

GABRIELE SERRA
Magistrato T.A.R. - PhD
g.serra@giustizia-amministrativa.it

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO NELLA FILOSOFIA DEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP IN THE PHILOSOPHY OF THE NEW PUBLIC CONTRACTS CODE

SINTESI

Il contributo si sofferma sul tema del Partenariato Pubblico-Privato, analizzando il fenomeno dall'angolo prospettico, di carattere problematico, dell'eccessiva rigidità delle procedure e scarsa discrezionalità dell'amministrazione che l'ha caratterizzato sino ad oggi, che hanno contribuito allo scarso utilizzo degli strumenti cooperativi. In tal senso, muovendo dalle ragioni, anche economiche, del fenomeno, il lavoro inquadra il PPP nella nuova filosofia, già in generale, portata dal D.lgs. n. 36/2023, proprio in tema di maggiore discrezionalità dell'amministrazione e flessibilità delle procedure. La tesi per cui tali riferimenti sono necessari per un compiuto utilizzo del PPP viene sviluppata e, si ritiene, confermata, con l'analisi della nuova disciplina specifica del Codice, con particolare riferimento alle procedure di scelta del concessionario e alla finanza di progetto, anche alla luce della giurisprudenza in materia. Il saggio si conclude confermando la necessità di non leggere la disciplina in tema di contrattualistica pubblica, in generale e in particolare per il PPP, con eccessiva rigidità, ma valorizzando la flessibilità e discrezionalità della p.a. in un'ottica di efficienza ed efficacia.

ABSTRACT

The paper dwells on the subject of the Public-Private Partnership, analyzing the phenomenon from the perspective problematic angle of the excessive rigidity of the procedures and lack of discretion of the administration that has

characterized it, which have contributed to the low use of cooperative instruments. In this sense, moving from the reasons, also economic, for the phenomenon, the work frames the PPP in the new philosophy, even in general, brought by Legislative Decree No. 36/2023, precisely on the subject of greater discretion of the administration and flexibility of procedures. The thesis that such references are necessary for the accomplished use of the PPP is developed with the analysis of the new specific regulations of the Code, with particular reference to the procedures for choosing the concessionaire and project finance, also in the light of the relevant case law. The essay concludes by confirming the need not to read the discipline on public contracting, in general and in particular for PPP, with excessive rigidity, but valuing the flexibility and discretion of the p.a. with a view to efficiency and effectiveness.

PAROLE CHIAVE: Partenariato pubblico-privato, D.lgs. n. 36/2023, finanza di progetto, concessioni, discrezionalità.

KEYWORDS: Public-private partnership, Legislative Decree No. 36/2023, project finance, concessions, discretion.

INDICE: 1. Il Partenariato Pubblico-Privato: genesi e *ratio* di un fenomeno. 2. La nuova filosofia del D.lgs. n. 36/2023: profili generali. 3. Il PPP nel D.lgs. n. 36/2023. 4. La flessibilità delle procedure di scelta del concessionario e la discrezionalità dell'amministrazione. 5. La finanza di progetto. 6. Discrezionalità dell'amministrazione e flessibilità delle procedure nel PPP: una corrispondenza necessaria.

1. Il Partenariato Pubblico-Privato: genesi e *ratio* di un fenomeno

Il fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato (PPP), da sempre di difficile definizione unitaria¹, può sinteticamente essere definito come meccanismo di cooperazione tra il settore pubblico e gli operatori privati nella realizzazione di un'attività diretta al perseguimento di interessi pubblici, potendo così l'amministrazione usufruire di maggiori risorse economiche e della competenza specifica di cui i privati dispongono².

¹ Cfr. M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. It. di dir. pubbl. com.*, 2016, per cui il PPP non rappresenta un istituto giuridico unitario, ma «un fascio di istituti giuridici caratterizzati da alcuni comuni elementi».

² Cfr. C. CONTESSA, *PPPC: Modello Generale*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. V, p. 208. Sul tema del PPP la bibliografia è particolarmente vasta, si v., oltre ai lavori citati nel prosieguo, tra i tanti, M. P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007; S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed*

Il fenomeno in discorso affonda le sue radici nella nuova congiuntura economica, che, a partire dagli anni Novanta, ha stimolato il generarsi di nuove forme di economie ed ha spinto i pubblici poteri ad un arretramento in campo economico e l'amministrazione ad abbandonare il tradizionale modello operativo autoritativo in favore di forme di cooperazione tra pubblico e privato, anche a lungo termine³.

Attraverso queste forme di cooperazione rientranti nel genus PPP, in sostanza, si «coinvolge il privato, altresì, in tutte le fasi dell'operazione, dalla proposizione e progettazione dell'intervento, al finanziamento e alla gestione economica»⁴.

Il PPP, come si vede, è dunque espressione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, ult. co. Cost., che, come noto, impone a tutti gli enti pubblici il rispetto dell'autonomia privata, al fine di favorire l'iniziativa dei cittadini, in forma singola o associata, per il perseguimento di obiettivi di interesse generale; sicché, l'amministrazione può "servirsi" del privato per la realizzazione degli interessi generali, invertendo, in questo modo, l'impostazione tradizionale nella quale l'emisfero pubblico ed il privato erano separati da una linea netta di demarcazione⁵.

La genesi del fenomeno è di carattere eurounitario e viene comunemente ricondotta al Libro Verde del 2004 relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, presentato dalla

al contratto di disponibilità, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; R. DIPACE, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, in *www.giustamm.it*, n. 10/2008; B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*, in *www.giustamm.it*, 2010; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; A. TRAVI, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in CAFAGNO M.- BOTTO A.- FIDONE G.- BOTTINO G. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013.

³ Cfr. M. TIBERII, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, in *www.giustamm.it*, p. 4.

⁴ V. BONFANTI, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 22 luglio 2016, p. 2.

⁵ Così M. TIBERII, *op. cit.*, p. 8. *Contra* v. tuttavia D. PERROTTA, Relazione al convegno di studi *Il nuovo codice dei contratti pubblici: prime esperienze applicative*, tenutosi a Roma, Palazzo Spada, 5 marzo 2024, inedita, che ritiene che osti alla riconduzione del PPP al principio di sussidiarietà orizzontale la persistente finalità pubblica dello strumento nonché il permanente ruolo di direzione del soggetto pubblico.

Commissione Europea il 30 aprile 2004, la quale ne evidenzia la sua duplice finalità: da una lato, garantire opere e servizi pubblici, anche in situazioni di restrizione del bilancio statale; dall'altro, quella di assicurare l'utilizzo di metodologie proprie del settore privato, al fine di ottenere un miglior rapporto qualità/prezzo senza pregiudizio per l'interesse pubblico⁶.

Rispetto a quanto contenuto nel Libro Verde, due aspetti sono sostanzialmente rimasti immutati.

Il primo, attiene agli elementi che caratterizzano le operazioni di PPP, che la Commissione ha così individuato: (i) una collaborazione di medio-lunga durata tra la pubblica amministrazione ed il partner privato; (ii) una modalità di finanziamento del progetto fondata in larga misura sul capitale della parte privata; (iii) una ripartizione delle funzioni e dei ruoli da assegnare all'operatore economico, quale la responsabilità delle varie fasi di vita del progetto, ed all'amministrazione pubblica, quale la definizione degli obiettivi da raggiungere e le funzioni di verifica, controllo e vigilanza; (iv) la puntuale ripartizione dei rischi tra il partner privato ed il partner pubblico, con trasferimento di parte di essi a carico del privato, spettando all'amministrazione pubblica la funzione di vigilanza.

Il secondo riguarda, invece, la dicotomia tra PPP di tipo contrattuale e PPP di tipo istituzionale: i primi, rappresentano tutti quei rapporti fra soggetto pubblico e partner privato che si inverano in un rapporto di carattere negoziale di contenuto non organizzativo; i secondi, sono invece quei rapporti tra soggetto pubblico e parte privata nei quali le parti danno origine ad un soggetto giuridico distinto, un'entità terza, detenuta da entrambi e indirizzata al perseguimento di finalità di interesse generale⁷.

Alla luce del citato substrato socio-economico che ha generato l'emersione del fenomeno del PPP, ai nostri fini non può non rilevarsi, come è stato efficacemente notato, che la crisi finanziaria, e soprattutto la crisi pandemica, hanno

⁶ Cfr. V. BONFANTI, *op. cit.*, p. 5 e ss.; C. CONTESSA, *op. cit.*, pp. 211 e ss.

⁷ Cfr. C. CONTESSA, *op. cit.*, p. 212.

progressivamente contribuito a mettere in discussione tale paradigma, con conseguente riemersione di un maggiore protagonismo dei pubblici poteri nella definizione delle politiche industriali e nella stessa programmazione dei fini e della direzione dei processi di sviluppo⁸.

Con maggiore impegno esplicativo, si è rilevato che il nuovo rafforzamento dei pubblici poteri nella predeterminazione delle macro-finalità di sviluppo, pur ridimensionando il ruolo del privato nella proposizione di progetti innovativi, non inciderà sulla indispensabilità del ruolo privatistico, ma tale attività si iscriverà in un contesto già delineato, nuovamente, dai pubblici poteri, con la conseguenza di una maggiore predeterminazione in ordine alla compatibilità del progetto proposto con l'interesse pubblico⁹.

Su tali basi, ed alla luce altresì della circostanza per cui vi è un ritorno anche del fenomeno dei finanziamenti pubblici in controtendenza con quanto verificatosi negli anni precedenti, si è efficacemente definito come «*il partenariato pubblico-privato sembrerebbe assumere, nell'attuale contesto macro-economico, una nuova dimensione di complementarietà, rafforzamento e stabilizzazione delle scelte di sviluppo assunte dai pubblici poteri su impulso dell'ordinamento europeo*», per cui il coinvolgimento del privato, anche sotto il profilo finanziario, non è volto solo al mero finanziamento dell'opera pubblica, quanto a generare un effetto moltiplicatore, attraverso il capitale privato, delle risorse pubbliche stesse che vengono immesse nel circuito economico¹⁰.

Ed infatti, il PPP è considerato anche dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che ne fa esplicito riferimento nell'ambito del sostegno alla ricerca e ai processi di innovazione e trasferimento tecnologico, delle Politiche per il lavoro, dei progetti di sviluppo urbano e di rigenerazione, al fine di attivare processi collaborativi, anche in fase di programmazione, finalizzati alla promozio-

8 Cfr. A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Dir. amm.*, n. 2/2022, p. 444.

9 Così A. MOLITERNI, *op. cit.*, p. 446.

10 Ancora A. MOLITERNI, *op. cit.*, p. 447.

ne del benessere sociale nonché in relazione a recupero del patrimonio culturale¹¹.

Proprio in relazione alla funzione di possibile moltiplicatore del PPP nell'attuale situazione economica, il PNRR 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 tramite forme di partenariato pubblico privato, chiarendo, tuttavia, che *«in tal caso l'impatto sarebbe stato ben maggiore per l'effetto leva»*¹².

Così descritte sinteticamente le potenzialità del fenomeno del PPP, deve tuttavia darsi conto dello scarso utilizzo fin qui dello strumento in esame da parte del settore pubblico, che la dottrina riconduce a diversi fattori¹³, dei quali quello che interessa maggiormente nella presente trattazione è legato all'eccessivo irrigidimento delle procedure e limitazione della discrezionalità dell'amministrazione nella gestione delle procedure cooperative di PPP.

In tal senso, uno degli aspetti che hanno inciso sullo scarso utilizzo della cooperazione pubblico-privato è da rinvenire in una sorta di lettura totalizzante della procedura ad evidenza pubblica, connotata da maggiore rigidità, tipica del

11 Per una analisi dettagliata delle Missioni del PNRR con espliciti riferimenti al PPP v. A. MOLITERNI, *op. cit.*, § 3. Sul punto l'A. conclude poi più in generale: *«Ma al di là dei riferimenti espliciti contenuti nel PNRR, gli strumenti di partenariato sembrerebbero essere funzionali ad assicurare l'ottimale perseguimento di molti degli obiettivi sottesi alle singole missioni. È vero, infatti, che l'orizzonte di medio-breve periodo del 2026 entro cui i finanziamenti europei devono essere spesi presuppone una «logica di risultato» che sembrerebbe essere maggiormente compatibile con la dimensione più tradizionale della committenza pubblica, in cui l'amministrazione richiede semplicemente al privato di "fare qualcosa". Tuttavia, le sei missioni di cui si compone il PNRR si inseriscono spesso all'interno di obiettivi di lungo periodo che superano l'orizzonte del 2026, imponendo trasformazioni radicali alla struttura del sistema amministrativo, infrastrutturale, produttivo e sociale che il PNRR potrà limitarsi solo ad avviare»*. Sul rapporto tra PNRR e partenariato pubblico-privato v. D. SICLARI, *Il ruolo del partenariato pubblico-privato alla luce del PNRR*, in *Dialoghi di diritto dell'economia*, aprile 2022.

12 Cfr. C. ADESSO, *Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house*, in *www.giustizia-amministrativa*.

13 I fattori sono ben evidenziati dal più volte citato lavoro di MOLITERNI, il quale richiama i permanenti molteplici profili di incertezza in ordine alla fase di avvio dei partenariati, alla lunghezza dei tempi per l'affidamento del contratto di PPP e all'inizio della fase di realizzazione, nonché alla definizione, allocazione e gestione dei rischi e degli oneri economici che l'operatore economico è chiamato ad assumersi. Più in generale l'A. ritiene che *«l'esperienza italiana del partenariato sembra essersi caratterizzata per una certa limitatezza sul piano assiologico, che — in un contesto economico di contrazione degli investimenti pubblici e di rigidità dei vincoli alle politiche di bilancio — ha contribuito a valorizzare soprattutto la dimensione "finanziaria" della collaborazione del settore privato»*.

contratto di appalto, i cui tratti principali, soprattutto al fine di definire le regole da applicare in presenza di lacune o margini interpretativi, sono stati estesi anche a strumenti connotati invece da intrinseca flessibilità, proprio come i contratti di partenariato¹⁴.

Sotto questo profilo, è invece centrale evidenziare l'alternatività tra l'appalto "classico" e gli strumenti in qualche forma cooperativi, poiché si supera lo schema tradizionale sinallagmatico del pagamento del corrispettivo per l'opera o il servizio realizzato, muovendocisi invece sul piano tecnico-progettuale della realizzazione ed economico-finanziario della gestione dell'opera o del servizio, in una dimensione di medio e lungo periodo¹⁵.

La problematica così descritta, peraltro, pare figlia di una concezione della disciplina normativa in materia di contrattualistica pubblica come volta a presidiare la correttezza e l'imparzialità delle decisioni di spesa e delle condotte amministrative, le quali si è ritenuto di proteggere attraverso una rigida proceduralizzazione, a monte, delle procedure di gara e di scelta del contraente¹⁶; per dirla con le parole di attenta dottrina, «*un tipo di impostazione che per sua natura*

14 Cfr. S. VALAGUZZA, *Governare per contratto, Creare valore attraverso i contratti pubblici*, Napoli, 2018, p. 158, secondo la quale «*il presupposto logico su cui l'intera nuova regolamentazione dei contratti pubblici si poggia è dunque che la disciplina generale debba essere applicabile nella totalità dei casi, non ammettendo eccezioni. La logica che soggiace a tale schematismo è subito ricostruita: se si riconosce che la norma regolatoria attua i principi in materia, la previsione generale deve essere applicata in quanto in essa si traduce la condotta legittima e meglio rispondente allo scopo dell'ente pubblico*».

15 In termini C. ADESSO, *op. cit.* Ben evidenza V. BONFANTE, *op. cit.*, p. 2, nota 2, che «*il contratto di appalto, infatti, cristallizza gli interessi opposti delle parti, i quali rimangono distinti anche nel corso dell'esecuzione fino all'estinzione del rapporto, non esistendo alcuna volontà collaborativa di realizzare una comune iniziativa. Il rischio per il privato è solo operativo, di costruzione, ovvero il rischio imprenditoriale derivante dalla errata valutazione dei costi di costruzione rispetto al corrispettivo che si percepirà a seguito dell'esecuzione dell'opera, mentre le stazioni appaltanti sono competenti con riguardo alla programmazione, all'attivazione delle procedure e alla loro gestione. Con l'entrata in gioco dei contratti di PPP si nota il cambio di prospettiva per gli interessi da tutelare trattandosi di una disciplina a tutela non più solo delle amministrazioni pubbliche, ma anche dell'economia, delle imprese e della concorrenza*».

16 Rileva L.R. PERFETTI, *Commento all'art. 1*, in L.R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano 2023, p. 5 che «*lo stile del prontuario, contabilistico, ha spesso caratterizzato la nostra legislazione in materia di opere pubbliche - che ha sempre costituito la base teorica e pratica della disciplina delle altre forme contrattuali. Si è spesso trattato di disposizioni dirette ad una minuziosa, se non maniacale, disciplina del dettaglio, diretto, primariamente, ad assicurare l'imparzialità dell'amministrazione ed il controllo della spesa; tuttavia, questi due obiettivi sono potenzialmente in contrasto tra loro*».

induce (e che di fatto ha indotto) a considerare con favore gli espedienti utili ad abbattere, per quanto possibile, il potere discrezionale»¹⁷.

Tale visione del sistema della contrattualistica pubblica tuttavia non appare convincente o, comunque, illumina una sola faccia della medaglia, pretermettendo qualsiasi analisi orientata alla verifica dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa prodromica alla stipulazione di un contratto pubblico.

A ben vedere, l'esigenza è stata avvertita già a livello eurounitario, leggendosi ad esempio al considerando 42 della direttiva 2014/24/UE che «è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione» ed è plausibile «che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri»¹⁸.

In tale direzione dunque, deve rilevarsi come il diritto europeo prenda atto della circostanza per cui, in date situazioni, le procedure “rigide” non soddisfino gli interessi della pubblica amministrazione, ammettendosi perciò che il soggetto pubblico, comportandosi da contraente vero e proprio, negozi con gli operatori economici le soluzioni maggiormente conformi all'interesse pubblico.

Così, in dottrina si è ritenuto che il riconoscimento di una maggiore discrezionalità in favore delle amministrazioni aggiudicatrici sia stata la «scelta di fondo che ha animato l'intenzione del legislatore comunitario», in controtendenza con un approccio di iper-regolamentazione che disciplinasse ogni aspetto delle procedure ad evidenza pubblica, proprio nella ritenuta, ma in assenza poi di riscon-

¹⁷ M. CAFAGNO, *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. Amm.*, n. 1/2020, pp. 35 e ss.

¹⁸ In generale sulle direttive 23/24/25/2014/UE v., *ex multis*, E. PROIETTI, *L'adozione delle nuove direttive sui contratti pubblici in Italia*, in *Giustamm.it*, n. 2/2016; C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in AA.VV., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2014; S. MOROSI, *Le principali novità della nuova direttiva europea 2014/24/UE in materia di contratti pubblici nei settori ordinari*, in *www.ambientediritto.it*.

tro pratico, maggiore attitudine di tale modello normativo a prevenire fenomeni di corruzione¹⁹.

Vale sin d'ora rilevare, per completezza, come le direttive non ignorino le esigenze di tutela della *par condicio* tra i concorrenti nelle procedure flessibilizzate, ponendo il considerando 45, quale elemento di bilanciamento, quello per cui è «opportuno che le amministrazioni aggiudicatrici indicino preventivamente i requisiti minimi che caratterizzano la natura dell'appalto e che non dovrebbero essere modificati nel corso delle negoziazioni. Per garantire parità di trattamento a tutti gli operatori economici, i criteri di aggiudicazione e la loro ponderazione devono mantenersi stabili lungo l'intera procedura e non essere oggetto di negoziazione».

Ed è allora al lume di queste considerazioni e sotto questo angolo prospettico, di carattere problematico, che può ora procedersi all'esame di alcuni profili inerenti al PPP e alla sua regolamentazione nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici adottato con il D.lgs. n. 36/2023.

2. La nuova filosofia del D.lgs. n. 36/2023: profili generali

Il profilo problematico relativo allo scarso utilizzo degli strumenti di PPP che si è qui messo a fuoco come oggetto del presente lavoro, *i.e.*, in sintesi, l'eccessiva rigidità delle logiche, tipiche della procedura ad evidenza pubblica, a strumenti *naturaliter* più duttili e negoziali, è ben chiaro anche nei lavori della

19 F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *Federalismi.it*, n. 11/2015, che prosegue che «si è ritenuto che una regolamentazione non eccessivamente puntuale creasse l'humus ideale per il proliferare di fenomeni di illegalità, corruzione o, comunque, di insana distorsione del modello legale tipico. (...) Invero, pare che l'eccessivo formalismo a cui sovente le procedure di aggiudicazione degli appalti sono state improntate dalla normativa del Codice recettivo delle direttive europee del 2004 abbia restituito ben poco in termini di semplificazione, trasparenza, tutela della concorrenza e del mercato (tutti obiettivi a cui le predette direttive erano ispirate) e, piuttosto, abbia incentivato il proliferare del contenzioso amministrativo spesso legato alla violazione o falsa applicazione di regole talmente "puntuali" da risultare pressoché inapplicabili senza un margine di errore oltretutto, di frequente, non incidenti sugli aspetti sostanziali dell'affidamento dell'appalto (...). In questa prospettiva, uno dei tratti distintivi delle nuove direttive appalti del 2014 pare proprio essere quello del maggior spazio di discrezionalità riconosciuto alle amministrazioni appaltanti che –assumendosi le relative responsabilità –saranno dotate degli strumenti necessari per indirizzare la procedura di aggiudicazione verso gli obiettivi di tutela del mercato, semplificazione amministrativa e efficienza complessiva del sistema cui devono tendero».

Commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato per la redazione dello Schema del Codice.

In tal senso infatti, risulta nella Relazione di accompagnamento allo Schema definitivo del Codice (Relazione), proprio accanto ad ulteriori fattori che hanno determinato uno scarso utilizzo degli istituti di cooperazione pubblico-privato, il fattore della «*complessità e scarsa flessibilità delle procedure di aggiudicazione contrattuale*», che il Codice si pone l'obiettivo di superare «*sul piano della maggiore flessibilità e semplificazione delle procedure (anche attraverso la digitalizzazione)*»²⁰.

Ciò si iscrive nel generale criterio di cui all'art. 1, comma 2, lett. z) della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, che recita: «*forte incentivo al ricorso a procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione, le procedure per l'affidamento di accordi quadro e le procedure competitive con negoziazione, per la stipula di contratti pubblici complessi e di lunga durata, garantendo il rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità*».

L'impostazione in parola si iscrive pienamente nella nuova filosofia che anima il Codice dei Contratti Pubblici e che viene dichiarata, peraltro, nella stessa Relazione, ove si legge che «*attraverso la codificazione dei principi, il nuovo progetto mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, valorizzandone autonomia e discrezionalità (amministrativa e tecnica) in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze, ritardi, inefficienze*», puntando a realizzare, fra gli altri, gli obiettivi di «*ribadire che la concorrenza è uno strumento il cui fine è realizzare al meglio l'obiettivo di un appalto aggiudicato ed eseguito in funzione del preminente interesse della committenza (e della collettività) (cfr. art. 1, comma 2)*» e di «*accentuare e incoraggiare lo spazio valutativo e i poteri di ini-*

²⁰ Relazione agli articoli e agli allegati, che precede lo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", trasmesso dal Consiglio di Stato alla Presidenza del Consiglio dei ministri il 7 dicembre 2022, p. 204.

ziativa delle stazioni appaltanti, per contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della cd. "burocrazia difensiva"²¹.

Tale impostazione generale è stata salutata da subito con favore da quella dottrina che ha rilevato come si fosse attribuito alla tutela della concorrenza una funzione eccessiva e fin troppo assorbente, «*fin quasi a considerare la concorrenza come un fine anziché come un mezzo e finendo per oscurare quell'interesse di fondo alla realizzazione dei fini amministrativi che in verità inevitabilmente doveva restare contrassegno di fondo di questa disciplina, al pari di quanto riguardava gli altri Stati membri*»²², rilevandosi anche che col nuovo Codice «*il diritto dei contratti pubblici non è più un settore del diritto comunitario della concorrenza (c.d. "concorrenza imposta" agli agenti pubblici, naturalmente refrattari alla logiche della competizione e alla pressione del mercato), ma un capitolo fondamentale del diritto amministrativo nazionale*»²³.

21 *Relazione, cit.*, p. 12. Sul tema dell'amministrazione difensiva si v. S. BATTINI, F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, fasc. 1, 2019, p. 293 ss.; M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Il diritto dell'economia*, 2018, n. 3, p. 625 ss.; F. FRACCHIA, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il diritto dell'economia*, 2013, pp. 357 ss.; M. DELSIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, fasc. 1, 2019, pp. 61 ss.; M. SICA, *Il termine per la stipula del contratto di appalto tra poteri della a. e tutela contro il silenzio*, in *Aa.Vv. La nuova stagione dei contratti pubblici tra incertezze e responsabilità*, M. CAFAGNO, C. LEONE, M. BARBERA, M. FAZIO (a cura di), 2019, pp. 87 ss.; con specifico riferimento all'influenza della normativa penale, A. FIORELLA, *Riflessioni sulla c.d. amministrazione pubblica difensiva: l'abuso d'ufficio come 'spauracchio'?*, in A. R. CASTALDO (a cura di), *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, 2018, pp. 108 ss.

22 F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale identifica quali conseguenze negative di questo approccio la visione di una amministrazione più che come soggetto deputato a raggiungere un fine generale, un regolatore di competizioni, ove l'ordinamento fosse deputato a predisporre «*l'arena*» per queste competizioni, dando così spazio alla tutela dei più disparati interessi degli operatori economici, con incremento del contenzioso, poiché in caso di dubbio valeva la regola «*più gara e più oneri perché è così che meglio si tutela la concorrenza*». Dello stesso autore si v., sul tema in discorso, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, 2020. In argomento v. anche S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista*, 2 gennaio 2023; L.R. PERFETTI, *Commento all'art. 1, cit.*, pp. 4 ss., che rileva che «*una legislazione che - non perdendosi, come il Codice previgente, in una non utilissima smania definitoria - proceda per principi, invece, assolve ad una funzione centrale di certezza del diritto, perché è diretta ad assicurare un'applicazione prevedibile e margini seri di controllo razionale in sede giurisdizionale*» (p. 6).

23 F. CARINGELLA, *La filosofia del nuovo codice dei contratti pubblici e il coraggio del cambio di paradigma*, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), *Manuale dei Contratti Pubblici*, 2024, p. 3.

Per quanto poi specificamente afferente al tema in esame, la medesima dottrina ha ritenuto di poter scorgere una agevolazione nella direzione prescelta dal nuovo Codice in quella giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha contemperato il principio di tutela della concorrenza con quello della sussidiarietà orizzontale, a proposito degli affidamenti diretti ad associazioni di volontariato dei servizi di assistenza²⁴.

Su tali basi allora, si è rilevato un passaggio dalla concorrenza *assoluta* alla concorrenza *regolata*, in quanto nel rispetto dei vincoli di legge, spettano alla discrezionalità amministrativa la graduazione e il dosaggio della competizione in modo da renderla funzionale e proporzionata alle esigenze da soddisfare; discrezionalità che viene individuata sotto tre angoli prospettici: quello della decisione sul ricorso al mercato; quello della scelta del contratto; quello della scelta e della gestione del modello di affidamento, rispetto al quale, particolarmente rilevante nella nostra analisi, si evidenzia una «*deproceduralizzazione*» che accentua la discrezionalità amministrativa²⁵.

3. Il PPP nel nuovo D.lgs. n. 36/2023

Venendo alla disciplina portata dal nuovo Codice in tema di PPP, lo stesso riprende i due aspetti essenziali del fenomeno, che si sono sopra richiamati, riconducibili al Libro Verde della Commissione Europea, poiché l'art. 174, comma 1 riporta i quattro elementi essenziali già esposti dell'«*operazione economica*»²⁶ perché la stessa rientri nel genus PPP, quali: (i) la lunga durata della rela-

24 F. CINTIOLI, *Il principio del risultato*, cit. si riferisce alla sentenza Corte Cost. n. 131/2020, richiamando altresì Corte cost. n. 218 del 2021, in relazione al bilanciamento tra la tutela della concorrenza e la tutela l'iniziativa economica privata del concessionario, a proposito dei vincoli che l'articolo 177 del Codice del 2016 gli imponeva ai fini della c.d. esternalizzazione delle proprie componenti aziendali.

25 F. CARINGELLA, *op. cit.*, pp. 6-9. Esprime qualche dubbio in ordine all'effettiva idoneità del Codice a valorizzare la discrezionalità dell'amministrazione M. RENNA, *I principi*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine* (d.leg. 31 marzo 2023 n. 36), 2023, c. 3 ove l'A. rileva come «*la svolta pro-discrezionalità che il nuovo codice promette rischi di essere "boicottata" da norme riconducibili al sempre più complesso "arcipelago regolatorio" dedicato agli obiettivi di contrasto alla corruzione (nell'accezione ultra-penalistica ormai nota) e alla logica preventiva che anima la disciplina in questione*».

26 L'utilizzo dell'espressione «*operazione economica*» è criticata da A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni.*, in www.giustizia-amministra-

zione contrattuale necessaria al raggiungimento del risultato di interesse pubblico; (ii) la copertura dei costi dell'intervento prevalentemente a carico del partner privato; (iii) la divisione dei compiti tra le parti, nel senso che spetta al privato la realizzazione e la gestione del progetto, mentre alla parte pubblica rimangono la definizione degli obiettivi e la verifica dell'attuazione; (iv) il rischio operativo posto a carico del privato.

Il successivo comma 4 riprende poi la distinzione tra PPP di tipo contrattuale e di tipo istituzionale, al ritenuto fine di fare chiarezza anche in merito alla disciplina applicabile: in tal senso, il Libro IV del Codice *Del Partenariato Pubblico Privato e delle Concessioni* si applica al solo PPP di tipo contrattuale, nel cui *genus* sono espressamente ricomprese le figure della concessione (che del PPP costituisce l'archetipo²⁷), della locazione finanziaria (c.d. *leasing in costruendo*) e del contratto di disponibilità, «*nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela*»; al PPP di tipo istituzionale invece si applica il D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 - Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica²⁸.

È chiaro che, nella presente indagine, interessa il PPP di tipo contrattuale, rispetto al quale il nuovo Codice ha positivamente operato un'inversione sistemica rispetto al precedente D.lgs. n. 50/2016, in quanto le disposizioni generali in materia di PPP precedono la disciplina delle figure contrattuali tipiche e la clausola generale sopra riportata in ordine all'ammissibilità di forme contrattuali di partenariato atipiche²⁹.

tiva.it, che rileva che si tratta di «*espressione dal contenuto giuridico pressoché nullo e che si spiega solo perché il legislatore ha voluto dettare una qualificazione non generale, ma generalissima della figura, alla stessa appunto avendo voluto ricondurre anche il PPP di tipo istituzionale*».

27 Cfr. R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

28 La scelta di richiamare tale distinzione è ritenuta «*non proprio felice*» e in fondo inutile da A. GIOVANNINI, *op. cit.*

29 Già nella vigenza del Codice del 2016 d'altronde si era rilevato che l'individuazione da parte del legislatore di figure contrattuali tipiche non privasse le amministrazioni della possibilità di stipulare contratti atipici (Cfr. C. CONTESSA, *op. cit.*, p. 209). Rileva peraltro A. GIOVANNINI, *op. cit.*, che «*al di là della superfluità del riferimento agli "interessi meritevoli di tutela", che, ai sensi dell'art. 1322 c.c., devono comunque sorreggere la causa di qualsiasi contratto atipico (...) ha il merito*

Sul punto poi, il Codice ha il merito di chiarire definitivamente i rapporti tra concessione e finanza di progetto: non si tratta di due tipi contrattuali diversi, come nella struttura dell'art. 180 del D.lgs. n. 50/2016, bensì è il medesimo contratto di concessione che può essere finanziato sia in *corporate financing*, sia in *project financing*. In ragione delle peculiarità di tale ultima operazione economica (in cui la società di progetto isola il progetto e consente di schermarlo dai rischi operativi), sono state comunque riservate alla finanza di progetto norme specifiche in tema di aggiudicazione ed esecuzione del contratto (la finanza di progetto è così diventata un segmento interno alla disciplina della concessione, il titolo IV della Parte II)³⁰.

L'altro aspetto di carattere generale rilevante ai nostri fini è senz'altro quello per cui il Codice, con l'impostazione sistematica ora descritta, ha chiarito l'alternatività tra strumenti di PPP - in particolare, la concessione - e l'appalto, poiché, come chiarito dall'art. 175, comma 2, la valutazione di convenienza e fattibilità del progetto in PPP comprende anche, da parte dell'amministrazione, il confronto tra «*la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato, nell'arco dell'intera durata del rapporto, con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente*».

Ora, rispetto a tale approdo, stante il dichiarato fine della ricerca che si sta compiendo, importa meno porre l'accento sul profilo discrezionale, peraltro di assoluta importanza, tra l'appalto e la concessione, che si è oggi chiarito essere riconducibile alla sussistenza o meno di un «*rischio operativo*» in capo all'operato-

di ribadire il principio di autonomia contrattuale, che oggi è stato positivizzato nell'art. 8 del codice».

30 In termini la *Relazione*, cit., p. 203. Già accorta dottrina aveva in realtà messo in evidenza che «dalla lettura completa del testo di legge si evince, pertanto, che il *project financing* rappresenta una forma di affidamento di una concessione, alternativa a quella "generale" disciplinata dagli artt. 164 ss. del codice degli appalti. Non si tratta, dunque, d'intendere l'alternatività come se il partenariato pubblico privato fosse espressione di un modello radicalmente diverso dallo strumento delle concessioni, ma di interpretare il rapporto come quello tra genere e specie. In altri termini, appare evidente che anche le nuove forme della finanza di progetto sono riconducibili al genus delle concessioni amministrative, ma ne costituiscono una specie diversa, la quale non è disciplinata dalla parte III del codice, applicandosi in questo caso innanzi tutto la disciplina di cui agli artt. 180-183 e ss.» (M. TIBERII, *op. cit.*, pp. 17-18).

re economico, risultando invece non decisiva la natura bilaterale o trilaterale del rapporto³¹.

Di maggiore interesse, ai nostri fini, è invece la conseguenza di sistema che deriva da una chiara distinzione tra strumenti di PPP e appalto, cioè la non applicabilità ai primi delle logiche rigide tipiche del secondo - poiché alternativo rispetto al modello in esame - ma logiche proprie, contenute nel Libro VI del Codice e, segnatamente, ai sensi di quanto disposto dall'art. 174, comma 3 del Codice, «L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II».

Ciò appare confermato dall'esame delle disposizioni in tema di concessione, tanto quelle relative alla procedura per la scelta del concessionario nelle concessioni finanziate dall'amministrazione, quanto quelle specifiche relative alle concessioni finanziate *in project*, che si vanno ora ad esaminare.

4. La flessibilità delle procedure di scelta del concessionario e la discrezionalità dell'amministrazione

In ragione dell'affermazione del principio generale della libertà di organizzazione dell'amministrazione delle procedure per la scelta del concessionario

31 In tema si v., in relazione al nuovo Codice, S. FANTINI, H. SIMONETTI, *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, in S. FANTINI, H. SIMONETTI (a cura di), *Il nuovo corso dei contratti pubblici. Principi e regole in cerca di ordine (d.leg. 31 marzo 2023 n. 36)*, 2023, c. 224-225. In sintesi, gli Autori evidenziano che «il rischio operativo è effettivo tutte le volte in cui il concessionario non abbia la garanzia, ovvero la certezza, (non solo di ricavare un utile d'impresa, dalla gestione dell'opera o del servizio, ma prima ancora) di recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti, restando esposto alle fluttuazioni del mercato nel quale opera» e tale rischio si atteggia diversamente a seconda della tipologia di concessioni: per le c.d. opere calde, «che sono quelle destinate all'utilizzo da parte della collettività e dotate di una intrinseca attitudine a produrre reddito attraverso il pagamento di tariffe da parte degli utenti (paradigmatici gli esempi delle tratte autostradali e delle tariffe pagate dagli automobilisti, come anche dei parcheggi), il rischio è legato alla domanda del servizio o del bene» e la sola forma di remunerazione per il concessionario è data proprio dalla tariffa; per le c.d. opere tiepide, «idonee a produrre reddito ma in misura minore, perché ad esempio l'opera ha una spiccata destinazione sociale che impone di applicare una tariffa calmierata (e il caso del trasporto pubblico locale)», è ammesso un intervento pubblico di sostegno, finalizzato a garantire l'equilibrio economico-finanziario e che, se solleva l'operatore da perdite garantendogli un minimo di ricavo, ne importa la riqualificazione in termini di appalto; infine, le c.d. opere fredde, «che non sono idonee a generare reddito attraverso la loro fruizione da parte di terzi e che il concessionario realizza e fornisce direttamente alla pubblica amministrazione (la relazione di accompagnamento menziona ospedali, carceri e scuole)», e dove il privato è remunerato dall'amministrazione, riconoscendo come in tali casi il confine tra concessione (di lavori) e appalto (misto di lavori e servizi) sia «davvero labile».

rio, di cui già all'art. 30 della direttiva 2014/23/UE, pur nel rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, si è giustamente evidenziata la forte apertura verso atipicità e flessibilità che il principio comporta e che si traduce nell'assenza di indicazioni specifiche nel Codice circa le procedure da seguire per la scelta del concessionario, a differenza che negli appalti³².

Ed infatti, si è altresì rilevato che la libertà riconosciuta agli enti concedenti potrebbe, almeno in teoria, indurli a privilegiare in tale ambito sempre la procedura negoziata (con bando) o il dialogo competitivo in luogo, ad esempio, della procedura ordinaria o di quella ristretta³³.

Di rilievo sotto il profilo della discrezionalità e della flessibilità delle procedure in tema di aggiudicazione delle concessioni è l'art. 183, comma 7 del Codice dei Contratti, il quale riconosce all'amministrazione la possibilità di condurre liberamente negoziazioni con i candidati³⁴, di norma attraverso il ricorso al dialogo competitivo, pur nell'affermata immutabilità dell'oggetto della concessione, dei criteri di aggiudicazione e dei requisiti minimi.

Proprio in relazione a questi ultimi due elementi, non mancano, ad avviso di chi scrive, indici di conferma del riconoscimento legislativo della discrezionalità dell'amministrazione, seppure ovviamente nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza.

In merito infatti ai requisiti di partecipazione, il Codice attribuisce all'ente concedente il potere discrezionale di determinare i requisiti di ordine speciale legati alle capacità tecniche, professionali, finanziarie ed economiche, limitando

32 Cfr. S. FANTINI, H. SIMONETTI, *op. cit.*, c. 225.

33 Così S. FANTINI, H. SIMONETTI, *op. cit.*, c. 226. Gli A. specificano come la scelta invece della procedura negoziata senza bando per le concessioni sopra soglia sia ipotesi eccezionale, ammissibile solo in presenza dei presupposti di cui all'art. 182, comma 7, mentre risulta regolarmente praticabile per le concessioni sotto soglia, per cui l'art. 187 comunque richiede la consultazione di almeno 10 operatori economici e salvo il principio di rotazione.

34 È anche vero che già l'art. 171, comma 7 del D.lgs. n. 50/2016 prevedeva tale possibilità di negoziazione, la quale era parsa come uno degli aspetti potenzialmente più significativi della disciplina (cfr. I. GOBBATO, *Commento all'art. 172*, in L.R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano 2017, pp. 1403 ss.). Sul nuovo art. 183 del D.lgs. N. 36/2023 v. A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Commento all'art. 183*, in L.R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano 2023, pp. 1478 ss.

la discrezionalità nel senso che tali requisiti debbano però essere proporzionati all'oggetto dell'appalto e non discriminatori.

Quanto ai criteri di aggiudicazione, se è pur vero che la scelta discrezionale dell'amministrazione, per la natura del contratto da aggiudicare, si ritiene pressoché obbligata in favore del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa³⁵, non è meno vero che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sottende un maggiore margine di discrezionalità dell'amministrazione rispetto a quello automatico e vincolato del prezzo più basso³⁶.

Tornando però al profilo della libera negoziazione con i candidati da parte dell'ente concedente nella forma del dialogo competitivo, si è giustamente rilevato come esso si atteggi quale sub-procedimento nel quale l'amministrazione esercita la sua discrezionalità, pur con i limiti sopra enunciati relativi agli elementi essenziali, che ben potrebbe riguardare la definizione di taluni elementi del progetto, o del piano economico finanziario, o nel caso investa la fase suc-

35 Lo ritengono S. FANTINI, H. SIMONETTI, *op. cit.*, c. 227.

36 In tema v., diffusamente, A. GORGOGLIONE, *Criteri di aggiudicazione degli appalti. Riflessioni a margine dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 21 maggio 2019, n. 8*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2020. La citata sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8/2019 aveva infatti negato cittadinanza a quell'orientamento giurisprudenziale che riteneva, in ragione di esigenze di accelerazione della procedura, che gli appalti di servizi, quand'anche ad alta intensità di manodopera, dovessero essere aggiudicati col criterio del minor prezzo se aventi caratteristiche standardizzate ai sensi dell'art. 95, comma 4, lett. b), del Codice, affermando, al contrario, che, in presenza di un appalto di servizi ad alta intensità di manodopera, sorge un obbligo speciale di utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il quale trova applicazione in forza della generale preferenza espressa del Codice per esso. Sempre in tema di preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello del minor prezzo si era già espressa la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Seconda Sezione, 7 ottobre 2004, procedimento C-247/02, in *Foro amm. TAR*, fasc. 9, 2004, p. 2425 e ss. con nota di G.M. LIETO, *Criteri di aggiudicazione dei lavori pubblici: riflessioni dalla sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004*, che aveva censurato l'art. 21 dell'allora vigente legge Merloni che, a fronte di una normativa comunitaria che, regolando le modalità di valutazione delle offerte, rimetteva alle stazioni appaltanti il compito di scegliere tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, decise di privilegiare a priori il primo metodo, in quanto per sua natura adatto a minimizzare la discrezionalità amministrativa: «la fissazione da parte del legislatore nazionale, in termini generali ed astratti, di un unico criterio di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici priva le amministrazioni aggiudicatrici della possibilità di prendere in considerazione la natura e le caratteristiche peculiari di tali appalti, isolatamente considerati, scegliendo per ognuno di essi il criterio più idoneo a garantire la libera concorrenza e ad assicurare la selezione della migliore offerta» (par. 40).

cessiva all'apertura delle offerte, può andare a riguardare elementi di dettaglio delle stesse, o un loro miglioramento dal punto di vista finanziario³⁷.

Tale lettura è senz'altro coerente con lo strumento indicato dal legislatore, in quanto il dialogo competitivo, richiamato a modello per le negoziazioni, è un istituto massimamente espressivo dell'esigenza di flessibilizzazione³⁸.

In merito, il già citato considerando 42 della direttiva 2014/24/UE, ben chiarisce che «è opportuno ricordare che il ricorso al dialogo competitivo ha registrato un incremento significativo in termini di valore contrattuale negli anni passati. Si è rivelato utile nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici non sono in grado di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche, finanziarie o giuridiche»³⁹.

E, a livello ancor più generale, quanto evidenziato in ordine alla possibilità di scelta discrezionale dell'amministrazione per una procedura di scelta del concessionario che dovrebbe condurre l'ente a prediligere la procedura negoziata con bando o il dialogo competitivo stesso – o financo la procedura negoziata senza bando, per le concessioni sotto soglia - non può che confermare gli assunti qui proposti.

Ed infatti, anche la procedura negoziata con bando (o competitiva con negoziazione), disciplinata oggi dall'art. 73 del nuovo Codice, si caratterizza per rilevante flessibilità.

Invero, la stazione appaltante adotta un avviso di indizione della gara, rispetto al quale ciascun operatore può presentare una domanda di partecipazio-

37 Cfr. E. ZIMEI, *Le concessioni e le altre forme di partenariato pubblico-privato*, in L. CARBONE, F. CARINGELLA, G. ROVELLI (a cura di), *Manuale dei Contratti Pubblici*, 2024, pp. 691-692.

38 Per una analisi dell'evoluzione dell'istituto v. R. INVERNIZZI, *Dialogo competitivo*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, p. 93-101. In tema, proprio rispetto alle questioni qui in esame, v. anche M. RICCHI, *Negoaction discrezionale e dialogo competitivo (una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP)*, in www.giustizia-amministrativa.it.

39 Per un esame delle fonti eurounitarie che hanno riconosciuto l'importanza delle procedure di gara in un'ottica di innovazione v. M. BARBERIO, *Appalti Innovativi – Parte 1: la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo*, in *L'Amministrativista.it*, Focus, 17 giugno 2020, p. 1-4.

ne, il quale contiene informazioni sulla natura e l'oggetto dell'appalto, indicando altresì i criteri per l'aggiudicazione e i requisiti minimi.

A seguito della presentazione delle domande, solo gli operatori invitati possono presentare un'offerta iniziale, nonché offerte successive che possono essere negoziate per migliorarne il contenuto, con il limite dell'immodificabilità dell'offerta finale e comunque fatti salvi i requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione; con questi limiti dunque, le stazioni appaltanti possono procedere con ampia libertà nelle negoziazioni, consentendo di intervenire liberamente sui più svariati aspetti delle offerte.

All'evidenza dunque, questa procedura si caratterizza per una interlocuzione tra l'amministrazione e i soggetti partecipanti alla selezione; vi è sì un avviso di indizione della selezione, che detta alcuni elementi di regolamentazione, ma essi vengono implementati in corso di svolgimento della procedura, attraverso una negoziazione che consenta alla stazione appaltante di soddisfare al meglio le proprie esigenze.

Nonostante questi elementi specializzanti e peculiari, che ad avviso di chi scrive differenziano la procedura in esame da quella ordinaria ristretta, si deve comunque rilevare, in una logica di bilanciamento, come in dottrina si sia sottolineato che, nella procedura competitiva con negoziazione, la discrezionalità dell'amministrazione sia limitata e procedimentalizzata, alla luce delle disposizioni normative in merito alla pubblicità della gara, alla obbligatorietà della pre-selezione e alla predeterminazione dei criteri e delle candidature⁴⁰.

Ad ogni modo, è senz'altro vero che una procedimentalizzazione della procedura in esame è riscontrabile e che essa è volta a garantire la *par condicio* tra tutti i partecipanti, essendo stabilito che *«nel corso delle negoziazioni le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. A tal fine,*

40 In tal senso R. DE NICTOLIS, *Procedure negoziate con e senza bando*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. III, p. 56, che, in senso apparentemente difforme da quanto qui sostenuto, afferma che *«in definitiva, attraverso la previa pubblicazione del bando di gara la procedura negoziata viene circondata da garanzie procedurali pressoché identiche a quelle della procedura ristretta, di talché viene assicurata una concorrenza effettiva»*.

non forniscono informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri» (art. 73, comma 9, primo alinea), senza tuttavia che questo possa condurre a negare la maggiore flessibilità che caratterizza l'istituto in esame⁴¹.

5. La finanza di progetto

Ancor più rilevante ai nostri fini è l'istituto della finanza di progetto, rispetto al quale il nuovo Codice non pare in effetti prevedere norme specifiche innovative rispetto al passato, bensì ha operato al fine di cercare di rendere maggiormente utilizzabile lo strumento.

Nella valutazione della tesi qui proposta, *i.e.* la necessità del riconoscimento di maggiore discrezionalità e flessibilità nella gestione delle procedure in capo all'amministrazione per garantire un maggiore utilizzo degli strumenti di partenariato, è in realtà utile esaminare *l'ubi consistam* della finanza di progetto, riproposta peraltro dal nuovo D.lgs. n. 36/2023.

Sul piano descrittivo, come noto, si ha che un soggetto privato, il quale assume la qualità di promotore, presenta una proposta relativa alla realizzazione in concessione di lavori o servizi, avendone come corrispettivo unicamente il diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto dei contratti o un tale diritto accompagnato da un prezzo⁴².

Il nuovo Codice, all'art. 193, conferma che l'affidamento mediante finanza di progetto avviene attraverso due fasi procedurali: una prima fase, nella quale il partner privato, promotore, sottopone all'amministrazione proposte relative alla realizzazione in concessione di un progetto che, se ritenuto fattibile dall'ente e approvato, viene posto a base di una gara (seconda fase), nella quale si individua l'offerta economicamente più vantaggiosa e rispetto alla quale il promotore, qualora detta offerta non fosse quella da lui presentata, può esercitare il diritto di prelazione⁴³, che, in realtà, consiste in una dichiarazione di im-

41 In questo senso cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 giugno 2020, n. 6248.

42 Cfr. S. FANTINI, H. SIMONETTI, *op. cit.*, c. 232.

43 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2023, n. 9298.

pegno «*ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario*»⁴⁴.

Ora, prima di esaminare i profili di novità nel nuovo Codice che dovrebbero stimolare un maggiore utilizzo delle procedure di *project financing*, è opportuno ricostruire gli approdi ermeneutici cui si è giunti rispetto a tale procedura, poiché ben si inscrivono nel presente discorso in ordine alla necessità di una maggiore discrezionalità e flessibilità dell'amministrazione nella gestione delle procedure di PPP.

Ed invero, la giurisprudenza, nel rilevare che le due serie procedimentali sopra descritte sono strutturalmente autonome, ma biunivocamente interdipendenti sotto il profilo funzionale, ha ormai chiarito, rispetto alla prima fase preliminare di individuazione del promotore, che ancorché procedimentalizzata, essa «è connotata da *amplissima discrezionalità amministrativa, in quanto intesa non già alla scelta della migliore tra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici preordinati, ma alla valutazione di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore*»⁴⁵.

Come anche recentemente ribadito dal Consiglio di Stato, «*la scelta del promotore di una procedura di finanza di progetto non è un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, quanto piuttosto uno strumento tramite il quale l'amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da realizzare*»⁴⁶, da cui discende che l'Amministrazione - una volta individuato il promotore e ritenuto di pubblico interesse il progetto dallo stesso presentato - non è comunque tenuta a dare corso alla procedura di gara, essendo libera di scegliere, attraverso valutazioni attinenti al merito amministrativo e non sindacabili in sede giurisdizionale, se, per la tutela dell'interesse pubblico,

44 La stessa *Relazione, cit.*, p. 231, chiarisce che più che un diritto di prelazione, quello del promotore è un diritto di opzione.

45 Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005; nella giurisprudenza più recente Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 11 agosto 2023, n. 1034.

46 Cons. Stato, sez. V, ord. 7 giugno 2023, n. 5615

sia più opportuno affidare il progetto per la sua esecuzione ovvero rinviare la sua realizzazione ovvero non procedere affatto⁴⁷.

Ciò tuttavia non esclude che l'amministrazione possa incorrere in responsabilità precontrattuale per mancata conclusione del procedimento di *project financing*, che ricorre allorquando «*l'Amministrazione prima pronunci (senza adeguata verifica delle effettive e concrete condizioni di attuabilità) la dichiarazione di pubblico interesse - approvando, senza riserve, il progetto proveniente dal promotore - e, successivamente, ne disponga il (pur legittimo) annullamento in autotutela, laddove si avveda di insuperabili ragioni ostative che avrebbero potuto (e dovuto) essere immediatamente rilevate, ovvero si risolva, comunque, ad una diversa valutazione della praticabilità (o della convenienza) dell'intervento o del ricorso allo strumento della finanza di progetto*», ancorché ciò, in ragione della già richiamata libertà dell'amministrazione di non affidare il progetto, possa predicarsi soltanto quando l'amministrazione abbia, sulla base del progetto assentito, attivato la procedura di gara e l'avesse conclusa con l'aggiudicazione: «*l'aggiudicazione, invero, trasforma, di suo, l'aspettativa di mero fatto, fino a quel punto vantata dal promotore, in aspettativa giuridicamente tutelata alla consequenziale stipula del contratto aggiudicato, il cui rifiuto - quand'anche, in concreto, giustificato dal (postumo e tardivo, ma pur sempre legittimo) accertamento della carenza delle condizioni iniziali della messa a gara - concreta ragione di responsabilità per violazione del canone di correttezza e di lealtà (cfr. art. 1337 Cod. civ. e, oggi, l'art. 1, comma 2-bis, l. n. 241 del 1990)*»⁴⁸.

Inoltre, vale rilevare che, pur libera di non affidare il progetto all'esito della prima fase, sussiste comunque un obbligo dell'amministrazione di provvedere, giustiziabile mediante il rimedio di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a., essendo comunque l'amministrazione tenuta a concludere il procedimento con un provvedimento espresso e motivato in ordine alla valutazione di fattibilità del pro-

47 Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2019, n. 820; Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 2017, n. 207; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2016, n. 2719; Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365.

48 Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2021, n. 368.

getto e alla sua dichiarazione di pubblico interesse⁴⁹; sul punto peraltro il nuovo art. 193, comma 2, ult. periodo, recepisce tali indicazioni, prevedendo l'obbligatorietà dell'adozione di un provvedimento espresso conclusivo, pubblicato sul sito istituzionale e comunicato ai soggetti interessati⁵⁰.

Ora, il nuovo Codice, pur nel solco della precedente disciplina, detta le seguenti regole atte a garantire una maggiore ampiezza applicativa e flessibilità nell'ambito della fase di individuazione del promotore, che è senz'altro la fase maggiormente delicata e allo stesso tempo quella che più incide sull'attrattività dello strumento.

In primo luogo, il nuovo Codice, nel ritenere in realtà meritoria la modifica operata all'art. 183, comma 15, del D.lgs. n. 50/2016, dall'articolo 8, comma 5, lettera *d*), del D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, nella l. 11 settembre 2020, n. 120, per cui le proposte di finanza di progetto sono ammissibili anche in relazione a opere e progetti già inclusi negli strumenti di programmazione pubblica, pur eliminando la relativa previsione, ha disposto, in termini generali, che «*le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato*» (art. 175, comma 1), anche su iniziativa del privato-promotore, accompagnando tale previsione con l'eliminazione della finanza di progetto ad iniziativa pubblica, poiché tale strumento è stato ritenuto, nei fatti, una duplicazione della scelta di indire una gara pubblica per l'affidamento di una concessione⁵¹.

Da ciò discende la possibilità che la proposta del privato attenga sia a progetti ricompresi nel programma triennale, eventualmente anche proponendo modalità diverse di realizzazione, sia ad iniziative non presenti negli strumenti di programmazione.

49 *Ex multis* T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 28 ottobre 2022, n. 703.

50 Cfr. G. BRUNO, *Commento all'art. 193*, in L.R. PERFETTI (a cura di) *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milano 2023, p. 1535.

51 Cfr. G. BRUNO, *op. cit.*, p. 1532.

Quanto invece alla disciplina della prima fase, il nuovo Codice, all'art. 193, conferma che l'amministrazione è chiamata a valutare la fattibilità della proposta, invitando il proponente ad apportare al progetto le modifiche necessarie per la sua approvazione, con la precisazione che, se il proponente non le apporta, la proposta viene respinta.

Rispetto a tale previsione, in senso maggiormente conforme alla logica negoziale dello strumento e della prima fase in particolare, il Codice prevede che le modifiche richieste possano essere *«eventualmente rimodulate sulla base di soluzioni alternative suggerite dallo stesso promotore per recepire le indicazioni dell'ente concedente»*⁵².

Nonostante poi nello Schema di Codice predisposto dalla Commissione fosse stato sostituito il previgente termine perentorio di tre mesi per la valutazione della proposta da parte dell'amministrazione con un più flessibile avverbio *«tempestivamente»*, il legislatore ha poi ritenuto di reintrodurre il riferimento a *«novanta giorni»*, ancorché non più qualificati come perentori.

Rispetto a tale questione peraltro, il Consiglio di Stato ha escluso che *«il mancato rispetto del termine (perentorio) di tre mesi per la valutazione della fattibilità della proposta determini come effetto quello di una maggiore "strutturazione" del procedimento, ad instar di un procedimento di gara, anche perché una siffatta "conversione" non ha attinenza con la dichiarata perentorietà del termine»*⁵³.

Relativamente alla prima fase così descritta, mette conto di rilevare che la stessa decisione ha, da un lato, ritenuto che *«che alla fase di scelta del proponente male si attaglia la predeterminazione dei criteri di valutazione, presupponente quanto meno la esatta definizione dell'oggetto del procedimento e dunque della proposta»*; dall'altro, su tali basi e quantomeno per l'ipotesi di superamento del termine di tre mesi, che

52 Già in dottrina risalente si era ritenuto opportuno di consentire all'amministrazione di dialogare con gli operatori al fine di disporre dell'offerta che soddisfi nel modo migliore gli obiettivi dell'amministrazione aggiudicatrice, richiamandosi all'istituto, al tempo innovativo, proprio del dialogo competitivo (cfr. G. PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 10/2006, p. 1115).

53 Cons. Stato, ord. n. 5615/2023 *cit.*

era qualificato come perentorio, ha ritenuto di dover rimettere alla Corte di Giustizia UE la seguente questione interpretativa: «*se l'art. 183, comma 15, del d.lgs. n. 50 del 2016 è contrario al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire trattamenti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo*»⁵⁴, la quale è stata tuttavia dichiarata manifestamente irricevibile dalla Corte di Giustizia⁵⁵.

In merito, vale rilevare che non sembra condivisibile la posizione di chi ha ritenuto che la questione abbia comunque ormai del tutto perduto d'attualità alla luce del venir meno dell'espressa indicazione di perentorietà del termine di novanta giorni⁵⁶, in quanto il profilo asseritamente critico permanerebbe in relazione alla circostanza per cui nella prima fase della procedura non vi è predefinita la comunicazione dei criteri di valutazione né comunicazione degli eventuali stessi a tutti i concorrenti, che sarebbe solo aggravata dalla presenza del termine perentorio.

La questione appare più propriamente infondata, come peraltro ritiene lo stesso Consiglio di Stato remittente e appare trasparire da quanto affermato dalla decisione della Corte di Giustizia che ha dichiarato la questione manifestamente irricevibile, la quale ha evidenziato, in merito all'insufficiente spiegazione della rilevanza dei principi di diritto dell'Unione nel caso sottoposto, che, a fronte di una allegazione della ricorrente per cui «*la procedura di finanza di progetto rientrerebbe nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione dal momento che ha natura «comparativa e attributiv(a) di un vantaggio economico»*», non si chiarisce «*in che modo tale diritto sarebbe applicabile a «tutte le procedure comparative»*», ed anzi «*al contrario, come risulta dal punto 11 della presente ordinanza, il giudice del rinvio rileva espressa-*

54 Ancora Cons. Stato, ord. n. 5615/2023 *cit.*

55 Cfr. Corte giustizia UE sez. VIII, 12 dicembre 2023, n. 407.

56 Lo ritiene A. GIOVANNINI, *op. cit.*

mente che, a suo avviso, la scelta effettuata dall'amministrazione nell'ambito della prima fase di una procedura di finanza di progetto, (...) non è «un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica»⁵⁷.

Il così delineato sistema dunque fa emergere una ampia discrezionalità dell'amministrazione nella prima fase di valutazione della proposta formulata dal privato ed un vero e proprio dialogo, una negoziazione, al fine di rendere il progetto pienamente aderente alle esigenze dell'amministrazione; ecco perché si ritiene ammissibile in modo ampio e privo di limitazioni l'istituto del soccorso istruttorio⁵⁸, nonché si è evidenziata, in dottrina, l'inapplicabilità dell'art. 10-*bis* l. n. 241/1990, pur ritenendosi applicabili i principi generali della l. n. 241/1990 in merito all'obbligo di concludere il procedimento e di motivare la determinazione conclusiva, tanto in punto di interesse pubblico al progetto, quanto, in presenza di più proposte, delle ragioni di preferenza per il progetto prescelto⁵⁹.

Collegandoci proprio a tale ultimo profilo, stante la riscontrata presenza di una ampia discrezionalità dell'ente, la giurisprudenza ha, nel corso del tempo, costruito una sorta di “rete di protezione” atta a garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione, che si sostanzia nei seguenti profili:

57 Corte di Giustizia UE, n. 407/2023 cit. § 22-23. Aggiunge peraltro la Corte che «il giudice del rinvio non stabilisce alcun collegamento tra i principi del diritto dell'Unione cui fa riferimento e la normativa nazionale applicabile alla controversia di cui è investito. Più in particolare, esso non spiega in che modo la finalità perseguita dal termine perentorio di tre mesi di cui dispone l'amministrazione per valutare le proposte ai sensi dell'articolo 183, comma 15, del decreto legislativo n. 50/2016, possa incidere sulla valutazione di tale disposizione alla luce di detto diritto».

58 Cfr. TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 13 gennaio 2017, n. 110: «il meccanismo disciplinato dal comma 15° in questione non prevede alcuna gara nella sua fase iniziale, ma l'inoltro di una proposta di un privato ad una amministrazione aggiudicatrice. E nel caso in cui l'amministrazione ritenga che la proposta pervenuta sia carente di un allegato indefettibilmente previsto per legge (quale ad esempio una garanzia od un impegno ad una garanzia), attraverso un atto formale, o un contatto informale, potrà chiedere al proponente di integrare la proposta, avvertendolo che in mancanza non potrà essere presa in considerazione, ma non ne disporrà l'esclusione (esclusione da cosa?); come è confermato dal fatto che la mancata allegazione degli atti che devono essere allegati all'offerta, non è prevista a pena di esclusione, conseguenza che invero mal si sposa con un procedimento ad impulso dello stesso proponente».

59 Cfr. C. MALINCONICO, *Finanza di Progetto*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2019, Vol. V.

- le valutazioni dell'amministrazione precedente sono caratterizzate sia da una discrezionalità di ordine tecnico, per gli apprezzamenti degli aspetti economico-finanziari, progettuali e ambientali delle proposte, sia da una discrezionalità di tipo amministrativo c.d. puro, in relazione al più adeguato perseguimento dell'interesse pubblico e alla scelta fra le diverse opzioni a tal fine percorribili, ivi compresa la c.d. opzione zero⁶⁰;

- la presenza di discrezionalità amministrativa (pura e tecnica) non elide la necessità di rispettare le essenziali regole di trasparenza e ragionevolezza, tanto più rilevanti quando il vaglio delle proposte si svolga in un contesto comparativo e sulla base di limiti imposti dallo stesso ente pubblico: onde anche la valutazione dell'amministrazione in ordine all'interesse pubblico delle proposte presentate è sindacabile dal giudice amministrativo entro i confini del controllo di legittimità⁶¹;

- inoltre, una verifica quanto meno preliminare va svolta nei confronti di tutte le proposte, nell'interesse non solo degli operatori economici privati, ma anche della stessa amministrazione, atteso che l'individuazione e la miglior specificazione del pubblico interesse non può che conseguire alla comparazione di esse⁶²;

- il potere dell'amministrazione di disporre modifiche e integrazioni istruttorie può essere esercitato con riguardo ad un progetto contenutisticamente definito, presupponendo che la documentazione prodotta sia tale da consentire di deliberare, sebbene *prima facie*, la fattibilità della proposta e la sua sostenibilità economica, insieme alla rispondenza al pubblico interesse; per contro, il potere di integrazione non può risolversi nel completamento di una proposta carente dei presupposti minimi, perché altrimenti si risolverebbe, non nel perfezionamento documentale di un progetto già completo nei suoi elementi essenziali, ma nella presentazione di una proposta *ex novo*, con illegittima

60 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 novembre 2019, n. 7833.

61 Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1.

62 Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2018, n. 4777; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 17 settembre 2020, n. 310.

sovrapposizione tra i ruoli spettanti all'amministrazione ed al proponente il *project financing*⁶³.

Proprio rispetto a tale ultimo profilo, recente giurisprudenza ha ritenuto illegittimo l'operato dell'amministrazione che, dopo avere definito i requisiti di fattibilità al fine di assicurare una base di omogeneità alla valutazione, ha accordato a un solo operatore la *chance* di mutare aspetti essenziali della sua proposta, pur a fronte delle gravi carenze concernenti elementi fondamentali, espressamente enunciati nell'atto di avvio della procedura, né, quindi, avrebbe potuto essere ammessa in via esclusiva al «*dialogo plasmante*» con l'Amministrazione, per sanare le lacune di fattibilità del progetto modificandone in via sostanziale i contenuti economico-finanziari attraverso l'introduzione di contenuti profondamente diversi da quelli iniziali, in violazione delle regole *di par condicio* ed imparzialità⁶⁴.

Nell'ambito di quella che abbiamo definito “rete di protezione” per gli operatori economici che partecipano alla prima fase, resta da menzionare la possibilità, riconosciuta dalla giurisprudenza, di esercitare il diritto d'accesso ai documenti, tanto amministrativi, quanto progettuali sotto il profilo tecnico-economico, da parte dell'operatore economico non prescelto, alla conclusione della prima fase, riconoscendosi l'immediata impugnabilità dell'atto conclusivo di tale fase⁶⁵, restando escluso invece, secondo l'opinione maggioritaria, che

63 Cfr. Cons. Stato, sez. III, 12 ottobre 2020, n. 6042; sostanzialmente nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 14 novembre 2019, n. 7833, secondo cui la collaborazione tra soggetto pubblico e operatore privato non può «*essere utilizzata per correggere lacune o insufficienze del progetto in generale, e del piano economico-finanziario in particolare*». Rispetto a tale orientamento, rileva G. BRUNO, *op. cit.*, p. 1535, che esso appare applicabile anche alla nuova disciplina nonostante la generale apertura dei profili di sanabilità mediante il soccorso istruttorio portata dal Codice del 2023.

64 Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. I, 3 gennaio 2023, n. 8.

65 Per tutte cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 8 settembre 2023, n. 8236, che ha ben chiarito che «*è intrinseco alla ratio sottesa alla sollecitazione, da parte di un'Amministrazione aggiudicatrice, di manifestazioni di interesse da parte di privati in funzione di una futura gara di finanza di progetto che l'operatore che ha partecipato a detta fase preliminare ed il cui progetto, per qualunque motivo, è stato dichiarato non rispondente al pubblico interesse abbia una posizione differenziata e, appunto, qualificata ad impugnare subito il giudizio conclusivo dell'Amministrazione, con cui questa si pronuncia sfavorevolmente sul proprio progetto e, contestualmente, esprime la propria preferenza per il progetto presentato da altro concorrente (...) l'operatore non prescelto ha un interesse strumentale, giuridicamente tutelato, a conoscere immediatamente ed integralmente i documenti*

l'esercizio del diritto d'accesso e l'immediata impugnabilità possa essere anticipata anche in relazione ad atti con cui l'amministrazione ritenga il progetto di un operatore «di maggior interesse» e avvii con lui un dialogo più specifico anche al fine di apportare le modifiche prodromiche ad una eventuale dichiarazione di fattibilità e di pubblico interesse del progetto⁶⁶.

Un ultimo profilo merita poi di essere richiamato, poiché sul punto il Codice non pare aver sfruttato appieno la possibilità di rimodulare la disciplina della finanza di progetto, come invece era stato proposto dalla Commissione in sede di redazione dello schema.

Ci si riferisce alla scelta del legislatore di prevedere, quale vantaggio competitivo per il promotore, ancora unicamente il citato diritto di prelazione, il quale ha avuto l'effetto di scoraggiare molti operatori economici alla partecipazione alla seconda fase, quella realmente competitiva.

La Commissione nello Schema aveva introdotto la possibilità per le stazioni appaltanti di prevedere, in alternativa al diritto di prelazione, il riconosci-

*presentati od elaborati nel corso della procedura e, in particolare, il progetto preferito dall'Amministrazione, ivi inclusi i relativi profili tecnico-economici. (...) se è immediatamente impugnabile l'atto conclusivo della fase pro-pedeutica di individuazione del progetto da porre a gara (consolidata la giurisprudenza sul punto), evidentemente deve ritenersi subito accessibile, da parte dell'operatore che ha preso parte, con esito sfavorevole, a siffatta procedura, la diversa offerta prescelta, anche negli aspetti tecnici ed economici, pena: - la sostanziale frustrazione del diritto di difesa di tale soggetto, il cui interesse legittimo allo scrutinio giurisdizionale della scelta amministrativa viene de facto sterilizzato; - la parallela creazione, in via pretoria, di una "bolla" di insindacabilità delle decisioni amministrative. Tale conclusione trova fondamento nei cennati, significativi vantaggi concorrenziali che la legge (art. 183, comma 15, d.lgs. n. 50 del 2016) delinea a favore del promotore nella successiva gara». L'immediata impugnabilità dell'atto che chiude la prima fase era stata già affermata da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1/2012 cit. Sul tema v. M. PIGNATTI, *La legittimazione e l'interesse al ricorso in materia di finanza di progetto*, *Foro amm. Cds*, fasc. 4, 2012, p. 830.*

66 Cfr. Cons. Stato, Sez. V, ord. 5 aprile 2024, n. 3150, che conferma quanto affermato da T.A.R. Sardegna, Sez. II, 19 dicembre 2023, n. 987, che ha negato l'accessibilità dei documenti allorquando la prima fase non si sia conclusa sul rilievo che «la riservatezza commerciale del proponente deve essere tutelata sino a che (e solo sino a che) il proprio progetto non sia prescelto dall'amministrazione e dunque, una volta posto in posizione di vantaggio, deve allora sostenere il peso della completa disclosure dei propri atti e documenti inerenti al progetto stesso, sì da consentire agli altri proponenti di contestare la valutazione compiuta, chiudendo la prima fase, dal Comune, che ha dichiarato la fattibilità e la conformità all'interesse pubblico del progetto». *Contra* cfr. T.A.R. Liguria n. 8/2023 cit., per cui «può essere impugnato immediatamente anche l'atto con il quale, nella prima fase del project financing, l'Amministrazione dichiara preferibile il progetto di un'altra impresa, in quanto strettamente prodromico e direttamente finalizzato alla successiva dichiarazione di pubblico interesse, salvo, ovviamente, l'onere di gravare, a pena di improcedibilità, il successivo provvedimento che conclude la fase, individuando il soggetto promotore e dichiarando il suo progetto di interesse pubblico».

mento in favore del promotore di un punteggio premiale, c.d. sistema alla cile-
na, come i sistemi tipo “bonus point” in gara (10% - 20% *score*), recependo me-
ritoriamente i suggerimenti degli economisti⁶⁷, che avrebbe consentito anche di
superare i profili di perplessità che la Commissione Europea ha manifestato ri-
spetto al diritto di prelazione, il quale potrebbe rappresentare una violazione
del principio della parità di trattamento, data la diversa posizione attribuita al
promotore, che scoraggia la partecipazione di operatori di altri paesi europei
che non hanno familiarità con questo meccanismo, incidendo negativamente
sui loro investimenti in Italia⁶⁸.

6. Discrezionalità dell'amministrazione e flessibilità delle procedure nel PPP: una corrispondenza necessaria

L'analisi sin qui condotta induce a valutare, nel complesso, positivamente
l'attuale disciplina portata dal nuovo Codice dei Contratti, che pare in linea con
le condivisibili considerazioni che la dottrina più recente aveva sviluppato al
fine di rinvigorire, in termini di maggiore utilizzo, gli istituti di partenariato
pubblico privato.

67 Sul punto la *Relazione* è ampiamente motivata e merita riportare alcuni passaggi, per di-
mostrare l'ampiezza di istruttoria che aveva condotto alla scelta della Commissione e l'apparen-
te miopia del legislatore: «secondo gli economisti, questo sistema rischia di generare incentivi perversi secondo
cui i concorrenti scelgono di partecipare alla gara e offrire sconti economici con la finalità di comprimere il mar-
gine di profitto del promotore. I concorrenti, sapendo che il promotore pareggerà la loro offerta per vincere
l'appalto, scelgono di offrire condizioni molto scontate per danneggiare i profitti del promotore, con la finalità di
indebolirlo. Il risultato di questi sconti potrebbe essere un prezzo inizialmente più vantaggioso per l'amministra-
zione pubblica, ma con grandi rischi per la qualità della performance nelle fasi successive del progetto. (...) Ne-
gli studi messi a disposizione dagli economisti si evidenzia che il trattamento favorevole nei confronti del propo-
nente originario è particolarmente significativo anche nei sistemi con bonus points, soprattutto quando il credito
d'offerta è elevato. I Paesi che utilizzano sistemi di punteggio premiale fissano i punti bonus a valori general-
mente tra il 5 e il 20 per cento dei punti totali che possono essere guadagnati nella valutazione. (...) Come
hanno evidenziato gli economisti, l'effetto di incentivazione del trattamento favorevole, tuttavia, non è privo di
costi. Dato che un concorrente della gara riceve un vantaggio concorrenziale, la concorrenza nella fase di gara è
distorta e, come sottolinea la teoria delle aste, è probabile che aumenti il costo di attuazione del progetto per
l'autorità pubblica, rispetto a una situazione di parità di trattamento di tutti gli offerenti. Pertanto, concedere a
un proponente un trattamento favorevole nella gara successiva per l'attuazione del progetto comporta un compro-
messo: incentiva la presentazione di progetti innovativi e potenzialmente di valore sociale, ma aumenta il costo
della loro attuazione. Nel complesso, la letteratura economica ha sostenuto che i vantaggi supereranno gli svan-
taggi quando vengono utilizzati sistemi ben progettati» (pp. 231-232).

68 In tema v. M. TIBERII, *op. cit.*, pp. 10 e ss.

Ed infatti, in linea con la lettura che si è qui proposta, la dottrina ha evidenziato che la fase procedimentale che precede la decisione sulla fattibilità della proposta privata non dovrebbe trasformarsi in una procedura ad evidenza pubblica anticipata, anche (e soprattutto) in un contesto in cui sarà sempre più frequente la presentazione di una pluralità di progetti per il perseguimento degli obiettivi già individuati dal PNRR⁶⁹; ma, allo stesso tempo, gli assunti giurisprudenziali che si sono sopra esaminati in merito alla qui definita “rete di protezione”, paiono idonei a garantire il rispetto dei principi di imparzialità, trasparenza e divieto di discriminazione, pur senza trasformare il confronto competitivo in una procedura ad evidenza pubblica.

A ben vedere e volgendo lo sguardo a più ampio spettro, deve ritenersi che già nell'evoluzione normativa del precedente Codice dei Contratti avevano trovato ingresso numerose procedure di scelta del contraente che, lungi dal limitare la scelta discrezionale dell'amministrazione, la esaltano, al fine di favorire una azione più efficiente ed efficace, senza peraltro che ciò cagioni pregiudizio alla tutela della concorrenza, su cui maggiormente è fondato l'impianto eurounitario in materia e che abbiamo recepito⁷⁰.

Questo è oggi, come visto, plasticamente affermato dal nuovo Codice, che più che innovativo (ma non è un *minus*) pare chiarificatore sul punto, superando precedenti suggestioni assai poco convincenti in merito alla funzione della stessa disciplina dei contratti pubblici.

Dunque, con valore assolutamente determinante in relazione al PPP, le procedure di gara “meccaniche”, in cui vi è una integrale predeterminazione di

69 Cfr. ancora A. MOLITERNI, *op cit.*, p. 463 e ss., il quale conclude che «*in definitiva, occorre evitare di leggere il fenomeno del partenariato con i medesimi occhiali con cui si osservano gli appalti pubblici, rifuggendo dalla tentazione di trasferire acriticamente la rigidità (e la logica di sospetto) che spesso hanno caratterizzato l'approccio domestico al tema dei contratti pubblici, nell'ambito di rapporti complessi in cui occorre favorire lo sviluppo di una logica «cooperativa» che faciliti, attraverso i giusti incentivi, l'assunzione di maggiori responsabilità sia da parte degli operatori pubblici, sia da parte degli operatori privati.*»

70 In questo senso, M. CAFAGNO, *Risorse decisionali, cit.*, pp. 35 e ss., evidenzia che «*l'inefficienza delle procedure (e, conseguentemente, delle transazioni che esse preparano) può minacciare lo sviluppo della concorrenza non meno del favoritismo o dell'opacità delle stazioni appaltanti. L'inefficienza abbatte infatti il surplus che le parti possono sperare di dividersi, mediante il processo negoziale, e perciò compromette l'interesse agli scambi.*»

tutti gli elementi rilevanti per la gara (oggetto, requisiti, parametri di valutazione), non appaiono idonee ad affrontare la complessità di numerosi rapporti negoziali, soprattutto di durata, incidendo negativamente sull'efficienza, non prevedendosi "momenti intermedi" di acquisizione di informazioni e approntamento di correttivi, che rappresentano, al contrario, efficaci strumenti per una migliore realizzazione dell'interesse pubblico⁷¹.

In questo senso infatti, è stato rilevato che i procedimenti in qualche forma negoziati risultano particolarmente efficaci nei casi di aggiudicazione di contratti più complessi (dove occorre una certa interazione con le controparti) o nei settori d'innovazione tecnologica (soggetti a rapidi cambiamenti e ad obsolescenza), assicurando la possibilità di ottenere il miglior risultato finale⁷².

D'altronde, aveva già colto Mario Nigro come l'irrigidimento delle forme e del procedimento non consenta una piena attuazione di tutti i principi costituzionali rilevanti nell'attività amministrativa, cogliendo un nesso inscindibile tra la flessibilità dell'azione amministrativa e il principio di efficienza della stessa e dunque del valore costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione⁷³.

Tanto è vero che l'art. 1 della bozza della legge generale sul procedimento amministrativo, elaborata dalla Commissione Nigro, prevedeva che *«l'attività amministrativa deve svolgersi in modo sollecito, semplice ed economico. Essa si ispira al principio di libertà delle forme. Quando sono prescritte forme procedurali, il procedimento è vincolato, oltre che al rispetto delle norme della presente legge, esclusivamente a quello delle di-*

71 Ancora M. CAFAGNO, *op. ult. cit., loc. cit.*, che conclude dunque che *«il contenimento della discrezionalità, per finalità di controllo, va coniugato col bisogno di variabilità, in funzione dell'efficienza»*.

72 Così M. CERUTI, *La motivazione relativa alla procedura negoziata: obbligo o facoltà?*, in *www.ap-paltiecontratti.it*, il quale ha altresì evidenziato *«una atavica renitenza ad usare l'istituto de quo per le concessioni di lavori e per gli affidamenti più complessi, quindi proprio dove sarebbe ragionevole aspettarsi una certa interazione fra le parti, per il timore di abusi nella discrezionalità amministrativa e pratiche di malaffare»*.

73 Cfr. M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della Pubblica Amministrazione*, Giuffrè, 1966. Su questi profili v. M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in M. RENNA, F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, pp. 493 ss.

sposizioni che lo riguardano. Le pubbliche amministrazioni non possono aggravare il procedimento se non per gravi e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria»⁷⁴.

Ma, richiamandoci ancora alla dottrina che più ampiamente ha analizzato questi temi, possono utilizzarsi argomentazioni proprie anche degli economisti, come ha provato a fare anche la Commissione di redazione dello schema del Codice, non sempre poi seguita dal legislatore (v. *supra* la questione del diritto di prelazione nella finanza di progetto): essi mettono in luce che non è solo l'efficienza dell'attività amministrativa a essere pregiudicata dalle procedure eccessivamente rigide, ma anche la sua efficacia, in particolare con riferimento ai contratti di lunga durata, nei quali le criticità esecutive minacciano di vanificare gli eventuali benefici dell'originaria competizione per il mercato⁷⁵.

Certamente, come acutamente osservato, l'esercizio del potere di scelta discrezionale in merito alla scelta delle procedure «*richiede competenza e qualificazione, e implica responsabilità*»⁷⁶.

Si deve dunque ritenere oggi che, anche sul piano del diritto positivo, sia ormai acquisita una lettura che valorizzi una visione delle gare pubbliche non come rigido sistema procedurale, bensì quali procedimenti maggiormente fluidi o che, comunque, consentano una piena esplicazione della discrezionalità dell'amministrazione, al fine di garantire una efficiente allocazione delle risorse, nell'ambito della quale quindi trovano fertile terreno tutti gli strumenti di PPP,

74 Sui lavori della commissione v. R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, in RTDP, 2010, p. 667 e ss.

75 Sempre M. CAFAGNO, *Risorse decisionali*, *cit.*, che, nel riprendere il lavoro di O. E. WILLIAMSON, *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, in *Le istituzioni economiche del capitalismo* (trad. it), 1986, pp. 485 ss., afferma dunque che «*in corso d'esecuzione riemerge la distribuzione asimmetrica delle informazioni e le parti, sotto il velo dell'incertezza, hanno buon gioco nel lamentare imprevisti e quindi nel premere, sinceramente o pretestuosamente, per la ritrattazione degli impegni originari. Per questa via si giunge inesorabilmente a constatare che la rigidità procedimentale, lungi dall'esorcizzare il potere discrezionale, finisce più semplicemente col procrastinarne l'esercizio al momento dell'esecuzione, spingendolo per paradosso in un cono d'ombra anche più temibile, sul piano delle esigenze di prevenzione della corruzione*».

76 R. De NICTOLIS, *Le procedure di scelta del contraente*, *cit.*, che ciò afferma proprio nella ritenuta convinzione che, già con il Codice del 2016, «*alle stazioni appaltanti viene fornito un ampio menu tra cui scegliere la procedura di gara più adeguata ai propri obiettivi. Viene restituito alle stazioni appaltanti un "potere di scelta discrezionale", che la passata legislazione sui lavori pubblici ha sempre cercato di limitare*».

rispetto ai quali il quadro normativo ed ermeneutico applicabile pare maturo per un loro crescente utilizzo.

E tuttavia, mai fu più appropriato concludere che, se ciò sia vero, *lo scopriremo solo vivendo*.