

STUDI  
E DISCUSSIONI  
SUL DIRITTO  
DELL'IMPRESA  
1/2020

# ANALISI GIURIDICA DELL'ECONOMIA

## SOMMARIO

Editoriale

### CONTRIBUTI

Guido Melis, *Un episodio dello Stato liberale: la sconfitta dei tecnici e l'emarginazione degli «economisti»*

Marco Macchia, *I rapporti tra burocrazia italiana e burocrazia europea*

Eugenio Bruti Liberati, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*

Bernardo Giorgio Mattarella, *Burocrazia «normativa»: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*

Fulvio Cortese, *La burocrazia «incolpevole». Gli intrecci di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali*

Gabriele Bottino, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*

Giuseppe Franco Ferrari, *I costi del non fare*

Marcello Clarich, *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*

Piera Maria Vipiana e Matteo Timo, *Semplificazioni e liberalizzazioni amministrative da prendere sul serio*

Alessandro Pajno, *Processo amministrativo e processo economico*

Gian Franco Cartei, *I freni negli interventi infrastrutturali. Strumenti di partenariato pubblico-privato e qualità di redazione normativa del Codice dei contratti pubblici*

Sandro Amorosino, *«Nobiltà» (dei proclami politici) e «miseria» (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili*

Alfonso Celotto, *La burocrazia digitale*

Gian Domenico Mosco, *Sussidiarietà orizzontale, imprese, burocrazia*

### SCHEDE

di Luisa Sciandra, Tommaso Orlando e Giacomo Roma

### INTERVISTE

Giuseppe Franco Ferrari, *Intervista a Giuseppe Sala*

Gian Domenico Mosco, *Intervista ad Antonio Uricchio*

€ 37,00



Grafica: Alberto Bernini ISSN 1720-951X

AGFE 1/2020

BUROCRAZIA ED ECONOMIA

 il Mulino

STUDI  
E DISCUSSIONI  
SUL DIRITTO  
DELL'IMPRESA

1/2020

# ANALISI GIURIDICA DELL'ECONOMIA

## BUROCRAZIA ED ECONOMIA COVID, ULTIMA SPIAGGIA?

A CURA DI

MARCELLO CLARICH

GIUSEPPE FRANCO FERRARI

GIAN DOMENICO MOSCO

 il Mulino

STUDI  
E DISCUSSIONI  
SUL DIRITTO  
DELL'IMPRESA

1/2020

# ANALISI GIURIDICA DELL'ECONOMIA

---

## **Burocrazia ed Economia**

*Covid, ultima spiaggia?*

a cura di Marcello Clarich, Giuseppe Franco Ferrari,  
Gian Domenico Mosco

3 Editoriale

### CONTRIBUTI

---

- 13 Guido Melis, *Un episodio dello Stato liberale: la sconfitta dei tecnici e l'emarginazione degli «economisti»*
- 27 Marco Macchia, *I rapporti tra burocrazia italiana e burocrazia europea*
- 51 Eugenio Bruti Liberati, *Le autorità amministrative indipendenti. Virtù e vizi di un modello istituzionale*
- 75 Bernardo Giorgio Mattarella, *Burocrazia «normativa»: il valore della legge e il ruolo dell'amministrazione*
- 99 Fulvio Cortese, *La burocrazia «incolpevole». Gli intrecci di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali*
- 117 Gabriele Bottino, *La burocrazia «difensiva» e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*
- 147 Giuseppe Franco Ferrari, *I costi del non fare*

## INDICE

- 169 Marcello Clarich, *Perché è difficile fare riforme della pubblica amministrazione utili all'economia*
- 183 Piera Maria Vipiana e Matteo Timo, *Semplificazioni e liberalizzazioni amministrative da prendere sul serio*
- 207 Alessandro Pajno, *Processo amministrativo e processo economico*
- 239 Gian Franco Cartei, *I freni negli interventi infrastrutturali. Strumenti di partenariato pubblico-privato e qualità di redazione normativa del Codice dei contratti pubblici*
- 255 Sandro Amorosino, «Nobiltà» (dei proclami politici) e «miseria» (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili
- 265 Alfonso Celotto, *La burocrazia digitale*
- 275 Gian Domenico Mosco, *Sussidiarietà orizzontale, imprese, burocrazia*

## SCHEDE

---

- 287 Luisa Sciandra, *Composizione quantitativa e qualitativa del personale della Pubblica Amministrazione*
- 313 Tommaso Orlando e Giacomo Roma, *La difficoltà di fare impresa in Italia*

## INTERVISTE

---

- 331 Giuseppe Franco Ferrari, *Quando la burocrazia funziona. Intervista a Giuseppe Sala su EXPO 2015*
- 341 Gian Domenico Mosco, *ANVUR: non burocrazia ma risorsa, anche economica. Intervista ad Antonio Uricchio*

# I freni negli interventi infrastrutturali

## Strumenti di partenariato pubblico-privato e qualità di redazione normativa del Codice dei contratti pubblici

---

### 1. PREMESSA

---

È nota la carenza di infrastrutture nel nostro Paese, così come conosciuta è la difficoltà di realizzarle. Varie sono le cause; alcune affondano le radici nella fragilità del tessuto amministrativo e nell'instabilità del circuito politico; altre, invece, si annidano nei labirinti della disciplina normativa: instabile e farraginoso, da qualche tempo si estende fin nei recessi della *soft law*. Malgrado i risultati annunciati, la realtà, purtroppo, si incarica di smentire i buoni propositi del legislatore esponendoli a rapidi *coups de viellesse*. Nella disciplina delle opere pubbliche, infatti, gli istituti nascono e deperiscono in cicli brevi. Inevitabile, dunque, il soccorso della giurisprudenza: dinanzi ad un dettato normativo ambiguo troppo spesso è chiamata a compiti di supplenza normativa. Nella pubblica opinione sembrano poco avvertiti gli effetti prodotti dalla disciplina delle opere pubbliche sulle condizioni di vita dei cittadini. Dalle opere pubbliche, del resto, la politica si aspetta scarsi dividendi elettorali.

Le brevi considerazioni che seguono si riferiscono a quel *corpus* di norme riferite al fenomeno del partenariato pubblico-privato (PPP). Occorre, tuttavia, premettere un *caveat*. Siamo, infatti, sulla soglia di una nuova stagione di semplificazione amministrativa. Difficile sapere se la riforma annunciata sia all'altezza delle attese e, soprattutto, dei risultati promessi. Quella in corso, del resto, segue un'altra riforma di poco anteriore, a sua volta improntata, almeno secondo le parole dei suoi fautori, alla semplificazione delle procedure di gara e di realizzazione delle opere pubbliche. Ogni considerazione in tema non può prescindere dalla considerazione che nella materia delle opere pubbliche si sono succeduti centinaia di provve-

dimenti normativi nell'arco di un quarto di secolo, quasi tutti annunciati come risolutivi dei problemi della disciplina.

In realtà, i problemi che affliggono i contratti di partenariato sono in larga misura comuni a tutti i contratti pubblici, a cominciare da quelli posti dal nostro policentrismo amministrativo e normativo, dalla proliferazione delle strutture amministrative di riferimento, dai tempi dei decisori politici e, non ultimo, dalla condotta, difensiva ed omissiva ad un tempo, dei pubblici funzionari troppo spesso timorosi per le proprie responsabilità (Cassese, 2020).

In questo quadro è parso utile limitare l'analisi ad alcuni profili esegetici che più di altri sembrano fornire un quadro dei caratteri e dei limiti della disciplina sul PPP. Se è vero, infatti, che siamo dinanzi a strumenti che presentano una notevole complessità procedurale è, altresì, vero che proprio per questo il dato normativo dovrebbe fornire chiare indicazioni sul loro uso, pena altrimenti il loro insuccesso. In realtà, la disciplina presenta un'evoluzione tutt'altro che lineare già sotto il profilo delle definizioni. Emblematica la vicenda della medesima definizione di PPP. Ed è su questo aspetto che saranno svolte alcune considerazioni preliminari.

## 2. ALLA RICERCA DELLA NOZIONE DI PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO

Ai contratti denominati di partenariato si attribuiscono tradizionalmente numerosi benefici per l'amministrazione e gli utenti dei servizi: efficienza gestionale, qualità dei servizi, trasferimento dei rischi al privato, superamento dei vincoli di spesa pubblica, valutazione attendibile dei benefici attesi dall'operatore pubblico in luogo del tradizionale finanziamento del bilancio pubblico (Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica, 2018). Malgrado i vantaggi enunciati, tuttavia, il ricorso a tali contratti da parte delle amministrazioni appare limitato. La contingenza storica, caratterizzata da una crisi economica oramai perdurante da più di un decennio, giustifica, ma non spiega tutto. Del pari, neppure spiega a sufficienza la capacità operativa delle amministrazioni, troppo spesso attratte soprattutto dai benefici di breve periodo forniti da questi strumenti. Una parte consistente delle ragioni del limitato ricorso a questi contratti va ricercata, a parere dello scrivente, nelle difficoltà interpretative poste dalla medesima disciplina normativa, la cui incertezza emerge già nella nozione di contratto di PPP.

La prospettiva storica aiuta solo in parte a comprendere il presente, in quanto il principio contenuto nella vecchia legge 24 giugno 1929, n. 1137,

secondo cui l'esecuzione delle opere pubbliche mediante l'istituto della concessione poteva avvenire «anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse», appartiene, infatti, oramai al passato (Sandulli, 1967). Il quadro attuale rispecchia un'impostazione assai diversa cresciuta a ridosso della transizione del ruolo dello Stato da operatore diretto a regolatore del mercato. La crisi dei debiti sovrani, la ridotta capacità della finanza pubblica, l'accento posto sulle esigenze del mercato e l'enfasi sul principio di concorrenza hanno, infatti, nel tempo mutato il paradigma del rapporto concessorio che, dismessi gli antichi panni pubblicistici, si atteggia oramai in larga misura come un contratto. La mano del legislatore sovranazionale ha plasmato nel tempo una nuova disciplina dell'istituto, da un lato, differenziandolo dal contratto di appalto, dall'altro dando vita ad un altro modo di realizzare le opere pubbliche fondato sulla capacità del mercato di intercettare al meglio l'interesse pubblico del soggetto concedente. Su questo sfondo si è collocata l'elaborazione concettuale del PPP di cui la concessione rappresenta allo stato l'espressione compiuta.

Eppure, per quanto quello partenariale sia evocato tuttora a modello generale di riferimento, appare difficile individuare un istituto giuridico vero e proprio (Chiti, 2015; Travi, 2013). In vero, il tema delle concessioni era già stato trattato in una fondamentale Comunicazione interpretativa della Commissione del 2000, in cui l'istituto era stato tratteggiato con riguardo al corrispettivo contrattuale del concessionario, alla responsabilità della gestione ed alla ripartizione dei rischi (Commissione, 2000). Ulteriori apporti ricostruttivi erano stati formulati nei documenti successivi dell'esecutivo europeo, come nel Libro verde del 2004, in cui erano stati approfonditi i profili essenziali della materia. Malgrado la rilevanza attribuitagli, il PPP in quanto tale non ha mai ricevuto a livello europeo una autonoma configurazione normativa rispetto al contratto di concessione che è così diventato il modello contrattuale di riferimento alternativo all'appalto (Viconte, 2019). Nonostante ciò, la nozione di PPP, eclissatasi tra le maglie del diritto europeo, è riemersa in quello nazionale. Emblematica sul punto la disposizione di cui all'art. 3, comma 15 *ter* del previgente Codice dei contratti pubblici del 2006, in cui, peraltro, la disciplina del PPP appariva povera di indicazioni su aspetti cruciali quali le procedure di aggiudicazione contrattuale, la ripartizione dei compiti e dei rischi tra i contraenti e le vicende legate alle variazioni contrattuali.

La nozione di PPP è restata sotto traccia anche nella direttiva 2014/23/UE sulla disciplina del contratto di concessione (Greco, 2014; Fidone, 2016). Forse anche per tale ragione, il codice del 2016 all'art. 3, primo comma, lett. *eee*) ha preferito adottare una definizione molto ampia, se-

condo caratteri in larga misura riferibili al contratto di concessione (Botto e Castrovinci Zenna, 2020).

È plausibile ritenere che anche la mancanza a livello europeo di una nozione di contratto di PPP sia alla base della configurazione «generalista» della concessione, estesa alle così dette *opere fredde*, in cui è la medesima amministrazione aggiudicatrice ad essere destinataria del servizio (Ricchi, 2014). Le perplessità sul punto sono note e non del tutto ingiustificate, giacché, secondo una diffusa impostazione, la concessione è istituto connaturato a quelle opere capaci di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi (*opere calde*); diversamente il rischio è che si consenta l'aggiramento dei limiti dell'indebitamento pubblico e delle procedure di aggiudicazione proprie del contratto di appalto. Ad ogni modo, malgrado ogni incertezza (Greco, 2014), già la lettera del considerando n. 18 della direttiva sembra consentire la lettura menzionata, lettura, in vero, già consentita dal Codice previgente all'art. 143, nono comma, e confermata dal Codice attuale proprio con i contratti di PPP (Cartei, 2018).

In realtà, proprio il riferimento alle opere fredde introduce un altro elemento critico della disciplina costituito dalla metodologia prescelta anche in Italia per la contabilizzazione degli investimenti pubblici ai fini della classificazione delle operazioni finanziarie che rientrano o meno nel Patto di Stabilità. Nella decisione dell'Ufficio statistico europeo (*Eurostat*) del 2004 sul trattamento contabile delle operazioni di PPP nel bilancio pubblico si è stabilito, infatti, che tali operazioni sono registrabili fuori del bilancio delle amministrazioni aggiudicatrici (*off balance*) a condizione che sussista un sostanziale trasferimento del rischio a carico del soggetto privato (Botto e Castrovinci Zenna, 2020). In tali circostanze l'opera, infatti, può essere contabilizzata nel bilancio del soggetto privato soltanto se risulta trasferito, oltre al rischio di costruzione, almeno uno tra i rischi di domanda e di disponibilità (Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 10 luglio 2019). Il modello di regolazione contabile, imperniato oltre che sulla suddetta decisione, altresì sulle indicazioni contenute nel «ESA 95 – Manual on Government Deficit and Debt (MGDD)», incide sul ricorso alle operazioni in oggetto in quanto occorre una chiara valutazione e rilevazione dei rischi in capo ai soggetti nelle operazioni in esame. In realtà, la proliferazione di forme contrattuali diverse, alcune rientranti nel modello concessorio, altre in quello dei PPP, rischia di creare confusione con il modello europeo su ciò che è classificabile *off balance* e *on balance* (Martiniello, 2015, p. 444 ss.). Sussiste, inoltre, il pericolo che i contratti di PPP «siano influenzati dal trattamento statistico preferito anziché dal principio secondo cui i rischi dovrebbero essere sostenuti dalla parte più

idonea a gestirli e a ottenere il miglior rapporto benefici/costi» (Corte dei Conti Europea, 2018).

Proprio la necessità di chiarezza sulle modalità di contabilizzazione costituisce una delle ragioni alla base della distinzione tra il modello concessorio e le altre figure contrattuali di PPP (Cartei, 2019). Sorprende, pertanto, che il Codice vigente contempra tra le figure di PPP istituti tra loro eterogenei e menzioni nella norma di cui all'art. 180, ultimo comma, la finanza di progetto, istituto, invero, riferibile alla concessione, e la concessione di costruzione e gestione, ricorrendosi così ad una denominazione oramai giuridicamente superata. Appare chiaro che, se non si vuole che il codice sia lo strumento solo per pochi iniziati, occorra un uso accorto degli istituti. La conseguenza, altrimenti, è quella di alimentare una notevole confusione a detrimento della loro applicazione.

Al di là di ulteriori elementi esegetici, in vero, è la medesima sistematica del Codice a creare le maggiori perplessità. La scelta di proporre in forma distinta l'istituto della concessione e quello del PPP può risultare legittima, malgrado altri ordinamenti abbiano seguito strade diverse. Quello spagnolo, ad esempio, disciplina unicamente il contratto di concessione, non quello di PPP. Nel nostro ordinamento la scelta, tuttavia, seguita non sembra riflettere con chiarezza la logica di fondo. L'alternativa tra concessione e contratti di PPP riflette diverse tipologie di opere, spettando alla concessione le opere calde ed ai PPP quelle fredde?

L'impressione è che anche su questo aspetto il codice tradisca una certa confusione di concetti e di intenti. Si prenda in esame un aspetto cruciale della disciplina quale quello sulle fonti di remunerazione dell'operatore privato (Ricchi, 2016). La norma di cui all'art. 180, primo comma, del Codice per i contratti di partenariato allude, oltre che ai ricavi di gestione provenienti dal canone riconosciuto dall'ente concedente, altresì, ad ogni altra forma di contropartita economica ricevuta dall'operatore economico «anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna». A sua volta la disposizione di cui al successivo comma 3 allude ai «casi di attività redditizia verso l'esterno [...]», e la norma di cui al quinto comma attribuisce all'amministrazione aggiudicatrice la scelta di rimettere «la remunerazione del servizio allo sfruttamento diretto della stessa da parte dell'operatore economico, che pertanto si assume il rischio delle fluttuazioni negative di mercato della domanda del servizio medesimo». Appare evidente che i ripetuti riferimenti ai ricavi da utenza rischiano di alterare ogni differenza tra i contratti di PPP e quello di concessione, in tal modo legittimando un uso promiscuo dei contratti di partenariato per qualsiasi tipo di opera pubblica, incluse

quelle tradizionalmente caratterizzate dalla remunerazione del servizio da parte del mercato.

Se occorre scartare come inadeguata ogni soluzione interpretativa che configuri le fattispecie di cui agli articoli 165 e 180 del Codice come schemi contrattuali fungibili e reversibili, giacché ciò sarebbe in contrasto con la direttiva europea del 2014, con il regime di contabilità delle operazioni di partenariato e con la decisione di Eurostat, occorre chiarire quando la remunerazione del privato deve essere attribuita dall'amministrazione e quando deve essere fornita dagli utenti del servizio (Bovis, 2014), pena altrimenti una confusione concettuale con inevitabili complicazioni applicative.

### 3. LE PROCEDURE DI SCELTA DEL CONTRAENTE

---

Un altro profilo su cui merita formulare qualche considerazione critica riguarda la procedura di scelta del contraente. La disposizione di cui all'art. 166 del Codice prevede che «le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario [...]».

Come noto, il principio della concorsualità ha faticato ad imporsi nella materia delle concessioni in quanto si è a lungo ritenuto che il procedimento di scelta del contraente privato non richiedesse il ricorso alle procedure di evidenza pubblica proprie dell'appalto (Pellizzer, 1990; Caranta, 2012). Ed è principalmente su tale aspetto che la disciplina europea ha spiegato nel tempo il proprio effetto unificante al fine di contenere la libertà lasciata alle scelte discrezionali delle amministrazioni e conformare il regime giuridico della concessione di lavori pubblici alle regole dell'evidenza pubblica (D'Alberti, 1981; Fracchia, 2007; Sorace e Marzuoli, 1989).

Il suggello definitivo di tale impostazione è stato dato con la norma di cui all'art. 144 del d.lgs. n. 163/2006 che, con riguardo alle procedure di affidamento, ha previsto che queste avvengano «con procedura aperta o ristretta». E ciò si spiega con la preoccupazione di evitare ogni deviazione dalle canoniche procedure di evidenza pubblica al fine, ai sensi dell'art. 2, primo comma, di «garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza», nonché «rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità [...]» (Clarich, 2013).

È noto quale sia stato il fine perseguito: la compressione del potere discrezionale (Clarich, 2015). In realtà, l'assunzione dell'evidenza pubblica a strumento idoneo per qualsiasi schema negoziale non appare scevra da inconvenienti (Cintioli, 2020). Se, per un verso, conferma la sua validità per contenuti contrattuali semplici e standardizzati, per l'altro denuncia i propri limiti dinanzi a strutture contrattuali complesse come le concessioni (Cafagno, 2001), in cui la generalizzazione del ricorso all'evidenza pubblica, se affidato unicamente a meccanismi automatici e precostituiti rischia di sterilizzare ogni possibilità di confronto sul caso singolo (Comporti, 2007). Il contratto di concessione non mira, infatti, unicamente alla convenienza dei prezzi o alla minimizzazione dei costi, ma anche all'individuazione della soluzione più vantaggiosa alla luce delle condizioni del mercato delle opere pubbliche, dei compiti dell'amministrazione e, non ultimo, dei caratteri peculiari dell'opera e del servizio richiesti. Di conseguenza, l'inasprimento delle regole concorsuali, se non commisurato alle finalità della disciplina, rischia di obliterare variabili di giudizio, di natura economica ed extraeconomica, preordinate non soltanto all'efficienza del mercato, ma anche dell'amministrazione.

In tal senso ha sempre depresso l'elaborazione interpretativa della Commissione Europea, mai smentita, peraltro, dalla Corte di Giustizia. Proprio la Commissione Europea già nella ricordata Comunicazione del 2000, nel ricordare che le concessioni sono soggette alle norme e ai principi del Trattato, ha affermato, infatti, che «[...] il concedente è libero di scegliere la procedura più appropriata e, in particolare, una procedura negoziata» (Cafagno, 2010). E tale risulta l'impostazione seguita da ultimo dalla direttiva n. 2014/23/UE in cui il principio della concorsualità e del rispetto delle procedure di gara è bensì ribadito, ma integrato da regole improntate alla flessibilità ed al dialogo tra il soggetto concedente e gli aspiranti concessionari (Chiti, 2015, pp. 14 ss.). Già la disposizione di cui all'art. 30 che apre il Titolo II della direttiva, concernente i principi generali e le garanzie procedurali, stabilisce che gli enti concedenti sono «liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva» (Fidone, 2015). E se è vero che il principio di libertà procedurale deve tener conto delle disposizioni specifiche che lo regolano, è vero, altresì, che appare inequivocabile il segnale offerto dal legislatore europeo a favore di soluzioni concorsuali diverse da quelle proprie degli appalti e improntate a maggiore adattabilità al caso concreto (Giani, 2015).

Appare sintomatico che la disciplina europea non indichi né le procedure utilizzabili dalle stazioni concedenti, né i criteri di aggiudicazione, limitandosi l'art. 41 della direttiva a stabilire le modalità cui deve attenersi l'amministrazione per la loro individuazione. Ma il dato esegetico più

pregnante rispetto agli stessi canoni europei appare quello contenuto nella disposizione di cui all'art. 37, sesto comma: «L'amministrazione aggiudicatore o l'ente aggiudicatore può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti». Non pare contestabile che l'elemento della negoziazione assuma natura di principio generale della procedura selettiva, in linea almeno teorica persino al di là dalle modalità contemplate dalla direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici in materia di procedura competitiva con negoziazione e dialogo competitivo. Allo stesso tempo non pare contestabile neppure che tale principio debba declinarsi in ambito nazionale secondo chiare indicazioni di metodo per superare la nota scarsa capacità delle amministrazioni a confrontarsi con la parte privata (Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica, 2018).

Alla luce di queste brevi considerazioni non appare, pertanto, soddisfacente il labile riferimento offerto dal Codice vigente all'art. 166. Il richiamo alla libertà procedurale di scelta del contraente, se appare sicuramente una novità rispetto al dettato normativo previgente, risulta, infatti, insufficiente là dove non declina in alcun modo le modalità applicative del principio, la cui mera enunciazione rischia di fornire il pretesto per contestazioni e contenziosi (Greco, 2014). Del resto, la disciplina della negoziazione non avrebbe richiesto – né, in vero, consigliato - particolari elaborazioni, ma solo l'indicazione di alcuni profili procedurali atti a fornire all'amministrazione una guida per la sua applicazione. Sul punto potevano essere raccolte e sviluppate le indicazioni contenute nella *soft law* della Commissione o meglio articolate le previsioni della medesima direttiva del 2014, magari con un rinvio esplicito alle figure del dialogo competitivo, della procedura competitiva negoziata o del partenariato dell'innovazione quali modelli di riferimento. Si tratta, come noto, di procedure caratterizzate da un ampio margine di discrezionalità delle stazioni appaltanti e che, forse per questo, sono state oggetto sinora di scarso impiego da parte delle amministrazioni. Malgrado le scarse regole procedurali che caratterizzano queste procedure (ANAC, 2019), il loro richiamo avrebbe quantomeno sortito l'effetto di indicare una delle sedi naturali per il loro espletamento e di fornire un criterio, seppur minimo, di schema procedurale di garanzia per le amministrazioni, tradizionalmente restie a sperimentare soluzioni procedurali innovative per timore di esporsi alle censure dei concorrenti.

Il silenzio del legislatore, in un panorama in cui le procedure di aggiudicazione contrattuale costituiscono anche nei modelli partenariali un ostacolo alla realizzazione delle opere pubbliche, appare così più un freno che un incentivo al ricorso al principio di cui all'art. 166, con il pericolo che le amministrazioni scelgano le modalità procedurali tipiche delle gare di

appalto. Le procedure di scelta del contraente, come noto, sono uno dei luoghi di elezione dell'amministrazione difensiva.

#### 4. ESECUZIONE E RINEGOZIAZIONE DEL CONTRATTO: DISCIPLINA NEGOZIALE E FATTI MODIFICATIVI DELL'EQUILIBRIO ECONOMICO-FINANZIARIO

---

Un altro profilo critico della disciplina, per più aspetti connesso al precedente, è quello che riguarda le sorti del rapporto negoziale all'insorgere di circostanze esterne al contratto tali da provocare una lesione dell'equilibrio economico-finanziario pattuito. La questione, presente da tempo nelle cronache, ha assunto proprio di recente una notevole rilevanza in concomitanza con la pandemia che ha interessato anche il nostro Paese e che ha prodotto la paralisi o, quantomeno, il rallentamento di molte attività imprenditoriali oggetto di contratti di concessione e partenariato.

In una prospettiva generale, la sopravvivenza del contratto rappresenta un interesse comune ai contraenti, all'amministrazione per la necessità di garantire la fruizione di un pubblico servizio e le relative esternalità alla collettività, all'operatore privato per l'esigenza legata al profitto d'impresa. La reciproca dipendenza delle parti contrattuali, ad ogni modo, non deve essere sopravvalutata. Si tratta, infatti, di conciliare due esigenze distinte: la necessità che l'amministrazione non contravenga al principio che vuole l'attività svolta dal contraente privato rispettosa della disciplina sul trasferimento al medesimo del rischio di gestione; l'esigenza di evitare che l'operatore privato si trovi a far fronte anche a quelle evenienze che, estranee alla corretta gestione della propria attività d'impresa, possano determinarne la cessazione.

La questione chiama in causa la nozione di rischio dell'operatore privato, in particolare se questa debba comunque prevalere sino ad abbracciare ogni sorta di circostanza successiva al momento della stipula del contratto, oppure, al contrario, vi siano casi in cui la situazione sopravvenuta legittimi la richiesta di revisione delle condizioni contrattuali originariamente pattuite. In questo quadro centrale appare la nozione di equilibrio economico-finanziario: l'equilibrio contrattuale, infatti, è, in primo luogo, l'equilibrio economico-finanziario prodotto dall'utile ricavato dall'operatore privato dalla gestione dell'opera o del servizio e che, ai sensi dell'art. 3, primo comma, lett. *fff*) riguarda sia la convenienza economica che la sostenibilità finanziaria del progetto.

A lungo focalizzato sulla procedura di gara, il diritto europeo ha mutato prospettiva ed allargato la propria disciplina all'esecuzione del contratto con la direttiva 2014/23/UE assumendo che i contratti di concessione «generalmente comportano disposizioni tecniche e finanziarie complesse e di lunga durata, soggette ai mutamenti delle circostanze» (cons. n. 75) e che possono insorgere circostanze esterne al contratto che non era possibile prevedere al momento dell'aggiudicazione (cons. 76) (Ricchi, 2015). La disciplina europea, fatto salvo il divieto di una modifica complessiva della natura della concessione, non cristallizza, pertanto, la disciplina contrattuale all'insorgere di determinate circostanze, limitando, ai sensi dell'art. 5, l'assunzione del rischio operativo da parte del concessionario al permanere di «*condizioni operative normali*». Del resto, alla possibilità di modificare il regime contrattuale a seguito di circostanza imprevedibili si riferisce, altresì, la disposizione di cui all'art. 43, comma 1, lett. c).

Malgrado le aperture del diritto europeo la disciplina nazionale mostra notevole incertezza sul punto. In passato la norma di cui all'art. 143 del Codice previgente prevedeva che in determinate circostanze – in cui si fossero verificate variazioni dei presupposti o delle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario della gestione, a causa dello *ius variandi* esercitato dalla medesima amministrazione aggiudicatrice o del *factum principis* imputabile ad indirizzi normativi o regolamentari sopravvenuti – fosse possibile per il concessionario ottenere, pena l'esercizio del diritto di recesso, una revisione contrattuale mediante una rideterminazione delle condizioni di equilibrio.

L'attuale disciplina nazionale sembra superare i limiti posti dalla normativa previgente. Allo stesso tempo, tuttavia, appare difficile trovare un parametro di giudizio operativo per i casi in cui l'evento sopravvenuto incida sull'equilibrio economico-finanziario della gestione. In realtà, la sottovalutazione del problema della revisione postuma dell'accordo originario, anche a causa di ricorrenti situazioni di asimmetria informativa, può non solo vanificare il risultato della selezione originaria, ma compromettere l'esistenza medesima del servizio (Cafagno, 2020; Giannelli, 2012).

Il problema, come accennato, si è acuitizzato di recente nel corso della crisi economica sorta a seguito della pandemia da Covid-19, ma, in realtà, potrebbe ripresentarsi in varia veste in occasione di altri eventi e calamità. Ai sensi dell'art. 3, come accennato, il rischio operativo attiene alle «*condizioni operative normali*», per tali intendendosi «l'insussistenza di eventi non prevedibili». Il significato della disposizione non appare chiaro, specie alla luce dell'insegnamento della Corte di Giustizia, secondo cui il rischio

del concessionario consiste «nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio» (sentenza *Stadler* 2011).

Ma il punto forse più controverso riguarda la disciplina degli articoli 165, comma 6, e 182, comma 3, secondo cui «il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio».

A quali fatti si riferisce la norma? Di certo non a tutti quelli non riconducibili al concessionario, pena altrimenti lo snaturamento della disciplina della concessione, né probabilmente soltanto a quelli classificabili come eventi estremi di sistema, quali gli eventi naturali riconducibili alla forza maggiore, o le crisi economiche eccezionali, quali possono essere improvvise crisi di liquidità. Almeno stando all'esperienza odierna, anche al netto di una crisi economica assai acuta, possono sussistere situazioni che, pur non essendo di estrema gravità, determinano il mutamento delle condizioni economiche del mercato compromettendo l'equilibrio economico-finanziario della gestione sino a determinare la cessazione del servizio (Corte dei Conti Europea, 2018). In tutti questi casi appare difficile decretare semplicemente la cessazione dell'efficacia contrattuale, giacché il contratto non è posto soltanto nell'interesse privato quanto anche nell'interesse pubblico alla erogazione dell'attività. E sul punto occorre sottolineare che la dimensione trilaterale della concessione (Botto, 2020; Goisis, 2015) segnala che l'attività dell'operatore privato costituisce un servizio pubblico per l'amministrazione, su cui incombe, pertanto, l'obbligo di garantirne la continuità (Cintioli, 2020b).

In secondo luogo, occorre interrogarci in che cosa consista la revisione del piano economico-finanziario cui fa riferimento il Codice. A causa di una tecnica legislativa non particolarmente felice, non appare chiaro, infatti, quale sia la qualificazione giuridica appropriata per l'espressione «può comportare la revisione». Nel Codice previgente, in vero, si alludeva alla «necessaria revisione» pena, altrimenti, l'esercizio del diritto di recesso da parte del concessionario. La formulazione attuale, apparentemente analoga, sembra solo accennare all'esistenza di una pretesa giuridicamente tutelata alla revisione del piano economico-finanziario (Fantini, 2020). A quali principi applicativi si ispira la norma? Nel silenzio della disposizione le prospettive interpretative paiono ridursi alle seguenti.

Per un verso, si è prospettato il ricorso ai rimedi civilistici (Zaccheo, 2020). La disposizione di cui all'art. 30, ultimo comma, del Codice prevede, del resto, che «per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi [...] alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile». All'uopo viene naturale pensare, specie assumendo che la concessione costituisca un contratto commutativo e non aleatorio, alla disposizione di cui all'art. 1467 c.c. in tema di risoluzione per eccessiva onerosità quale norma fondante un diritto dell'operatore privato ad un riequilibrio economico-finanziario. La norma presenta un ordito che sembra attagliarsi alla fattispecie in esame: onerosità della prestazione in seguito ad avvenimenti straordinari e imprevedibili; superamento della normale alea contrattuale; diritto alla risoluzione; modifica equa delle condizioni di contratto. Inoltre, il diritto alla revisione a favore dell'operatore privato è previsto dal codice civile, altresì, all'art. 1664 in materia di appalto, la cui applicazione è ben conosciuta negli appalti stipulati dalla pubblica Amministrazione (Cintioli, 2020a). La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato, sez. IV, con la pronuncia 12 maggio 2016, n. 3653, pur sottolineando che la peculiare natura della concessione, originata dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, esclude che la disciplina civilistica rappresenti la disciplina ordinaria delle concessioni, ha ritenuto applicabile l'art. 1467 c.c. seppur sulla base di una verifica puntuale del regime contrattuale e dell'effettiva sussistenza di un avvenimento «straordinario ed imprevedibile».

Esiste, tuttavia, un'altra possibile chiave interpretativa basata integralmente sulla disciplina di cui all'art. 165, sesto comma, e dell'analogo principio contenuto nell'art. 182, terzo comma del codice. In tal caso prevale un chiaro approccio conservativo, come tale alternativo ad ogni rimedio risolutorio, giacché la revisione di cui parlano le norme non si atteggia a mera eventualità, ma a necessità che deve essere perseguita dai contraenti. In tale prospettiva l'incongruenza linguistica presente nelle disposizioni (*può*) è solo apparente, alludendosi alla necessità di distinguere i casi in cui l'equilibrio economico-finanziario appare compromesso al punto da impedire la prosecuzione dell'attività/servizio pubblico, dagli altri casi in cui le variazioni intervenute sono pur sempre riconducibili alla disciplina negoziale originaria, o sono comunque riferibili ad entità di modesta rilevanza (ad esempio, modesti mutamenti dei prezzi di taluni materiali di costruzione). In ogni caso, il limite della revisione contrattuale è rappresentato, ai sensi del dettato normativo, dalla rideterminazione delle condizioni di equilibrio secondo gli indicatori di redditività e di capacità di rimborso del debito indicati nel piano economico-finanziario, pena, altrimenti, un arricchimento ingiustificato del concessionario.

Qualunque sia la soluzione interpretativa preferibile, occorre riconoscere che le indicazioni del dettato normativo in esame non paiono sufficientemente chiare. Questo spiega perché gli interpreti sentano sovente il bisogno di un ancoraggio di diritto positivo più solido di quello offerto dal Codice. Il sostegno fornito dal legislatore anche di recente non appare, tuttavia, risolutivo. Non sembra, infatti, riflettere un criterio di chiarezza la disposizione di cui all'art. 3, comma 6 *bis*, del d. l. 23 febbraio 2020, n. 6, secondo cui «il rispetto delle misure di contenimento [...] è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti». La norma, infatti, oltre a non apparire facilmente intellegibile, appare troppo dipendente dalla contingenza storica da cui è stata prodotta per poter esprimere un principio di generale applicazione (Botto, 2020).

Alla stessa contingenza si riferisce, altresì, la disposizione di cui all'art. 92, comma 4 *bis*, del d. l. 17 marzo 2020, n. 18, la quale, al fine di contenere gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica e delle misure di contrasto sui gestori di trasporto pubblico locale e regionale, prevede che «non possono essere applicate dai committenti dei predetti servizi, anche laddove negozialmente previste, decurtazioni di corrispettivo, né sanzioni o penali in ragione delle minori corse effettuate o delle minori percorrenze realizzate a decorrere dal 23 febbraio 2020 e fino al 31 dicembre 2020». Anche in questo caso non è difficile riconoscere che il principio enunciato vale limitatamente ad un breve periodo storico e per un limitato numero di fattispecie.

## 5. PER CONCLUDERE

---

Le brevi riflessioni svolte aiutano a comprendere perché non sia sempre possibile avere eccessiva fiducia nelle capacità risolutive dei contratti di PPP. I profili richiamati, pur nella loro parzialità, svelano quanto sia incerto il cammino delle amministrazioni che decidano di affidarsi a questi strumenti per la realizzazione delle opere pubbliche. Anche tacendo su altri aspetti della disciplina, e tenendo fuori dall'analisi gli utenti finali del servizio ed il soggetto finanziatore del progetto, appare chiaro, infatti, che la materia non è dotata di tutte quelle caratteristiche taumaturgiche che spesso le vengono generosamente attribuite come alternativa alla carenza di risorse pubbliche disponibili.

Occorre riconoscere che i PPP non sono di per sé una scorciatoia rispetto al contratto di appalto, ma costituiscono strumenti sofisticati che richiedono l'esistenza di un'amministrazione pubblica adeguata al confronto con la parte privata. Ma se la capacità dell'amministrazione costituisce un elemento indispensabile per il successo di queste operazioni resta ferma la necessità di un quadro legislativo che sia all'altezza del compito attribuitogli.

Gian Franco Cartei  
Università degli Studi di Firenze  
Dipartimento di Scienze giuridiche  
Via delle Pandette 32  
50127 Firenze  
gianfranco.cartei@unifi.it

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

---

- Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione annuale 2018*, 6 giugno 2019, pp. 165 ss.
- Botto A. (2020), *L'impatto del coronavirus sulle concessioni relative alle mostre di beni culturali*, in «Federalismi.it».
- Botto A. e Castrovinci Zenna S. (2020), *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli.
- Bovis C. (2014), *Public-Private Partnership in the European Union*, New York and London.
- Cafagno M. (2001), *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, Giuffrè.
- Cafagno M. (2010), *Vincoli di gara ed affidamenti concessori nel diritto europeo*, in *Finanza di Progetto. Temi e prospettive (Approfondimenti sistematici e interdisciplinari)*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 398 ss.
- Cafagno M. (2020), *Risorse decisionali e amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Diritto amministrativo*, pp. 35 ss.
- Caranta R. (2012), *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli.
- Commissione delle Comunità Europee (2000), *Comunicazione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 12 aprile.
- Corte dei Conti Europea (2018), *Partenariati pubblico-privato nell'UE: carenze diffuse e benefici limitati*.
- Cartei G.F. (2018), *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, pp. 599 ss.
- Cartei G.F. (2019), *Risks and risk transfer in concessions*, in «European Public Law», pp. 503 ss.
- Cassese S. (2020), *La cascata di regole*, in «Corriere della Sera», 6 luglio.
- Chiti M.P. (2015), *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 3 ss.

Cintioli F. (2020a), *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, Rubettino.

Cintioli F. (2020b), *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, Scritti Scoca.

Circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri 10 luglio 2019, G.U. 24 agosto 2019, n. 198.

Clarich M. (2013), *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in *Negoziazioni pubbliche (Scritti su concessioni e Partenariati Pubblico-Privati)*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, Milano, Giuffrè, 2013, p. 43.

Clarich M. (2015), *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del 61° Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione – Varenna, Milano, Giuffrè.

Comporti G. (2007), *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in «Diritto dell'economia», pp. 240 ss.

D'Alberti M. (1981), *Le concessioni amministrative*, Napoli, Jovene.

Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica (2018), *Partenariato Pubblico Privato (PPP), 100 domande e risposte*.

Fantini S. (2020), intervento al Webinar di Risorgimento giuridico *Concessioni e contratti pubblici di durata al tempo di Covid-19, 11 maggio 2020*, reperibile sul sito della Fondazione Cesifin.

Fidone G. (2015), *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», pp. 102 ss.

Fidone G. (2016), *Il partenariato pubblico privato: una fuga in avanti del legislatore nazionale rispetto al diritto europeo*, in «Diritto dell'economia», pp. 381 ss.

Fracchia F. (2007), *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano, Giuffrè, pp. 250 ss.

Giani R. (2015), *Norme sulle aggiudicazioni e sulle garanzie procedurali e impatto sul Codice*, in *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale scientifica.

Giannelli A. (2012), *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica.

Goisis F. (2015), *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in «Diritto amministrativo», pp. 743 ss.

Greco G. (2015), *La direttiva in materia di «concessioni»*, in «Rivista italiana di diritto pubblico comunitario», pp. 150 ss.

Martiniello L. (2015), *Le regole di contabilizzazione delle operazioni di «Concessione» e di «Partenariato Pubblico Privato» per il soggetto pubblico e privato*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 441 ss.

Pellizzer F. (1990), *Le concessioni di opera pubblica (caratteri e principi di regime giuridico)*, Padova, Cedam, pp. 79 ss.

Ricchi M. (2016), *L'architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici d. lgs. 50/2016*, in «Rivista giuridica del Mezzogiorno», pp. 811 ss.

Ricchi M. (2015), *I contratti di concessione 2.0*, in *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, Editoriale scientifica, pp. 49 ss.

Ricchi M. (2014), *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in «Urbanistica e Appalti», pp. 745.

Sandulli A.M. (1967), *I lavori pubblici*, in *I lavori pubblici*, a cura di A. M. Sandulli, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, Neri Pozza Editore, pp. 57 ss.

Sorace D., Marzuoli C. (1989), *Concessioni amministrative*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, III, pp. 280 ss.

Scoca F.G. (2002), *Autorità e consenso*, in «Diritto amministrativo», pp. 431 ss.

Travi A. (2013), *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*; in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche, Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, Giuffrè.

Viciconte G. (2019), in *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di M. Clarich, collana diretta da R. Villata, *Le nuove leggi amministrative*, Torino, Giappichelli, pp. 1175 ss.

Zaccheo M. (2020), *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da Covid-19*, in «Giustizia civile.com», n. 2, pp. 245 ss.