**Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house**

1. **Modelli gestionali di attuazione del PNRR-partenariato pubblico privato e società *in house[[1]](#footnote-1)***.

La capacità del PNRR di realizzare quella stabile ripresa economica che ne rappresenta l’obiettivo ultimo è strettamente dipendente dalla scelta di modelli efficienti di attuazione degli interventi programmati e di gestione delle notevoli risorse messe in campo. L’efficienza e l’adeguatezza del modello di attuazione è, peraltro, indissolubilmente legata al fattore temporale di realizzazione dell’intervento che ne rappresenta una componente di risultato.

L’utilizzo della spesa pubblica come strumento di leva economica esige un’azione amministrativa fortemente improntata ad un’ottica di risultato, un rafforzamento delle capacità operative e gestionali del soggetto pubblico mediante un ampliamento del patrimonio conoscitivo tecnico, scientifico ed economico, la flessibilità dello strumento contrattuale e la sostenibilità nel tempo dell’operazione economica.

Il parternariato pubblico privato (contrattuale e istituzionalizzato) e l’*in house* costituiscono due strumenti in grado di soddisfare le esigenze sopra indicate e, quindi, idonei a rivestire un ruolo strategico nella realizzazione del piano degli interventi programmati.

La valenza strategica di entrambi gli istituti non è, peraltro, limitata al singolo intervento o programma, ma investe, in un’ottica di più ampio respiro, un processo di ammodernamento della pubblica amministrazione, atto a determinarne l’affrancamento dalla logica statica di mero acquirente del bene o del servizio e l’evoluzione verso una figura operatore pubblico-professionale in grado di selezionare il *partner* privato e lo strumento negoziale più adeguati all’interesse da soddisfare, di utilizzare il contratto e il relativo regolamento negoziale per un’efficiente allocazione del rischio economico e di garantire un costante monitoraggio nella fase di esecuzione, in un’ottica di medio e lungo periodo.

Tutti gli interventi contemplati dal PNRR- dalla digitalizzazione, alla transizione ecologica ed efficientamento energetico, alla mobilità sostenibile, all’istruzione, all’inclusione e coesione, alla salute- impongono l’acquisizione di specifiche competenze tecniche entro i tempi contenuti previsti per la loro realizzazione: di qui l’opportunità di sfruttare il *know how* e le capacità imprenditoriali del settore privato, unitamente al supporto tecnico operativo delle società *in house*.

Quanto al partenariato pubblico privato, il Piano precisa che, in via prudenziale, non si tiene conto esplicitamente della possibilità che i fondi del PNRR vengano utilizzati per sostenere oppure attrarre investimenti privati attraverso il mercato, anche per tramite forme di partenariato pubblico privato, chiarendo, tuttavia, che “*in tal caso l’impatto sarebbe stato ben maggiore per l’effetto leva*”[[2]](#footnote-2).

Per ogni progetto contemplato nel Piano, quindi, il finanziamento ivi previsto è in grado di combinarsi con quelli derivanti dall’iniziativa privata, producendo un effetto moltiplicatore per la ripresa[[3]](#footnote-3).

Viene quindi confermato, anche nell’ambito del PNRR, il ruolo fondamentale del partenariato pubblico privato quale volano per la ripresa economica, già in precedenza evidenziato dal Consiglio di Stato[[4]](#footnote-4).

Da non trascurare, inoltre, l’importanza della competenza tecnico-progettuale del privato, che può rappresentare un valido ausilio per l’amministrazione al pari del supporto operativo della società *in house* espressamente previsto dall’art. 10 d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. ‘*Decreto governance-PNRR’*), convertito, con modificazioni, dall' art. 1, comma 1, l. 29 luglio 2021, n. 10.

Quest’ultima disposizione individua dell’*in house* uno strumento di rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti e ne consente l’utilizzo, secondo condivisibile opinione (su cui cfr. *infra*), oltre i confini tradizionali dell’istituto tracciati dalla nota sentenza Teckal del 1999.

L’attuazione del PNRR rappresenta, pertanto, un interessante banco di prova delle potenzialità applicative di due classiche categorie in cui si esplica la capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni: i contratti speciali, disciplinati dal codice dei contratti pubblici, e i contratti ad oggetto pubblico o di diritto pubblico, nell’ambito del quale rientra, secondo una condivisibile dottrina, anche il contratto costitutivo di una di società a partecipazione pubblica, per il forte grado di compenetrazione tra provvedimento e negozio.[[5]](#footnote-5)

Si ripropone, infine, nello specifico settore del PNRR, l’alternativa tra *in house* e mercato che rappresenta un *leitmotiv* del panorama della contrattualistica pubblica. Un tema classico rivisto in chiave moderna: non più secondo lo schema binario appalto-*in house providing* per l’acquisizione del bene o servizio, ma nella logica più complessa dello sfruttamento della capacità manageriale del privato o della capacità tecnica della società “a controllo analogo”, entrambe volte a fornire al soggetto pubblico il supporto operativo necessario per affrontare le sfide del PNRR.

**2. Il partenariato pubblico-privato: un modello sinergico di attuazione del PNRR.**

Il partenariato pubblico-privato è un modello di gestione collaborativa estremamente duttile e suscettibile di proficuo utilizzo in svariati settori, da quello economico, a quello sociale[[6]](#footnote-6), a quello del patrimonio culturale[[7]](#footnote-7).

Concentrando l’attenzione, per ragioni di sinteticità del presente lavoro, sulla collaborazione in ambito economico, vengono in rilievo due diversi modelli di partenariato a cui il soggetto pubblico può ricorrere per la realizzazione degli interventi del PNRR: quello contrattualizzato, in cui i legami tra soggetto pubblico e *partner* privato sono puramente convenzionali (Partenariato Pubblico Privato Contrattuale o Contrattualizzato: PPPC), e quello istituzionalizzato, in cui la cooperazione si realizza attraverso la creazione di un soggetto giuridico distinto, la società a capitale misto (Partenariato Pubblico Privato Istituzionale o Istituzionalizzato: PPPI) [[8]](#footnote-8).

In entrambi i casi la scelta del *partner* privato avviene a seguito di procedura ad evidenza pubblica (art. 181 d. lgs 50/2016 per il partenariato contrattuale, art. 5 comma 9 d. lgs 50/2016 e art. 17 d.lgs 175/2016 per il partenariato istituzionalizzato), in conformità alla regola generale della concorrenza per il mercato, e in ciò distinguendosi dall’affidamento diretto proprio dell’*in house*.

Il partenariato pubblico- privato contrattualizzato, disciplinato dagli artt. 180 e ss. del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50), è uno schema negoziale estremamente flessibile per la progettazione, il finanziamento e la realizzazione di infrastrutture, opere e servizi.

Con siffatto modello di cooperazione il rapporto contrattuale tra pubblica amministrazione e privato si connota di una complessità del tutto sconosciuta allo schema negoziale classico (si pensi al tradizionale modello della concessione- contratto o anche all’appalto) poiché va oltre la dimensione sinallagmatica del rapporto (pagamento del corrispettivo in cambio dell’opera, del bene o del servizio) per abbracciare quella tecnico-progettuale di realizzazione e quella economico-finanziaria di gestione dell’opera o del servizio in una dimensione di medio e lungo periodo. Si tratta di una declinazione, nella particolare prospettiva del mercato, di quell’aspirazione sinergica tra soggetto pubblico titolare dell’azione e privato destinatario della medesima di cui è espressione il principio sussidiarietà orizzontale di cui all’art 118, comma 4, Cost.

Sul piano della qualificazione giuridica, si è discusso se si tratti di contratto atipico, di vero e proprio schema contrattuale, di semplice modulo procedimentale[[9]](#footnote-9) , di una mera nozione descrittiva[[10]](#footnote-10) o puro fenomeno economico.

Il Consiglio di Stato[[11]](#footnote-11) ha chiarito che la nozione di partenariato esprime la duplice dimensione-negoziale ed economica- del fenomeno, in quanto costituisce un fenomeno economico–finanziario che trova disciplina giuridica nel relativo contratto, qualificabile come contratto atipico, in cui le parti fissano nel modo ritenuto più idoneo e adeguato i diritti e gli obblighi reciproci, in funzione del conseguimento dell’interesse pubblico individuato esclusivamente dalla parte pubblica. Di qui l’esigenza di un approccio multidisciplinare al fenomeno.

I profili classificatori si rivelano, in ogni caso, di scarsa importanza pratica alla luce del chiaro disposto dell’art. 180 comma 8 del codice che, da un lato, elenca espressamente alcune fattispecie tipiche di partenariato (la finanza di progetto, la concessione di lavori e quella di servizi, la locazione di opere pubbliche, il contratto di disponibilità) e, dall’altro, individua un contenuto tipico per le fattispecie atipiche, laddove precisa, con formula aperta e residuale, che rientra nel partenariato “*qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche*” ivi indicate.

Le parti sono, quindi, libere di addivenire a forme di collaborazione diverse dai tipi nominativamente previsti e disciplinati, purché, nella determinazione del regolamento contrattuale, i diritti ed obblighi reciproci siano ripartiti in modo conforme allo schema generale contenuto nell’art. 180 (nell’ambito del quale è essenziale il trasferimento del rischio economico al privato, come verrà chiarito *infra*: anche sotto tale profilo si manifesta l’estrema flessibilità connaturata all’istituto.

Sul piano dell’individuazione degli elementi che caratterizzano il partenariato in questione e che lo differenziano dalla fattispecie tradizionale dell’appalto, la normativa nazionale ha recepito le indicazioni della Commissione europea che, a partire dal Libro verde del 30 aprile 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni, ha annoverato, tra gli elementi caratterizzanti il partenariato, sia contrattualizzato che istituzionale: *i*) la lunga durata del rapporto instaurato tra i *partners* pubblici e privati; *ii*) il finanziamento del progetto a carico dell’operatore privato e la partecipazione di quest’ultimo a tutte le fasi di sviluppo del progetto; *iii*) l’allocazione dei rischi in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.

In coerenza con le sopra richiamate indicazioni, l’art. 3, comma 1, lett eee) del codice dei contratti pubblici reca una definizione di partenariato pubblico privato incentrata sui tratti caratterizzanti del fenomeno, nell’ambito del quale: *i*) l’amministrazione conferisce all’operatore economico per un periodo determinato in funzione della durata dell’ammortamento dell’investimento o delle modalità di finanziamento fissate un complesso di attività, consistenti realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un’opera; *ii*) il corrispettivo è rappresentato dal diritto dell’operatore economico di sfruttamento dell’opera o del servizio; *iii*) il correlativo rischio è assunto dall’operatore economico secondo le modalità indicate dal contratto.

Dai sopra richiamati profili emerge l’essenza della collaborazione: alsoggetto pubblico compete l’individuazione degli interessi da realizzare, la scelta dello strumento più adeguato per la realizzazione, la vigilanza e il controllo sul loro effettivo raggiungimento, mentre all’operatore privato compete la messa a disposizione delle proprie capacità finanziarie e del complessivo *know how* a fronte della quale gli viene riconosciuto il diritto di ritrarre utilità, mediante la disponibilità o lo sfruttamento economico dell’opera, attraverso le ordinarie fasi della sua realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione[[12]](#footnote-12).

L’obbligazione che grava sul *partner* privato non è un’obbligazione di mezzi, ma di risultato, in quanto l’interesse pubblico-unitamente a quello privato- viene soddisfatto solo attraverso una gestione dell’opera o del servizio che sia efficiente sul piano giuridico, in equilibrio su quello finanziario e remunerativa su quello economico.

Viene in tal modo superato il modello sinallagmatico di matrice civilistica del *do ut des* proprio dell’appalto tradizionale, a tutto vantaggio di una nuova concezione di remuneratività, tipica del modello concessorio di derivazione europea, che valorizza la capacità dell’opera di generare flussi di cassa positivi sufficienti a coprire i costi operativi. Tale impostazione ha immediate ricadute sulla gestione e sul finanziamento dell’operazione: il ritorno economico dell’investimento, infatti, è strettamente collegato ai risultati della gestione.

Per un verso, l’operatore economico ha interesse a garantire l’equilibrio economico finanziario e la remuneratività della gestione per l’intera durata del contratto, a differenza di quanto accade nell’appalto ove l’interesse si risolve e si esaurisce nella mera realizzazione dell’opera o fornitura del servizio a fronte di un corrispettivo che comunque verrà pagato; per altro verso, il contratto in questione rappresenta un peculiare strumento di finanziamento di un’opera pubblica, non più fondato sul merito creditizio del privato, ma sulla valenza tecnico - economica del progetto da realizzare[[13]](#footnote-13). Proprio per agevolare l’ottenimento del finanziamento dell’opera, i bandi per le concessioni, lo schema di contratto e il piano economico finanziario devono essere definiti in modo da assicurare adeguati livelli di bancabilità (art. 165 comma 3 del codice).

Il sopra indicato collegamento tra investimento e gestione impone l’allocazione in capo al privato dei rischi connessi allo sfruttamento economico dell’opera o del servizio. Il rischio della gestione è intrinseco in un’operazione di partenariato pubblico privato e ne caratterizza la causa, sia dal punto di vista astratto (alla luce del già richiamato disposto dell’art. 180 del codice) sia dal punto di vista concreto: se il privato non assume il rischio della gestione il contratto non potrà essere qualificato come PPPC, con tutte le ricadute anche in tema di contabilizzazione (*on balance*) nel bilancio pubblico dell’operazione.[[14]](#footnote-14)

In particolare, il modello di cooperazione in esame esige l’allocazione in capo al privato, 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 (art. 180 comma 3 del codice).

E’ proprio il trasferimento del rischio dal soggetto pubblico a quello privato l’elemento che differenzia, anche sul piano causale, la concessione e le altre forme di partenariato dall’appalto. Come chiarito dalla Corte di Giustizia, infatti, si è in presenza di una concessione di servizi allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione e implicano che quest’ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione[[15]](#footnote-15).

In linea con le indicazioni della Corte di Giustizia, l’art. 5 comma 2 della Direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione sancisce che la concessione, sia essa di lavori o servizi, comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o entrambi, e che 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, con una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

La corretta allocazione dei rischi nella determinazione del regolamento contrattuale è, inoltre, fondamentale per la corretta redazione del piano economico finanziario e, quindi, per la sostenibilità a medio e lungo termine dell’operazione, in funzione dell’ammortamento dell’investimento e del rimborso del finanziamento.

Allocazione dei rischi ed equilibrio economico finanziario sono, infatti, i due fattori dell’operazione su cui porre particolare attenzione per evitare, da un lato, l’abuso dello strumento (con una occulta traslazione del debito in capo all’amministrazione), e dall’altro, la non sostenibilità a lungo termine dell’operazione con pregiudizio per l’imprenditore e per il finanziatore, oltre che per la collettività destinataria dell’opera o del servizio.

I rischi, elencati nell’art. 180 e definiti nell’art. 3 del codice, hanno carattere tassativo, sicché l’autonomia contrattuale non può introdurre rischi diversi, ma può procedere a una loro ulteriore specificazione, quale espressione della volontà contrattuale delle parti, per rendere la disciplina del partenariato coerente e adeguata con la fattispecie concreta (e con l’interesse pubblico concreto da perseguire)[[16]](#footnote-16).

In particolare, l’operatore economico deve assumere uno o più dei seguenti rischi:

-rischio di costruzione ossia il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all’aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera[[17]](#footnote-17).

- il rischio operativo ossia il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico. L’operatore economico assume il rischio operativo quando, per fattori al di fuori del controllo delle parti, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto di concessione;

- rischio di disponibilità ossia il rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti;

- rischio di domanda ossia il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa.

Come evidenziato dal Consiglio di Stato[[18]](#footnote-18) il rischio di disponibilità è tipico delle concessioni associate alle opere c.d. fredde (ed ai relativi servizi, avvinti dalla stessa logica), ovvero le opere che sono prive della capacità di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi, e che, risultando legato alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sul piano quantitativo e qualitativo, dovrebbe legarsi alla *performance* dello stesso concessionario.

Se il modello in questione può essere utilizzato anche per opere fredde, circostanza che può assumere particolare interesse nell’ambito degli interventi finanziati con il PNRR, occorre, tuttavia, porre particolare attenzione, nell’ambito della redazione del regolamento contrattuale, alle clausole relative al canone a carico della pubblica amministrazione, il cui ammontare deve necessariamente essere commisurato alla disponibilità dell’opera o alla fruizione del servizio, attraverso la previsione di una riduzione o azzeramento del canone nei periodi di mancata o ridotta disponibilità (art. 180 comma 4).

Quanto sopra osservato in relazione alla corretta allocazione del rischio evidenzia un ulteriore profilo di interesse della disciplina in esame: l’utilizzo del regolamento negoziale come strumento di allocazione del rischio (non solo giuridico ma) economico tra i contraenti, allocazione che assurge ad elemento essenziale sul piano sia della causa astratta che di quella concreta.

Presupposto per la corretta distribuzione dei rischi è, come precisato, l’equilibrio economico finanziario dell’operazione, inteso come contemporanea presenza di condizioni di convenienza economica, ossia della capacità del progetto di generare valore per l’intera durata del contratto e un livello di redditività adeguato per il capitale investito, e sostenibilità finanziaria, consistente nella capacità di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento (art. 3 comma 1 lett. fff del codice).

L’equilibrio economico finanziario deve accompagnare l’intera durata dell’operazione e deve essere esplicitato nel piano economico finanziario (PEF), quale documento essenziale, accanto al progetto definitivo e allo schema di contratto (art. 181 del codice)[[19]](#footnote-19)

Il PEF rappresenta il documento giustificativo della sostenibilità economico-finanziaria dell’offerta, di cui rappresenta un elemento di supporto per la valutazione della sua congruità, e cioè dell’idoneità dei suoi contenuti ad assicurare al concessionario una fonte di utili in grado di consentire il rimborso dei prestito e la gestione proficua dell’attività oggetto di concessione[[20]](#footnote-20). L’amministrazione deve, quindi, valutare la coerenza e sostenibilità economica dell’offerta, come risultante dal piano economico e finanziario, sotto il profilo dei ricavi attesi e dei relativi flussi di cassa in rapporto ai costi di produzione e gestione [[21]](#footnote-21).

Per l’elaborazione di un PEF attendibile non è sufficiente che le clausole contrattali comportino il trasferimento del rischio, ma è necessario che siano specificati tutti gli oneri economici che concorrono a definire il rischio che l’operatore economico è chiamato ad assumere. Se, infatti, l’operatore non è posto a conoscenza di tutti gli oneri del servizio che dovrà svolgere, non è in condizione di valutare se, congruamente con la sua organizzazione di impresa, sarà in grado di sostenere il rischio senza incorrere in perdite di attività e la sua offerta risulterà inevitabilmente non attendibile, potendo essere indotto a rivedere al ribasso la qualità del servizio offerto in corso di rapporto solo per evitare perdite.

In applicazione delle coordinate interpretative sopra richiamate- rivolgendo per un attimo l’attenzione ai risvolti concreti di disciplina- il Consiglio di Stato ha annullato un bando di gara per sottoscrizione mediante *project financing* di un EPC (*Energy Performace Contract*), avente ad oggetto la riqualificazione e l’ampliamento di un impianto di illuminazione comunale, poiché le condizioni di esecuzione del servizio previste negli atti di gara non consentivano la formulazione di una offerta economicamente sostenibile, dato che, per un verso, il canone annuo era parametrato sulle somme corrisposte dal Comune per il funzionamento dell’impianto al momento dell’indizione della procedura di gara, ma, per altro verso, erano previsti taluni interventi di manutenzione periodica (quali “verniciatura di tutti i pali di sostegno” e della “sostituzione dei corpi illuminanti” -“sorgenti a LED”, analiticamente indicati dall’amministrazione che, tuttavia, aveva omesso di quantificarne l’onere economico) i cui costi avrebbero inciso a tal punto sull’attività del privato concessionario da rendere non più remunerativo il servizio svolto.[[22]](#footnote-22)

Corretta allocazione dei rischi e redazione di un PEF in grado di supportare, in prospettiva di medio e lungo periodo, l’equilibrio e la remuneratività dell’operazione rendono il contratto di non facile redazione, tenuto conto anche della necessità di garantire un adeguato monitoraggio dell’esecuzione al fine di mantenere inalterati la distribuzione del rischio e l’equilibrio economico finanziario originari[[23]](#footnote-23).

Proprio per supportare le parti nella fase di redazione del testo contrattuale sono stati elaborati schemi di contratti standard.

Il contratto tipo ha il duplice vantaggio- di particolare rilievo per gli interventi del PNRR- di ridurre i tempi di contrattazione e di contenere i rischi di disfunzioni operative del contratto con l’insorgere di contenzioso. Come è stato correttamente osservato, la predisposizione di un contratto standard può consentire di limitare i costi transattivi, inducendo certezza e celerità nei traffici giuridici, permettendo di calcolare gli esiti economici del contrarre, nonché di ridurre il rischio che insorgano controversie sull’esecuzione degli obblighi contrattuali, soprattutto qualora le clausole contrattuali siano di natura tecnica e di elevata complessità [[24]](#footnote-24).

La Ragioneria generale dello Stato ha, infatti, predisposto uno schema di contratto standard[[25]](#footnote-25) per l'affidamento della progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della pubblica amministrazione da realizzare in partenariato pubblico-privato, su cui il Consiglio di Stato si è espresso con parere n. 823/2020.

Si tratta di uno strumento operativo volto a superare il *gap* di competenze pubbliche che rappresenta un concreto ostacolo all’utilizzo del partenariato.

Nella medesima direzione dell’ampliamento dell’utilizzo del parternariato si collocano le più recenti modifiche introdotte dal decreto semplificazioni che rendono il modello particolarmente adatto a talune tipologie di intervento del PNRR, quali l’efficientamento energetico delle scuole, degli uffici pubblici e dell’edilizia convenzionata, la realizzazione di infrastrutture di trasporto urbano, la digitalizzazione, l’adeguamento sismico, la rigenerazione urbana.

Il decreto semplificazioni (d.l. 76/2020) ha inciso sulla disciplina del contratti di partenariato pubblico privato contenuta nel codice in una duplice direzione: *i*) ha previsto che, nel caso di utilizzo del modello di PPP per i contratti di rendimento energetico e di prestazione energetica (EPC: *Energy Performace Contract*), i ricavi di gestione possono essere commisurati al livello di miglioramento dell’efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente (art. 180 comma 2) ; *ii*) ha modificato l’art. 183 comma 15 del codice in tema di *project financing,* estendendo la possibilità per gli operatori economici di presentare proposte per la realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità anche ove già inclusi negli strumenti programmazione triennale (lavori) e biennale (beni e servizi) dell’amministrazione.

Sotto il primo profilo è stata introdotta una specifica previsione per i contratti di rendimento energetico, già disciplinati dal d.lgs 4 luglio 2014, n. 102 al fine di dare attuazione alla politica di efficientamento energetico adottata dall’Unione europea (Direttiva 2006/32/CE, successivamente abrogata dalla Direttiva 2012/27/UE). Si tratta di uno strumento fondamentale per la riqualificazione energetica degli immobili di proprietà pubblica e per il miglioramento dell’efficienza energetica a lungo termine, finalizzato all’attuazione del principio europeo che pone l’efficienza energetica al primo posto (art. 5 d. lgs 102/2014).

L’efficienza energetica e la riqualificazione degli edifici è un obiettivo fondamentale del PNRR (Missione 2, Componente 3), tenuto conto che, come evidenziato dal Piano, “*l’incremento del livello di efficienza degli edifici rappresenta una delle leve più virtuose per la riduzione delle emissioni e che nel nostro Paese soffre di un parco edifici con oltre il 60 per cento dello stock superiore a 45 anni, sia negli edifici pubblici (es. scuole, cittadelle giudiziarie), sia negli edifici privati*”.[[26]](#footnote-26)

Sul piano strutturale, il contratto di rendimento energetico e di prestazione energetica è un accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore di una misura di miglioramento dell'efficienza energetica (una società di servizi energetici o ESCO- *Energy Service Company*), verificata e monitorata durante l'intera durata del contratto, dove gli investimenti (lavori, forniture o servizi) realizzati sono pagati in funzione del livello di miglioramento dell'efficienza energetica stabilito contrattualmente o di altri criteri di prestazione energetica concordati, quali risparmi finanziari (art. 2 comma 2 lett. n d. lgs 102/2014).

Se stipulato con una pubblica amministrazione, il contraente privato assume l’impegno al miglioramento dell’efficienza energetica e ne riceve in cambio una remunerazione variamente calcolata in ragione del risparmio energetico conseguito e della riduzione del costo dell’energia.

L’art. 180 comma 2 del codice, come modificato dall’art. 8, comma 5 lett c-*quater* d.l. 76/2020, statuisce che i ricavi di gestione di un contratto di efficientamento energetico realizzato tramite PPP possono essere determinati e pagati in funzione del miglioramento dell’efficienza energetica o di altri criteri di prestazione energetica stabiliti contrattualmente purché quantificabili in relazione ai consumi: di qui l’importanza della quantificazione del miglioramento energetico che l’operatore economico ha l’obbligo di rendere disponibile all’amministrazione e che, come già previsto dal sopra richiamato art. 2 d.lgs 102/2014, deve essere verificata e monitorata per tutta la durata del contratto, anche mediante piattaforme informatiche dedicate alla raccolta, organizzazione, gestione, elaborazione, valutazione e monitoraggio dei consumi energetici. La novella, pertanto, inserisce il contratto di efficientamento energetico, come disciplinato dal d.lgs 102/2014, tra i contratti di partenariato nominativamente indicati dall’art 180.

 Il Consiglio di Stato [[27]](#footnote-27)ha precisato che l’EPC è volto al perseguimento del risparmio energetico come oggetto della prestazione caratteristica della ESCO (*Energy Service Company*) ed è dunque sinallagmaticamente costruito sul paradigma *do ut facias*, incompatibile con la categoria della prestazione (qualitativamente) prevalente alla base dell’operatività della disciplina del contratto misto. L’EPC, pur presentando requisiti propri della concessione di lavori e della concessione di servizi, evidenzia come tratto differenziale e specializzante quello per cui il corrispettivo è parametrato al risparmio energetico conseguito per effetto dell’intervento. Da ciò il corretto riferimento al PPP come strumento di cooperazione tra pubblico e privato.

La ESCO è, quindi, tenuta ad una prestazione di risultato, oggetto di misurazione, da cui dipende l’ammontare dei ricavi, in considerazione della flessibilità e della dinamicità che è la caratteristica del PPP, ove il rapporto contrattuale si conforma all’operazione economica che ne è alla base.

La seconda novità introdotta dal d.l.76/2020[[28]](#footnote-28) è l’ampliamento del *project financing* ad iniziativa privata con possibilità per i privati di avanzare proposte, a mezzo di progetti di fattibilità, relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità anche ove inseriti negli strumenti di programmazione approvati dalle amministrazioni aggiudicatrici. L’iniziativa privata diviene uno strumento di stimolo all’amministrazione per quelle opere che, pur essendo inserite nella programmazione, ritardano nella realizzazione per difetto di risorse o per mancanza di soluzioni tecnicamente adeguate[[29]](#footnote-29).

La modifica ha reso più flessibile lo strumento ampliando la collaborazione con il privato già nella fase prodromica dell’iniziativa. La proposta deve contenere un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Il piano economico-finanziario comprende anche 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 del privato è soggetta ad una prima valutazione e una preliminare deliberazione sulla fattibilità e sull’interesse pubblico alla realizzazione della stessa; segue il successivo approfondimento e la possibile modifica del progetto con l’espressa possibilità di porre a gara un progetto modificato e radicalmente diverso da quello inizialmente presentato (art. 183 comma 15 del codice). Solo all’esito della completa definizione della proposta progettuale e dell’approvazione della stessa nell’ambito dell’esercizio della discrezionalità tecnica di cui è titolare l’amministrazione il progetto sarà inserito nella programmazione, ove non ancora presente, e posto alla base di gara a cui è invitato il proponente.[[30]](#footnote-30)

E’ evidente come la sopra indicata modifica abbia ampliato ulteriormente le possibilità per l’amministrazione di avvalersi delle capacità progettuali e professionali del privato, utilizzo che rappresenta un indubbio vantaggio sotteso a tutte le operazioni di parternariato a prescindere dal diverso modello di cooperazione, ivi compreso quello istituzionalizzato.

Nel parternariato pubblico privato istituzionalizzato la cooperazione tra pubblico e privato si attua mediante il contratto di società, con la creazione di una società mista pubblico privata.

E’ stato osservato che proprio in siffatta ipotesi si realizza “*il maggior scontro tra il diritto amministrativo e il diritto privato, in quanto la stipulazione di un contratto di società tra un soggetto pubblico e un soggetto privato mette in discussione la stessa nozione di contratto con comunione di scopo in cui esso rientra*” e che l’apparente ossimoro di una società a partecipazione pubblico privata si dissolve ove si consideri l’indefettibile presenza del requisito dell’economicità del servizio, ossia la necessità di coprire comunque i costi con i ricavi derivanti dalla gestione.[[31]](#footnote-31)

Sul piano generale si tratta di una forma di collaborazione che soggiace alla disciplina contenuta nel testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs 19 agosto 2016, n. 175), sia con riferimento vincolo finalistico della stretta inerenza all’attività istituzionale dell’attività svolta (art. 4 che, al comma 2 lett. c, contempla espressamente la costituzione di società per la “*realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n.50 del 2016 con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2*”) sia con riferimento all’onere di motivazione analitica della scelta del modello societario (art. 5), un onere motivazionale aggravato e analogo a quello necessario per l’affidamento *in house* in luogo del ricorso al mercato (art. 192 comma 2 del codice dei contratti, su cui cfr. *infra*).

Con specifico riferimento alla partecipazione del *partner* privato, la disciplina normativa (art. 5 comma 9 del codice dei contratti e art. 17 del Testo unico) ha recepito i principi elaborati dalla giurisprudenza[[32]](#footnote-32) prevedendo: *i*) la selezione del socio mediante una gara a doppio oggetto, relativa sia alla partecipazione societaria che all’affidamento dell’appalto o della concessione oggetto del contratto; *ii*) la connotazione dell’operatore economico non solo come socio azionista o finanziatore, ma anche come socio industriale od operativo; *iii*) il carattere temporaneo della partecipazione privata alla società che non può essere superiore alla durata dell’appalto o della concessione; *iv*) l’impossibilità di configurare una società mista generalista, ossia aperta all’affidamento di ulteriori appalti o concessioni, diversi da quelli oggetto della procedura selettiva.

Il duplice ruolo di socio finanziario e di socio operativo incentiva l’imprenditore privato alla gestione efficiente dell’opera o del servizio, essendo direttamente esposto al rischio di domanda in relazione al proprio investimento sotto forma di *equity*.

Altro tratto caratterizzante l’istituto, al pari del partenariato pubblico privato contrattualizzato, è il perseguimento del risultato economico, strumentale al soddisfacimento dell’interesse pubblico, attraverso la capacità tecnico-organizzativa e manageriale del privato. Quest’ultimo, infatti, rende il servizio del quale assume l'intera alea economica non direttamente, ma attraverso la gestione del *management* della società mista[[33]](#footnote-33).

Il diretto coinvolgimento del socio privato nella gestione manageriale della società mista presuppone che la quota di partecipazione sia adeguata a determinarne il concreto coinvolgimento nella realizzazione dell’oggetto sociale e l’esposizione al rischio economico dell’operazione.

Per tale ragione l’art. 17 comma 1 del testo unico ha previsto che la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento.

Una quota inferiore al limite, infatti, renderebbe la società mista inidonea a realizzare quella sinergia tra pubblico e privato che rappresenta l’essenza di ogni forma di parternariato consentendo all’amministrazione di fruire del *know how* dell’imprenditore privato e di attuare una corretta allocazione, secondo i principi comunitari, del rischio economico tra le parti[[34]](#footnote-34).

**3. L’*in house* come strumento di attuazione del PNRR.**

Il fenomeno dell’*in* *house providing*, elaborato dalla giurisprudenza a partire dalla nota sentenza *Teckal* della Corte di Giustizia[[35]](#footnote-35), è stato disciplinato, sul piano del diritto positivo, dagli artt. 5 e 192 del codice dei contratti e dall’art. 16 del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica[[36]](#footnote-36).

In particolare, l’art. 192, comma 2, del codice subordina il ricorso all’*in house* ad un onere di motivazione rafforzata e stringente, imponendo alle stazioni appaltanti: *i*) una valutazione preventiva sulla congruità economica dell’offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione; *ii*) la specificazione nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche[[37]](#footnote-37).

L’onere di motivazione rafforzata imposto dall’articolo in esame ha superato sia le censure di legittimità costituzionale per eccesso di delega in relazione al divieto di *gold plating,* contenuto nell’art 1, comma 1, lettera a) della legge delega n. 11 del 2016, [[38]](#footnote-38) sia i dubbi di compatibilità comunitaria in relazione al principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche e al principio di sostanziale equivalenza fra le diverse modalità di affidamento e di gestione dei servizi di interesse delle amministrazioni pubbliche.

La Corte di Giustizia, in particolare, ha sancito che la disposizione sopra richiamata[[39]](#footnote-39), nel subordinare l’affidamento *in house* alla dimostrazione, da parte dell’amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all’operazione interna non contrasta con l’art. 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24/UE e i principi sopra richiamati.[[40]](#footnote-40)

Come chiarito dalla Corte costituzionale, l’articolo “*è espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali, come emerge dalla relazione AIR dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), relativa alle Linee guida per l'istituzione dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house, ai sensi dell'art. 192 del codice dei contratti pubblici*”.[[41]](#footnote-41)

Il ricorso all’*in house*, quindi,è subordinato alla prova, se non di una vera e propria condizione di fallimento del mercato che rende l’affidamento diretto una soluzione obbligata, quanto meno della ragionevolezza economica della scelta compiuta, attraverso una comparazione tra dati da svolgersi mettendo a confronto operatori privati operanti nel medesimo territorio[[42]](#footnote-42).

Nella più recente disciplina relativa all’utilizzo dell’*in house* per gli interventi del PNRR il legislatore sembra aver superato la precedente diffidenza manifestata verso l’istituto, trasformandolo in uno strumento di ammodernamento e rafforzamento della capacità amministrativa dei soggetti pubblici, in vista dell’attuazione degli interventi contemplati dal Piano e non solo.

Viene in rilievo, sotto tale profilo, il d.l. 31 maggio 2021, n. 77 convertito, con modificazioni, dalla l. 29 luglio 2021, n. 108.

Il decreto reca la disciplina della *Governance* per il PNRR (titolo I) con la previsione di una cabina di regia e di una segreteria tecnica presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri nonché una disciplina di accelerazione e snellimento delle procedure e di rafforzamento della capacità amministrativa (titolo II)[[43]](#footnote-43).

L’art. 10, in particolare, consente alle amministrazioni di avvalersi, mediante la sottoscrizione di apposite convenzioni, del supporto tecnico operativo di società *in house* qualificate ai sensi dell'articolo 38 del codice dei contratti pubblici[[44]](#footnote-44).

Secondo una condivisibile interpretazione, la disposizione prevede un ampliamento dell’ambito di utilizzo dell’*in house*, consentendo il ricorso a convenzioni con società diverse da quelle su cui l’ente esercita il controllo analogo, ossia con società *in house* di altre amministrazioni. La norma consente, in ultima analisi, un affidamento senza gara in favore di organismi nei cui confronti non sussiste una relazione *in house* con l’ente conferente[[45]](#footnote-45).

Una diversa opzione ermeneutica non solo renderebbe la previsione sostanzialmente inutile, ma depotenzierebbe l’efficacia dello strumento, in quanto è proprio l’ampliamento della platea dei soggetti *in house* di cui l’amministrazione può avvalersi che consente di selezionare il *partner* più adeguato in relazione all’intervento da realizzare.

L’estensione dell’ambito applicativo dell’istituto si riflette anche sull’onere motivazionale che viene notevolmente semplificato rispetto al paradigma dell’art. 192 comma 2 del codice dei contratti.

La motivazione del provvedimento di affidamento, infatti, deve limitarsi a dar conto dei vantaggi, rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli *standard* di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali (comma 3).

Da notare il rilievo che assume, nella motivazione del ricorso all’*in house*, il fattore tempo, accanto al risparmio di risorse economiche, fattore fondamentale nell’attuazione del PNRR.

L’affidamento mediante convenzione non è, tuttavia, limitato agli interventi del PNRR, ma investe un più ampio spettro di piani e progetti finanziati da fondi nazionali ed europei che ne evidenzia la peculiare caratterizzazione di strumento di stimolo all’efficiente e tempestivo impiego degli investimenti pubblici.

In particolare, vengono contemplate due ipotesi di convenzione, distinte sul piano soggettivo e oggettivo: *i*) le convenzioni che, in generale, possono stipulare le “amministrazioni interessate” e che hanno ad oggetto il supporto tecnico-operativo della società *in house* per sostenere la definizione e l’avvio delle procedure di affidamento e accelerare l’attuazione degli investimenti pubblici, in particolare (e, quindi, non solo) di quelli previsti dal PNRR e dai cicli di programmazione nazionale e dell’Unione europea 2014-2020 e 2021-2017 (art. 10 comma 1); *ii*) le convenzioni che le Regioni, le Province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali possono sottoscrivere, per il tramite delle amministrazioni centrali dello Stato e aventi ad oggetto il supporto tecnico operativo delle società *in house* per la promozione e la realizzazione di progetti di sviluppo territoriale finanziati da fondi europei e nazionali (art. 10 comma 4).

La seconda tipologia di convenzioni è volta in via precipua a sopperire, attraverso il ricorso a società *in house* statali, a quelle carenze di professionalità delle amministrazioni regionali e locali che spesso rappresentano un fattore ostativo all’attuazione dei progetti di sviluppo territoriale.

La società *in house* può affiancare l’amministrazione in tutte le fasi dell’intervento, dalla definizione e attuazione al monitoraggio, rafforzando la capacità amministrativa anche sul piano delle risorse umane, attraverso la messa a disposizione di esperti qualificati, che possono essere interni o esterni alla società (alla quale, quindi, compete la selezione delle competenze necessarie in relazione allo specifico progetto: commi 2 e 6).

La previsione, che, secondo l’interpretazione sopra ricordata, si presenta come eccezionale e derogatoria rispetto alla regola generale dell’*in house*, non chiarisce se il ricorso alla convenzione debba avvenire nel rispetto del limite dell’attività prevalente contemplato dall’art. 5 comma 1 lett. b) del codice dei contratti e dall’art. 16 comma 3 del T.U. società a partecipazione pubblica [[46]](#footnote-46)oppure se anche siffatto requisito possa essere derogato. La disposizione non chiarisce, in altri termini, se il ricorso alla convenzione debba avvenire nel limite del 20% dell’attività *extra house*, con conseguente mantenimento dell’80% dell’attività della società nei confronti dell’amministrazione di riferimento.

L’assenza di una previsione espressa, analoga a quella relativa all’onere motivazionale semplificato, unitamente al carattere derogatorio della disciplina, pare suggerirne una lettura restrittiva, in linea con l’esigenza di tutela della concorrenza sottesa all’istituto dell’*in house*, al fine di non indebolire eccessivamente il legame tra l’organismo societario e l’amministrazione di riferimento.

Sul piano del concreto regolamento negoziale la direttiva 17 gennaio 2022 del Ministero dell'economia e delle finanze, adottata ai sensi dell’art. 10 comma 6 del decreto, disciplina la convenzione tipo che le regioni e le amministrazioni locali possono sottoscrivere con le società *in house* statali. Le convenzioni in questione, devono, in particolare, contenere: l’autorizzazione, ai fini della sottoscrizione, delle amministrazioni centrali in relazione alle quali le società risultino *in house*; il richiamo della clausola statutaria che obbliga le società *in house* ad effettuare oltre l’80% del proprio fatturato attraverso lo svolgimento di compiti ad esse affidati dalle amministrazioni centrali; l’indicazione, da parte delle società *in house*, dell’eventuale svolgimento, nella misura inferiore al 20% del fatturato, di attività ad esse affidate da soggetti diversi dalle amministrazioni centrali dello Stato; la specificazione dell’oggetto dell’atto convenzionale, articolato in piani di attività, completo di un cronoprogramma di massima della spesa prevista per annualità, calcolata al netto dell’IVA, nell’ambito del corrispettivo complessivo stabilito, unitamente alle corrispondenti modalità di pagamento, al fine di agevolare la pianificazione finanziaria connessa alle singole attività; l’impegno, da parte delle regioni, delle Province autonome di Trento e Bolzano e degli enti locali, a trasmettere, con cadenza annuale, alle amministrazioni centrali cui le società risultino *in house*, un resoconto sullo stato di attuazione delle convenzioni, con indicazione delle somme erogate e di quelle eventualmente ancora da erogare, nonché delle ulteriori informazioni utili ai fini del monitoraggio sull’andamento delle attività delle società *in house*.

La novità normativa evidenzia, in conclusione, una peculiare dimensione operativa dell’*in house* non solo come mezzo di acquisizione di servizi (di consulenza, professionali, tecnici) alternativo al mercato, ma soprattutto come strumento di ammodernamento dell’amministrazione, consentendole di acquisire quelle doti di dinamicità, competenza e conoscenza essenziali per il ruolo protagonista assoluta della ripresa economica del Paese che il PNRR le assegna.

29 giugno 2022

 **Carmelina Addesso**

 Consigliere di Stato

Pubblicato il 5 luglio 2022

1. Relazione in occasione del convegno “*5° rassegna di diritto pubblico dell’economia*”, Varese 17 e 18 giugno 2022. [↑](#footnote-ref-1)
2. Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza pagg. 248 e 249. [↑](#footnote-ref-2)
3. Domenico Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in Dialoghi di diritto dell’economia, aprile 2022. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, 29/3/2017 n. 775, Parere sullo schema di linee guida recanti “*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*”. [↑](#footnote-ref-4)
5. Gianpiero Paolo Cirillo, *Sistema istituzionale di diritto comune*, seconda edizione, CEDAM, pag. 105; *id, Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, in *www. giustizia-amministrativa.it* [↑](#footnote-ref-5)
6. Art. 190 del codice dei contratti pubblici. Sul partenariato sociale cfr: Rosanna De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale),* che ne sottolinea la non riconducibilità al parternariato pubblico privato contrattualizzato; Antonella Manzione, *Dal baratto amministrativo al partenariato sociale e oltre nel solco della atipicità*, entrambi in La co-città, Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana, a cura di Paola Chirulli-Christian Iaione, Jovene editore, 2018. [↑](#footnote-ref-6)
7. Art. 151 del codice dei contratti pubblici rubricato “*Sponsorizzazioni e forme speciali di partenariato*”, il cui ambito di applicazione è stato esteso dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. “*decreto semplificazioni*”), convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 con l’attribuzione agli enti locali, accanto allo Stato e alle regioni, della possibilità di attivare forme speciali di partenariato dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili e con la previsione di procedure semplificate di individuazione del partner privato. [↑](#footnote-ref-7)
8. Libro verde della Commissione europea relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 30 aprile 2004. [↑](#footnote-ref-8)
9. Massimo 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*, che sottolinea la confusione, nell’ambito dell’art. 180 d.lgs 50/2016 tra procedimenti e contratti laddove la finanza di progetto, disciplinata nell’art. 183 del Codice, è un procedimento di individuazione dell’affidatario e non un contratto. [↑](#footnote-ref-9)
10. Stefano Fantini, *Il partenariato pubblico privato con particolare riguardo al project financing e al contratto di disponibilità*, in *www.giustizia-amministrativa.it* [↑](#footnote-ref-10)
11. Cons. Stato, parere della Commissione speciale n. 855 del 21 marzo 2016 reso sullo schema di decreto legislativo recante "*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*”; Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere 29/3/2017 n. 775, cit. [↑](#footnote-ref-11)
12. Consiglio di Stato, parere della Commissione speciale 29/03/2017 n. 775, cit. [↑](#footnote-ref-12)
13. Cons. Stato sez. V, 13 aprile 2022 n. 2809. [↑](#footnote-ref-13)
14. SEC 2010 nella versione approvata dal Parlamento e dal Consiglio europeo con il Regolamento n. 549/2013. [↑](#footnote-ref-14)
15. Corte di Giustizia, 15/10/2009, sentenza C-196/08*, Acoset S.p.A.* punto 39. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale parere 775/2017, cit. [↑](#footnote-ref-16)
17. Il rischio può ritenersi allocato al *partner* privato se il soggetto pubblico corrisponda quanto contrattualmente stabilito o ripiani ogni costo aggiuntivo previa verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell’infrastruttura e dei fattori che hanno determinato sovraccosti o allungamenti dei tempi di realizzazione: cfr. Cons. Stato parere 775/2017, cit. [↑](#footnote-ref-17)
18. Con Stato, sez. I, parere n. 823/2020 cit. [↑](#footnote-ref-18)
19. Le linee guida ANAC recanti “*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*”, adottate ai sensi dell’art. 181 comma 4 del codice, introducono, accanto al piano economico finanziario, anche la matrice dei rischi, di cui il Consiglio di Stato, nel già citato parere 775/2017, ha confermato la compatibilità con la norma primaria (art. 181 comma 3) e con la configurazione dello strumento del PPP come economico, prima ancora che giuridico. [↑](#footnote-ref-19)
20. Cons Stato sez. III, 16 gennaio 2017, n.116. [↑](#footnote-ref-20)
21. Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020 n. 1005. [↑](#footnote-ref-21)
22. Cons Stato sez. V, 13 aprile 2022 n. 2809. [↑](#footnote-ref-22)
23. L’alterazione dell’equilibrio economico finanziario per fatti non riconducibili al privato, specificatamente indicati nel contratto, può determinare la revisione del PEF, da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio (artt. 165 comma 6 e 182 comma 3). Proprio la prospettiva di medio e lungo periodo della durata del contratto può, infatti, rendere necessario un riequilibrio del PEF al fine di assicurane la sostenibilità originaria. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto. [↑](#footnote-ref-23)
24. Domenico Siclari, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, cit. [↑](#footnote-ref-24)
25. Nella allegata “guida operativa” si precisa che lo schema di contratto è stato strutturato con riferimento a una Operazione di Partenariato Pubblico-Privato (PPP), aggiudicata sulla base di un progetto definitivo, nella quale, a fronte di prestazioni rese dal concessionario, l’Amministrazione concedente paga un canone di disponibilità dell’opera, canoni per i servizi accessori e, ove previsto, un contributo pubblico a titolo di prezzo dei lavori realizzati ai sensi degli artt. 165, comma 2 e 180, comma 6, del Codice dei contratti pubblici e che si è ritenuto preferibile elaborare uno Schema di contratto di concessione per contratti di PPP a tariffazione sulla P.A. in considerazione della necessità di allocare correttamente, a livello giuridico, i rischi propri delle Operazioni di PPP, nel rispetto dei principi della Direttiva 2014/23/UE, delle indicazioni fornite da Eurostat per la contabilizzazione fuori bilancio delle medesime Operazioni nonché delle previsioni del Codice dei contratti pubblici. [↑](#footnote-ref-25)
26. PNRR pag. 122. [↑](#footnote-ref-26)
27. Cons. Stato sez. V, 21 febbraio 2020 n.1327. [↑](#footnote-ref-27)
28. Art. 8, comma 5, lett. d), nn. 1) e 2), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120 [↑](#footnote-ref-28)
29. La relazione illustrativa al decreto precisa che con la novella si intende "*assicurare la migliore fattibilità dei progetti ovvero rimediare alla potenziale inerzia dell’amministrazione*" riguardo alla possibilità che i progetti già inseriti negli strumenti di programmazione non siano pienamente adeguati o, se adeguati, potrebbero non essere messi a gara per inerzia. La novella prevede, quindi, la possibilità di presentare progetti "*alternativi, migliorati e affinati*" rispetto a quelli già previsti dai citati strumenti. Tale disposizione, continua la relazione, "*amplia così l’ambito applicativo dell’istituto del promotore, valorizzando gli strumenti di partenariato pubblico privato nella prospettiva di una più efficiente infrastrutturazione del Paese*". [↑](#footnote-ref-29)
30. Cons. Stato sez. V, 14 gennaio 2022 n. 263. La giurisprudenza si è occupata anche dell’accesso difensivo agli atti alla base del progetto di fattibilità, in particolare PEF e documentazione tecnica, in relazione ad un giudizio per l’annullamento della deliberazione di giunta comunale di dichiarazione di interesse pubblico della proposta di partenariato pubblico privato formulata ai sensi dell'art. 183, comma 15 del codice per la realizzazione di un nuovo plesso scolastico mediante accorpamento delle scuole dell'obbligo: Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022 n. 263. [↑](#footnote-ref-30)
31. G.P. Cirillo, *Modelli societari e organizzazione dei servizi pubblici*, cit. [↑](#footnote-ref-31)
32. Corte di Giustizia, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08, *Acoset SpA*; Cons. Stato Ad Plen. 3 marzo 2008 n. 1; Con. Stato, sez. V, 4 agosto 2010 n. 5214; Cons. Stato, Sez. V, 30 settembre 2010, n. 7214; Corte cost. 3 novembre 2010 n. 325. [↑](#footnote-ref-32)
33. Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2018, n. 655. [↑](#footnote-ref-33)
34. Cons. Stato, sez. V ord. 11 maggio 2020 n. 2929 ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione se, i fini della individuazione del limite minimo del 30% della partecipazione del socio privato ad una costituenda società mista pubblico – privata, debba tenersi conto esclusivamente della composizione formale/cartolare del predetto socio ovvero se l’amministrazione che indice la gara possa – o anzi debba – tener conto della sua partecipazione indiretta nel socio privato concorrente. [↑](#footnote-ref-34)
35. Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, in causa C-107/98, *Teckal* s.r.l. [↑](#footnote-ref-35)
36. Per una analitica ricostruzione dei caratteri dell’istituto si rinvia a Claudio Contessa, *Lo stato dell’arte in tema di affidamenti in house*, in *www.giustizia-amministrativa.it* [↑](#footnote-ref-36)
37. Sul punto cfr. Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 1614 del 7/10/2021 sulle Linee guida recanti «*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell'articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.»;* [↑](#footnote-ref-37)
38. Cons. Stato, ord. 7 gennaio 2019 n. 138. [↑](#footnote-ref-38)
39. Corte cost. 27 maggio 2020 n. 100. [↑](#footnote-ref-39)
40. Corte di giustizia europea 6 febbraio 2020, in cause n. C-89/19 e C-91/19, *Rieco S.p.A*. [↑](#footnote-ref-40)
41. Corte cost., sent. 27 maggio 2020 n. 100, punto n. 9 della motivazione. Di interesse in questa sede anche Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021 n. 2102 che evidenzia come l’onere motivazionale imposto dall’art 192 comma 2 del codice si riverberi sul piano istruttorio, imponendo “*all’Amministrazione di prendere in considerazione sia la soluzione organizzativa e gestionale praticabile attraverso il soggetto in house (al fine, appunto, di enucleare i “benefici per la collettività” da essa attesi), sia la capacità del mercato di offrirne una equivalente, se non maggiormente apprezzabile, sotto i profili della “universalità e socialità, efficienza, economicità, qualità del servizio e ottimale impiego delle risorse pubbliche*”. [↑](#footnote-ref-41)
42. Cons. Stato sez. IV 15 luglio 2021 n. 5351; sez. III, 10 maggio 2021 n. 3682, sez. V, 16 novembre 2018 n. 6456. [↑](#footnote-ref-42)
43. Per un’analisi dettagliata delle novità in materia di contratti pubblici, cfr. Rosanna De Nictolis, *Gli appalti pubblici del PNRR tra semplificazioni e complicazioni* e Claudio Contessa, *La nuova governance del PNRR e gli interventi in tema di contratti pubblici*, entrambi in Urbanistica e appalti, 6/2021 pagg. 729 e ss. [↑](#footnote-ref-43)
44. Con delibera n. 141 del 30 marzo 2022 sono state approvate dall’ANAC le linee guida di qualificazione delle stazioni appaltanti. [↑](#footnote-ref-44)
45. Claudio Contessa, Il *sistema italiano del Codice dei contratti al tempo del PNRR. Quali scenari futuri?* in *www.giustizia-amministrativa.it* [↑](#footnote-ref-45)
46. L’art 16 comma 3 d.lgs 175/2016 sancisce: *Gli statuti delle società di cui al presente articolo devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici soci.* [↑](#footnote-ref-46)