualmente modificato è inserito negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità previste per l'approvazione di progetti; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto di fattibilità approvato è posto a base di gara, alla quale è invitato il proponente. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il proponente, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto di fattibilità; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. 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 (7). Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al comma 9 (...). Riguardo il termine dei tre mesi entro il quale l'amministrazione è chiamata a valutare la fattibilità della proposta fatta pervenire dal proponente, la giurisprudenza amministrativa ha sottolineato che: "(...) ai sensi dell'art. 183 co. 15 del d.lgs. n. 50/2016,

---

(7) Per un approfondimento sul tema si rinvia a G. GUZZO, *Project financing: fu vera gloria?*; in *Riv. trim. app.*, 2006, n. 1; G. GUZZO, *Appalti pubblici. Disciplina, procedura e nuovi profili processuali*; Giuffrè Editore (2013), pag. 57 e ss.



l'amministrazione destinataria della proposta di *project financing* proveniente da un operatore economico "valuta, entro il termine perentorio di tre mesi, la fattibilità della proposta", e, a tal fine, "può invitare il proponente ad apportare al progetto di fattibilità le modifiche necessarie per la sua approvazione". La richiesta di integrazioni o modifiche forma pertanto oggetto di una facoltà discrezionale, il cui esercizio è soggetto alle consuete regole dell'azione amministrativa. E se è vero che la norma citata non disciplina espressamente una procedura di valutazione comparativa, non può negarsi che — proprio in forza di quelle regole — la contemporanea pendenza di più proposte afferenti al medesimo oggetto, da parte di operatori diversi, onera l'amministrazione che ne sia destinataria a riservare a ciascuna di esse pari considerazione, in sede di verifica della fattibilità. Tale onere non limita, tuttavia, la possibilità per l'amministrazione di modulare diversamente l'istruttoria, avuto riguardo, di volta in volta, alla qualità dei proponenti e/o al contenuto e al grado di approfondimento delle proposte ricevute, nei limiti della ragionevolezza e della non contraddittorietà. [...] D'altro canto, non deve dimenticarsi che l'amministrazione, in fase di scelta del promotore di un *project financing*, gode di amplissima discrezionalità, sindacabile unicamente per manifesta illogicità o incongruità o travisamento dei fatti, in funzione non della scelta della migliore tra una pluralità di offerte, bensì di una valutazione di interesse pubblico che giustifichi l'inserimento di un determinato progetto nei propri strumenti di programmazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 843; id., A.P., 15 aprile 2010, n. 2155, rinumerata in n. 1/2010). E che, in ogni caso, la corretta composizione dei contrapposti interessi in gioco — quello alla speditezza del procedimento e alla scelta della proposta più confacente all'interesse pubblico, unitamente all'interesse individuale di ciascun proponente a vedere valutata la propria offerta, pur in presenza di altre offerte analoghe — si rinviene nel pacifico riconoscimento della facoltà dell'amministrazione di non dare corso alla gara per l'affidamento del progetto e di intervenire in autotutela sulla dichiarazione di pubblico interesse, ogniqualvolta ravvisi la sussistenza di sopravvenuti motivi, anche di natura economica in relazione al risparmio di spesa, a seguito di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, come ben può accadere all'esito della presentazione di una nuova proposta avente il medesimo oggetto di quella già dichiarata di interesse (per tutte, cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 111; id., 18 gennaio 2017, n. 207)" (8). Ritornando alla rassegna dell'articolo 183 del d.lgs. n. 50/2016, il comma 16 stabilisce che: "(...) La proposta di cui al comma 15, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di partenariato pubblico privato. 17. Possono presentare le proposte di cui al comma 15, primo periodo, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, nonché i soggetti con i requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici anche per servizi di progettazione eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153. Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale. 18. Al fine di assicurare adeguati livelli di bancabilità e il coinvolgimento del sistema bancario nell'operazione, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute all'articolo 185. 19. Limitatamente alle ipotesi di cui i commi 15 e 17, i soggetti che hanno presentato le proposte possono recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura fino alla pubblicazione del bando di gara purché tale recesso non faccia venir meno la presenza dei requisiti per la qualificazione. In ogni caso la mancanza dei requisiti in capo a singoli soggetti comporta l'esclusione dei soggetti medesimi senza inficiare la validità della proposta, a condizione che i restanti componenti posseggano i requisiti necessari per la qualificazione. 20. Ai sensi dell'articolo 2 del presente codice, per quanto attiene alle strutture dedicate alla nautica da diporto, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano adeguano la propria normativa ai principi previsti dal presente articolo (...)" Il successivo articolo 184, invece, è dedicato alle "Società di progetto". Il primo capoverso così recita: "(...) 1. Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di

---

(8) T.A.R. Toscana, Firenze, sentenza n. 328 del 28 febbraio 2018. Per una consultazione del testo integrale della sentenza si rinvia al sito istituzionale [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

progetto in-forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. Le predette disposizioni si applicano anche alla gara di cui all'articolo 183. La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario (...)"

I successivi commi 2-3, a loro volta, stabiliscono che: "(...) 2. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi. 3. Per effetto del subentro di cui al comma 1, che non costituisce cessione del contratto, la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente. Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera liberando, in tal modo, i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento (...)"

L'articolo 185 regola lo specifico aspetto della "Emissione di obbligazioni e titoli di debito da parte delle società di progetto". Nello specifico la disposizione prevede che: "(...) 1. Al fine di realizzare una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, le società di progetto di cui all'articolo 184 nonché le società titolari di un contratto di partenariato pubblico privato ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettere *eee*), possono emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga ai limiti di cui agli articoli 2412 e 2483 del codice civile, purché destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori qualificati come definiti ai sensi dell'articolo 100 del decreto legislativo 24 febbraio 1998 n. 58, fermo restando che sono da intendersi inclusi in ogni caso tra i suddetti investitori qualificati altresì le società ed altri soggetti giuridici controllati da investitori qualificati ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile; dette obbligazioni e titoli di debito possono essere dematerializzati e non possono essere trasferiti a soggetti che non siano investitori qualificati come sopra definiti. In relazione ai titoli emessi ai sensi del presente articolo non si applicano gli articoli 2413, 2414-*bis*, commi primo e secondo, e da 2415 a 2420 del codice civile. 2. La documentazione di offerta deve riportare chiaramente ed evidenziare distintamente un avvertimento circa l'elevato profilo di rischio associato all'operazione. 3. Le obbligazioni e i titoli di debito, sino all'avvio della gestione dell'infrastruttura da parte del concessionario ovvero fino alla scadenza delle obbligazioni e dei titoli medesimi, possono essere garantiti dal sistema finanziario, da fondazioni e da fondi privati, secondo le modalità definite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. 4. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2 e 3 si applicano anche alle società operanti nella gestione dei servizi di cui all'articolo 3-*bis* del decreto-legge 13 agosto 2011 n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011 n. 148, alle società titolari delle autorizzazioni alla costruzione di infrastrutture di trasporto di gas e delle concessioni di stoccaggio di cui agli articoli 9 e 11 del decreto legislativo 23 maggio 2000 n. 164, alle società titolari delle autorizzazioni alla costruzione di infrastrutture facenti parte del Piano di sviluppo della rete di trasmissione nazionale dell'energia elettrica, alle società titolari delle autorizzazioni per la realizzazione di reti di comunicazione elettronica di cui al decreto legislativo 1° agosto 2003 n. 259, e alle società titolari delle licenze individuali per l'installazione e la fornitura di reti di

telecomunicazioni pubbliche di cui al predetto decreto n. 259 del 2003, nonché a quelle titolari delle autorizzazioni di cui all'articolo 46 del decreto-legge 1° ottobre 2007 n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007 n. 222. Per le finalità relative al presente comma, il decreto di cui al comma 3 è adottato di concerto con il Ministro dello sviluppo economico. 5. Le garanzie, reali e personali e di qualunque altra natura incluse le cessioni di credito a scopo di garanzia che assistono le obbligazioni e i titoli di debito, possono essere costituite in favore dei sottoscrittori o anche di un loro rappresentante che sarà legittimato a esercitare in nome e per conto dei sottoscrittori tutti i diritti, sostanziali e processuali, relativi alle garanzie medesime. 6. Le disposizioni di cui al presente articolo non pregiudicano quanto previsto all'articolo 194, comma 12, del presente codice, in relazione alla facoltà del contraente generale di emettere obbligazioni secondo quanto ivi stabilito (...). La norma di chiusura, l'articolo 186, infine, fissa, al comma 1, il carattere privilegiato dei crediti "(...) dei soggetti che finanziano o rifinanziano, a qualsiasi titolo, anche tramite la sottoscrizione di obbligazioni e titoli simili, la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale, ai sensi degli articoli 2745 e seguenti del codice civile, sui beni mobili, ivi inclusi i crediti del concessionario e delle società di progetto che siano concessionarie o affidatarie di contratto di partenariato pubblico privato o contraenti generali, ai sensi dell'articolo 194 (...)". I successivi commi 2-4, a loro volta, stabiliscono che: "(...) 2. Il privilegio, a pena di nullità, deve risultare da atto scritto. Nell'atto devono essere esattamente descritti i finanziatori originari dei crediti, il debitore, l'ammontare in linea capitale del finanziamento o della linea di credito, nonché gli elementi che costituiscono il finanziamento. 3. L'opponibilità ai terzi del privilegio sui beni è subordinata alla trascrizione, nel registro indicato dall'articolo 1524, comma 2, del codice civile dell'atto dal quale il privilegio risulta. Della costituzione del privilegio è dato avviso mediante pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana; dall'avviso devono risultare gli estremi della avvenuta trascrizione. La trascrizione e la pubblicazione devono essere effettuate presso i competenti uffici del luogo ove ha sede l'impresa finanziata. 4. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1153 del codice civile, il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto dello stesso dopo la trascrizione prevista dal comma 3. Nell'ipotesi in cui non sia possibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio si trasferisce sul corrispettivo (...)".

## **6. IL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ**

L'esigenza avvertita nel corso dell'ultimo decennio di sviluppare in diversi settori il fenomeno del partenariato pubblico-privato (PPP) allo scopo di creare sinergie fra le P.A. ed il mondo delle imprese con il preciso intento di assicurarsi il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio ha trovato recentemente una ulteriore configurazione contrattuale all'interno del Codice dei contratti pubblici. La necessità di reperire risorse finanziarie private e, allo stesso tempo, di beneficiare maggiormente del *know how* e dei metodi di funzionamento del settore privato hanno indotto il Legislatore, con il decreto legge n. 1/2012, convertito in legge n. 27 del 24 marzo dello stesso anno, a codificare una nuova operazione di PPP denominata contratto di disponibilità, ora contemplata all'art. 188 del d.lgs. n. 50/2016. Per quanto concerne gli elementi caratterizzanti il contratto di disponibilità, in primo luogo, va chiarito che il contratto di disponibilità presuppone che vengano affidate, a rischio e a spese 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. Si evidenzia, quindi, che tale tipologia di contratto differisce dagli altri strumenti di PPP (concessione e locazione finanziaria) per il fatto che la titolarità dell'opera realizzata dall'affidatario del contratto è del tutto privata. Infatti il comma 2 dell'articolo 188 stabilisce che: "(...) L'affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice. Il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Salvo diversa determinazione contrattuale e fermo restando quanto previsto dal comma 5, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni,

pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore (...). Altro elemento caratterizzante è costituito dalla messa in disponibilità dell'opera a beneficio della P.A. Si tratta dell'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti. Infatti, il comma 1 dell'articolo 188 prevede che l'affidatario del contratto di disponibilità sia retribuito con diversi corrispettivi, quali sono quelli elencati nelle successive lettere a)-c). In particolare le modalità di pagamento previste dal nuovo Codice degli appalti pubblici sono: "(...) a) un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera; il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 3; b) l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice; c) un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera di cui alla precedente lettera b), al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere, al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice (...). Per quanto concerne la "costruzione" del bando di gara il comma 3 dell'articolo 188 prevede, in prima battuta, che esso sia pubblicato con le modalità di cui all'articolo 72 ovvero di cui all'articolo 36, comma 9, secondo l'importo del contratto, ponendo a base di gara un capitolato prestazionale, predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice, che indica, in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita e le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità, nei limiti di cui al comma 6. In questo modo il Legislatore ha voluto significativamente responsabilizzare l'affidatario. Infatti, in disparte il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice, l'affidatario è tenuto alla redazione del progetto definitivo, esecutivo e delle eventuali varianti in corso d'opera che l'affidatario stesso può introdurre ai fini di una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti. Inoltre il comma 5 dell'articolo 188 prevede che il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera sono redatti a cura dell'affidatario. L'affidatario ha la facoltà di introdurre le eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del progetto di fattibilità tecnica-economica approvato dall'amministrazione aggiudicatrice e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti. Il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera sono ad ogni effetto approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice la quale può, entro trenta giorni, motivatamente opporsi ove non rispettino il capitolato prestazionale e, ove prescritto, alle terze autorità competenti. Il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti è a carico dell'affidatario. L'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327. Per quanto concerne il collaudo dell'opera, tale attività è posta in capo alla stazione appaltante al fine di: a) verificare la realizzazione dell'opera; b) accertare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti, potendo proporre modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti, ovvero la riduzione del canone di disponibilità, sempreché siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali. Infatti, il comma 6 dell'articolo 188 stabilisce che l'attività di collaudo, posta in capo alla stazione appaltante, verifica la realizzazione dell'opera al fine di accertare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti e può proporre all'amministrazione aggiudicatrice, a questi soli fini, modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti ovvero, sempre che siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali, la riduzione del canone di disponibilità. Il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto. L'adempimento degli impegni dell'amministrazione aggiudicatrice resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità.

## 7. CONSIDERAZIONI FINALI

L'istituto della concessione di opere pubbliche pone diversi problemi, il più evidente dei quali, indubbiamente, consiste nella corretta definizione dei contenuti caratterizzanti il rapporto da instaurarsi con il *partner* privato. In quest'ottica, sotto altro profilo, va letta anche la stessa distinzione tra appalti e concessioni, attesa la evidente diversità insita nelle modalità di aggiudicazione. Al riguardo, pare opportuno sottolineare che lo stesso d.lgs. n. 50/2016 e s.m. ed integrazioni ha mantenuto ferma la distinzione tra i contratti di appalto e concessioni il cui relativo l'affidamento continua ad avere luogo per il tramite di un regime molto più snello a differenza di quello previsto per l'aggiudicazione dei contratti di appalto, più rigidamente ancorato alle prescrizioni codicistiche. Ciò trova una precisa ragione nel fatto che la concessione, per sua stessa natura, "alleggerisce" di molto il coinvolgimento finanziario della PA facendo gravare massimamente l'impegno economico sul privato che ne assume il rischio. Per tale motivo, tutto sommato, è possibile parlare di una procedura di selezione più semplice, più leggera. Ciò nonostante la PA è tenuta comunque a vigilare sugli *standard* di qualità da garantire alla collettività ed in tale prospettiva la corretta ed equilibrata elaborazione del piano economico-finanziario di sostenibilità diventa un momento cruciale della procedura, unitamente al connesso rischio di impresa. A tale ultimo proposito, l'articolo 3, comma 1, lettera zz), del Codice degli appalti configura il rischio di impresa come "(...) il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito al concessionario. Si considera che il concessionario assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile (...)". La norma va, comunque, letta in combinato disposto con l'articolo 165, comma 1, che chiarisce che: "(...) nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) riferito alla possibilità che, in condizioni operative normali, le variazioni relative ai costi e ai ricavi oggetto della concessione incidano sull'equilibrio del piano economico finanziario. Le variazioni devono essere, in ogni caso, in grado di incidere significativamente sul valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario (...)". In conclusione è possibile affermare che nelle concessioni di opere pubbliche, alla indubbia maggiore libertà di forma nella individuazione dell'operatore economico - che sfugge alle rigide norme codicistiche - si contrappone l'esigenza, o per meglio dire, la necessità che l'operatore economico non perda di vista gli *standard* qualitativi da garantire alla collettività. Il problema risiede proprio in ciò, vale a dire coniugare gli *standard* qualitativi adeguati, cui il concessionario è tenuto, con l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio di bilancio, che giustifica l'intera operazione da un punto di visto economico-finanziario. Solo ragionando in questi termini lo strumento della concessione di opere pubbliche può davvero costituire un utile orpello per alleggerire le casse pubbliche e migliorare la qualità della vita di una comunità. Diversamente opinando rischia di diventare un moltiplicatore di problemi essenzialmente a discapito dei cittadini e delle finanze pubbliche.

**Gerardo Guzzo**

Avvocato  
Professore aggregato di Organizzazione Aziendale presso l'UniCal.