



NEWS INFRASTRUTTURE

IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Premessa

È stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 77 del 31 marzo 2023 il decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023 (D.Lgs. n. 36/2023), codice dei contratti pubblici (il “**Nuovo Codice**”), in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici, quale riforma promossa dal Piano Nazionale per la Ripresa e la Resilienza (PNRR).

Il Nuovo Codice punta ad una razionalizzazione, riorganizzazione e semplificazione della disciplina vigente sui contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (il “**Codice Vigente**”); resta infatti immutato il quadro normativo europeo di riferimento di cui alle direttive UE 23, 24 e 25 del 2014 in materia di contratti pubblici. È da apprezzare che il Nuovo Codice ha natura “auto-esecutiva” nella misura in cui riporta, per lo più, nei propri allegati la disciplina attuativa di dettaglio, in luogo dei regolamenti e delle varie linee guida. È inoltre previsto che tali allegati siano successivamente sostituiti – sempre quali allegati al codice – da regolamenti adottati con DPR o con Decreto ministeriale ai sensi dell’art. 17 della L. 400/1988. In tale ottica di riordino, le definizioni – che sono state semplificate nei loro contenuti, – sono riportate in un allegato al Nuovo Codice (allegato I.1), evitando tra l’altro la pedissequa riproduzione di definizioni già presenti nelle direttive UE 23, 24 e 25 del 2014.

Il Nuovo Codice, con i relativi allegati, come recita l'ultimo articolo, "entra in vigore" il 1° aprile 2023 e le sue disposizioni acquistano efficacia il 1° luglio 2023. In tal senso, il Codice Vigente è abrogato a partire dal 1° luglio 2023 e le disposizioni di cui al Codice Vigente continueranno ad applicarsi esclusivamente ai procedimenti in corso, per tali intendendosi le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data in cui il Nuovo Codice acquista efficacia, nonché in caso di contratti senza pubblicazione di bandi, le procedure e i contratti in relazione ai quali, alla data in cui il Nuovo Codice acquista efficacia, siano stati già inviati gli avvisi a presentare le offerte (art. 229 del Nuovo Codice).

A livello di struttura il Nuovo Codice è diviso in 5 libri: i) *sui* principi, la digitalizzazione, la programmazione e progettazione; ii) *sull'appalto*; iii) *sull'appalto nei settori speciali*; iv) *sul* partenariato pubblico privato e sulle concessioni v) *sul* contenzioso e l'ANAC. Di seguito si riportano alcune tra le principali novità.

1. Principi (artt. 1-12)

Il Nuovo Codice introduce tre principi cardine, che fungono da criterio interpretativo e applicativo delle disposizioni del medesimo (art. 4) che vengono, per la prima volta, espressamente formalizzati: si tratta del principio del risultato (art. 1), del principio della fiducia (art. 2) e del principio di accesso al mercato, declinato nei principi di concorrenza, di imparzialità e non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità (art. 3).

A tali principi si aggiungono i canoni già noti e codificati, quali quello della buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5); principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale (art. 6); l'auto-organizzazione amministrativa (art. 7); il principio di autonomia contrattuale che include il divieto di prestazioni d'opera intellettuale a titolo gratuito (art. 8); il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9); la tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10) e, infine, il principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore. Inadempienze contributive e ritardo nei pagamenti (art. 11).

Con particolare riguardo al principio di auto-organizzazione e al discendente istituto dell' "**in house**", nell'ottica del superamento dell'atteggiamento fortemente restrittivo nei confronti di tale istituto, come riportato nella relazione illustrativa:

- è chiarito che il ricorso a tale modello gestionale è accomunato all'affidamento mediante il ricorso al mercato e avviene sulla base dei medesimi principi cardine di cui sopra;
- è stata apportata *"una semplificazione della motivazione rispetto all'art. 192, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, tenuto conto che il principio di libera amministrazione determina il superamento dell'onere di motivazione rafforzata, fondato sulla natura eccezionale e derogatoria dell'in house"*; la motivazione è ancorata a ragioni economiche e sociali. In particolare:
 - o la motivazione dà conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità, della congruità economica della prestazione, *"anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale [- invece di "ottimale" ai sensi del Codice Vigente -] impiego di*

- risorse pubbliche*” (non essendo più richiesto di dimostrare le “*ragioni del mancato ricorso al mercato*”);
- in caso di prestazioni strumentali, l’affidamento *in house* “*si intende sufficientemente motivato qualora l’amministrazione dia conto dei vantaggi in termini di economicità, celerità e perseguimento degli interessi strategici*”;
 - non è stato riproposto il procedimento di iscrizione nel registro ANAC, previsto dall’art. 192 del Codice Vigente.

2. Responsabile unico di progetto (art. 15)

Il Nuovo Codice – pur mantenendo inalterato l’acronimo RUP – introduce la figura del responsabile unico del progetto, che sostituisce quella del responsabile unico del procedimento di cui al Codice in quanto opera alla stregua di un *project manager*, per le fasi di programmazione, progettazione, affidamento e per l’esecuzione di ciascuna procedura ovvero progetto pubblico. L’allegato I.2 del Nuovo Codice riprende le Linee guida ANAC n. 3/2016 e disciplina le attività affidate al RUP. Ferma l’unicità del RUP e la sua funzione di supervisione e coordinamento, è consentita la nomina di un responsabile del procedimento per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione e di un responsabile del procedimento per la fase di affidamento. Accanto al RUP possono pertanto essere individuati i cd. responsabili di fase.

3. Termini delle procedure di affidamento (art. 17)

Il Nuovo Codice statuisce che le procedure di gara devono concludersi entro precisi termini massimi, la cui indicazione è contenuta nell’allegato I.3 al Nuovo Codice. Si specifica che il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso.

4. Digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti (artt. 19 - 34)

Il Nuovo Codice attribuisce alla digitalizzazione un ruolo centrale, riguardando l’intero ciclo di vita dei contratti. È inoltre introdotto il principio dell’unicità dell’invio (*once only*), secondo il quale le stazioni appaltanti non richiedono agli operatori economici dati o informazioni che sono già nella loro disponibilità oppure che possono essere acquisiti tramite accesso a banche dati di altre pubbliche amministrazioni. Inoltre, è ribadito il ruolo della Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita presso l’ANAC, nonché del fascicolo virtuale dell’operatore economico – presso la medesima banca dati – per l’acquisizione dei documenti a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per tutte le procedure di affidamento a cui l’operatore partecipa.

5. Progettazione (artt. 41-42)

Nel Nuovo Codice i livelli di progettazione sono due, con abbandono del progetto definitivo. Si tratta del progetto di fattibilità tecnico-economica e del progetto esecutivo, i cui contenuti sono indicati nell'allegato I.7 al Nuovo Codice.

Inoltre, nei contratti di lavori è previsto che la stazione appaltante verifichi la rispondenza del progetto alle esigenze espresse nel documento d'indirizzo alla progettazione. La verifica ha luogo durante lo sviluppo della progettazione in ciascuno dei suoi livelli. In caso di affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione, nonché nei contratti di partenariato, la verifica del progetto di fattibilità tecnico-economica è completata prima dell'avvio della procedura di affidamento, e la verifica del progetto esecutivo redatto dall'aggiudicatario è effettuata prima dell'inizio dei lavori.

6. Appalto Integrato (art. 44)

Il Nuovo Codice reintroduce, per i lavori, la possibilità dell'appalto integrato, superando il divieto generale all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori previsto dal Codice Vigente. Il contratto di appalto di lavori potrà quindi avere come oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori sulla base di un progetto di fattibilità tecnico-economica approvato. Sono esclusi gli appalti per opere di manutenzione ordinaria.

7. Affidamenti sottosoglia di appalti (artt. 48-53)

Il Nuovo Codice prevede una disciplina comune per i contratti di appalto di importo inferiore alle soglie europee.

Tali affidamenti si svolgono nel rispetto dei principi che governano il sopra-soglia, oltre al principio di rotazione – in continuità con le Linee Guida Anac – per cui è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.

Sono previste eccezioni, con conseguente applicazione delle procedure ordinarie, per l'affidamento dei contratti che presentino interesse transfrontaliero certo.

Il Nuovo Codice, confermando la disciplina introdotta dal D.L. n. 76/2020 e prorogata al 30 giugno 2023 dal D.L. 77/2021, individua e definisce le seguenti modalità di affidamento:

- **affidamenti diretti** per lavori **fino a 150.000 €**, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;
- **affidamenti diretti** per servizi e forniture **fino a 140.000€**, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate

esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

- **procedura negoziata senza bando** con consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti e individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici per lavori **da 150.000 € fino ad 1 mln di €**;
- **procedura negoziata senza bando** con consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori **da 1 mln € fino alle soglie europee**;
- procedura negoziata senza bando con consultazione di 5 operatori economici, ove esistenti individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per servizi e forniture **da 140.000 € fino alle soglie europee**.

È in ogni caso previsto che nel caso di affidamenti diretti le stazioni appaltanti indicano nella determina a contrarre, *inter alia*, le ragioni circa la scelta del contraente (art. 17 comma 2). Giova tuttavia precisare che l'affidamento diretto è definito quale "*affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente*" dalla stazione appaltante o ente concedente (Allegato I.1). Ciò al fine di scongiurare – come chiarito dalla relazione illustrativa – l'applicazione di quell'indirizzo giurisprudenziale che, in caso di affidamento diretto "comparativo", ha ritenuto applicabile l'art. 353-bis c.p.

Nelle procedure relative ai contratti sottosoglia la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie salvo che, nelle procedure negoziate senza bando, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta (art. 53).

8. Revisione dei prezzi (art. 60)

Il Nuovo Codice introduce l'obbligo di inserimento di clausole di revisione dei prezzi in tutti i documenti di gara. Tali clausole:

- non devono apportare modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro;
- si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5% dell'importo complessivo;
- operano nella misura dell'80% della variazione stessa (riconoscendo in favore dell'appaltatore l'80% del maggior costo sopportato), in relazione alle prestazioni da eseguire in maniera prevalente.

9. Subappalto (art. 119)

Il Nuovo Codice conferma la disciplina introdotta *post* D.L. 77/2021 convertito in Legge 108/2021 e Legge europea n. 238/2021, in materia di subappalto. Sono in particolare eliminati i limiti percentuali ed è consentito il subappalto “a cascata” (art. 119 comma 17), prima vietato, adeguando ulteriormente l’istituto alla normativa ed alla giurisprudenza europea con la previsione di criteri di valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante.

10. Appalti nei settori speciali (artt. 141-158)

Il Nuovo Codice dedica il libro III alla disciplina degli appalti nei settori speciali (acqua, energia, trasporti, etc.) che – nella delimitazione dell’ambito oggettivo di applicazione e in un’ottica di completezza o “autosufficienza” – opera un’analitica individuazione delle disposizioni dei Libri I e II che trovano applicazione anche nell’ambito dei settori speciali.

Altresì, recependo le indicazioni del diritto dell’Unione europea e della giurisprudenza, il legislatore:

- stabilisce che le imprese pubbliche e i privati titolari di diritti speciali o esclusivi applicano le disposizioni del Libro III con il limite della strumentalità, da intendersi in senso strettamente funzionale;
- rimuove l’obbligo di motivazione aggravata in tema di suddivisione in lotti per i settori speciali.

Inoltre, si prevede che le imprese pubbliche e i privati titolari di diritti speciali o esclusivi abbiano la facoltà di: i) istituire e gestire sistemi di qualificazione degli operatori economici, ii) prevedere una disciplina di adattamento delle funzioni del RUP alla propria organizzazione, iii) specificare la nozione di variante in corso d’opera in funzione delle esigenze proprie del mercato di appartenenza e delle caratteristiche del settore, iv) determinare le dimensioni dell’oggetto dell’appalto e dei lotti in cui eventualmente suddividerlo, senza obbligo di motivazione aggravata e tenendo conto delle esigenze del settore in cui operano.

11. PPP (artt. 174 e ss.)

Il Nuovo Codice, come da tempo auspicato, dedica un apposito libro, il quarto al partenariato pubblico-privato e alle concessioni, superando definitivamente la discutibile ripartizione tra concessioni e contratti di partenariato pubblico privato di cui al Codice Vigente e individua il **partenariato pubblico privato** (PPP) quale *genus* generale – per poi procedere – nell’ambito del medesimo libro IV – alla disciplina delle singole figure di PPP contrattuale.

In aggiunta all’apprezzabile opera sistematica effettuata, il legislatore è altresì intervenuto su più fronti:

- sul **versante definitorio**, il PPP è definito quale “operazione economica”, così da ricomprendere – tra le varie forme di PPP – anche le fattispecie di PPP istituzionale, che restano disciplinate dal d.lgs. 175/2016;
- in relazione agli strumenti di programmazione, è prevista l’adozione di un **programma triennale** delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte mediante forme di PPP;
- in relazione alle **valutazioni preliminari**, è disposto che il ricorso al partenariato pubblico-privato sia preceduto da una valutazione preliminare di **convenienza e fattibilità** che si incentra sull’idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di indebitamento dell’ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale, etc., confrontando la stima dei costi e dei benefici del progetto di PPP nell’arco dell’intera durata del rapporto con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto. Ai fini di suddetta valutazione, nei casi di progetti di interesse statale o finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia già previsto che si esprima il CIPESS, (a) il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo indicativamente superiore a 250 milioni di euro, è prevista la richiesta del parere preventivo del CIPESS, da emettersi entro 45 giorni dalla richiesta, ovvero (b) il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo indicativamente pari o superiore a 50 milioni di euro e inferiore a 250 milioni di euro, è prevista la richiesta del parere preventivo, non vincolante, del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE), da emettersi entro 45 giorni dalla richiesta. In entrambi i casi, decorso tale termine, l’amministrazione richiedente può comunque procedere indipendentemente dall’espressione del parere;
- sul versante dei **soggetti coinvolti**, la stazione appaltante deve essere necessariamente un ente qualificato presso l’ANAC ed è introdotta la figura del Responsabile Unico del progetto di partenariato, nominato dall’ente concedente e sentito l’operatore economico;
- in tema di **controlli e monitoraggio**, l’ente concedente esercita il controllo sull’attività dell’operatore economico e trasmette le informazioni sui contratti stipulati nel portale istituito presso il Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, attraverso cui avviene il monitoraggio, affidato alla Presidenza del Consiglio dei ministri (DIPE) e al Ministero dell’economia e delle finanze (Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato).

12. Concessioni sopra soglia e sottosoglia (artt. 176 e ss.)

Le disposizioni della Parte II, Libro IV del Nuovo Codice prevedono una riscrittura della parte III “Contratti di concessione” (articoli 164 e seguenti) del Codice Vigente.

Sono disciplinate le procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione – ivi incluso il contenuto del bando di concessione, anche secondo il modello predisposto dall’autorità di regolazione del settore e le regole di pubblicazione – nonché la fase di esecuzione. È inoltre precisato che tali norme si applicano anche alle concessioni di servizi economici d’interesse generale (SIEG) e per i profili non disciplinati si applica il testo unico in materia di servizi pubblici locali (d.lgs. 201/2022), nonché le altre norme speciali di settore. Ai contratti di concessione esclusi dall’ambito di applicazione del codice si applicano i principi di cui alla Parte I del Libro I (art. 181).

È inoltre finalmente chiarito l'ambito applicativo del contratto di concessione in relazione alla classificazione delle opere in calde (art. 177, comma 4, primo periodo), tiepide (art. 177, comma 4, secondo periodo) e fredde (art. 177 comma 6); sono inoltre disciplinati l'equilibrio economico-finanziario della concessione (art. 177 comma 5) e i profili contabili (art. 177 comma 7).

Sotto il profilo del rischio e dell'equilibrio economico-finanziario nelle concessioni, il Nuovo Codice – a differenza del Codice Vigente - **non detta più alcun limite quantitativo** al valore del contributo pubblico e viene pertanto eliminato il divieto esplicito di non superare il “tetto” del 49% del costo dell'investimento complessivo, prima rilevante ai fini della stessa configurazione del PPP e delle concessioni. Più correttamente l'articolo 177, comma 7, ai fini della contabilità pubblica rimanda ai contenuti delle decisioni Eurostat, prevedendo che l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico, in misura superiore alla percentuale indicata nelle decisioni Eurostat e calcolato secondo le modalità ivi previste, non ne consente la contabilizzazione fuori bilancio.

In relazione alle **concessioni superiori alle soglie, già in essere e affidate senza gara**, il Nuovo Codice all'art. 186 stabilisce:

- l'obbligo di appaltare a terzi una parte compresa tra il 50% e il 60% dei lavori, dei servizi e delle forniture, così sostituendo la previgente disciplina di cui all'art. 177 del Codice Vigente (dichiarata illegittima con la sentenza n. 218/2021 della Corte Costituzionale) che imponeva di affidare mediante appalto a terzi l'80% dei contratti;
- che tale obbligo non si applica per i settori speciali;
- che l'affidamento avviene mediante procedura ad evidenza pubblica, con la previsione di clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità;
- che in caso di comprovata indivisibilità delle prestazioni di servizi dedotte in concessione, in sostituzione dell'obbligo di esternalizzazione, il concessionario corrisponde all'ente concedente un importo compreso tra il 5% e il 10% degli utili previsti dal piano economico-finanziario.

Tali concessioni devono adeguarsi a suddette disposizioni entro 6 mesi dall'entrata in vigore del Nuovo Codice.

Alcune previsioni attengono specificatamente alle **concessioni autostradali** e in particolare:

- le quote di cui sopra – per le concessioni superiori alle soglie, già in essere e affidate senza gara – sono calcolate sulla base degli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali;
- le concessioni che interessano una o più regioni possono essere affidate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) a società *in house* di altre amministrazioni pubbliche anche appositamente costituite. A tal fine il controllo analogo sulla predetta società *in house* può essere esercitato dal MIT attraverso un comitato disciplinato da apposito accordo ai sensi dell'art. 15 della legge 241/1990, che eserciti sulla società *in house* i relativi poteri;

- al termine della concessione, per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure di selezione del concessionario, la gestione delle tratte autostradali è affidata al MIT.

Con riferimento all'affidamento di **concessioni di importo inferiore alla soglia europea**, il legislatore prevede che l'ente concedente può:

- procedere mediante procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando di gara, previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;
- utilizzare le procedure di gara previste per i contratti "sopra soglia".

Con riguardo alla disciplina della fase esecutiva e in particolare del **recesso dal rapporto del concedente**, si segnala che la differenza principale rispetto al Codice Vigente attiene all'indennizzo a titolo di mancato guadagno, che ai sensi del Nuovo Codice, deve essere compreso tra il 2% e il 5% degli utili previsti dal piano economico-finanziario (mentre il Codice Vigente prevede che l'indennizzo per il mancato guadagno sia pari al 10% del valore delle opere ancora da eseguire ovvero, nel caso in cui l'opera abbia superato la fase di collaudo, del valore attuale dei ricavi risultanti dal piano economico finanziario allegato alla concessione per gli anni residui di gestione).

Il Nuovo Codice contempla altresì una disciplina del **subentro** di un concessionario ad un altro (art. 192), che non trova riscontro nel Codice Vigente, nonché introduce una disciplina della **revisione del contratto** che integra quella prevista dal Codice Vigente.

In particolare, nei limiti in cui non si apportino modifiche sostanziali alla concessione, la revisione è consentita:

- al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione;
- nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto.

Qualora l'alterazione dell'equilibrio economico-finanziario sia dovuta a eventi diversi da quelli succitati e rientranti nei rischi allocati al concessionario, la stessa è a carico del concessionario medesimo.

La revisione è inoltre subordinata alla previa valutazione del DIPE, nei casi di opere di interesse statale o finanziate con contributo a carico dello Stato, e in caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico-finanziario, le parti possono recedere dal contratto.

13. Finanza di progetto (artt. 193 e ss.)

Per quanto attiene alla specifica disciplina della finanza di progetto, il Nuovo Codice, nella parte II del libro IV relativa ai contratti di concessione, opera una sensibile semplificazione rispetto a quella più corposa e frammentata di cui al Codice Vigente. Tra le novità si segnala che:

- è stata coerentemente eliminata la finanza di progetto ad iniziativa pubblica, poiché ritenuta una duplicazione rispetto alla scelta di indire una gara pubblica per l'affidamento di una concessione. È pertanto previsto il solo **procedimento di project financing ad iniziativa privata** che può riguardare sia **lavori** che **servizi**, fermo restando che, a parere di scrive, che naturalmente nulla vieta che nell'ambito di una concessione affidata non nell'ambito di una iniziativa privata ben potrebbe il concessionario decidere liberamente, le proprie modalità di finanziamento;
- è stata eliminata la precisazione secondo la quale gli operatori economici potevano presentare proposte anche se presenti negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, poiché una volta inserita la previsione sul programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di PPP si è ritenuto che la disposizione non avesse più alcuna utilità. Resta salva la possibilità per gli operatori economici di presentare proposte sia con riferimento ad iniziative non presenti negli strumenti di programmazione, sia con riferimento ad iniziative ivi presenti, proponendo modalità diverse di realizzazione;
- sono stati eliminati tutti i riferimenti alla nautica di diporto;
- per incentivare la **partecipazione degli investitori istituzionali alle operazioni di PPP**, è stata inoltre introdotta la previsione per cui questi ultimi possano soddisfare, in sede di gara, la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario e tecnico-professionali avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti e che possano subappaltare, anche integralmente, le prestazioni oggetto del contratto;
- per gli affidamenti superiori alla soglia europea, il bando di gara per l'affidamento di una concessione nella forma della finanza di progetto "deve" prevedere che l'aggiudicatario costituisca una "**società di scopo**". Al riguardo, il legislatore rende obbligatoria e non più facoltativa la costituzione della società in tali ipotesi – con ciò giustificando altresì la previsione di una causa di esclusione in caso di omessa specificazione nell'offerta delle quote di partecipazione, trattandosi di un elemento indefettibile dell'offerta medesima – e cambia la denominazione di "società di progetto" (utilizzata dal Codice Vigente) in quella di "società di scopo" maggiormente in linea con la denominazione utilizzata in ambito finanziario di "*special purpose vehicle*".

14. Privilegio sui crediti e ulteriori garanzie

Il Legislatore all'art. 199 del Nuovo Codice altresì conferma la disciplina del **privilegio generale** sui crediti apportando però alcune modifiche al precedente art. 186 del Codice Vigente:

- il comma 1, anche non menzionando più esplicitamente la sottoscrizione di obbligazioni o titoli similari tra le forme di finanziamento che possono beneficiare del privilegio generale, precisa che potranno beneficiare di tale garanzia "*[...] i crediti dei soggetti che finanziano o rifinanziano, in qualunque forma, [...]*" allo scopo di chiarire ulteriormente l'assenza di limitazioni circa la forma tecnica del finanziamento. Inoltre, come anche chiarito dalla relazione illustrativa, si fa ora specifico riferimento alla società di scopo nonché alle "*società*

affidatarie, a qualunque titolo, di contratti di ppp” al fine di includervi anche tutte le possibili ipotesi di affidamento diretto o in house;

- il comma 2 precisa tuttavia ora statuisce, in modo non del tutto chiaro, che la **nullità** derivante dalla mancata costituzione del privilegio mediante atto scritto colpirebbe **il contratto di finanziamento** sotteso al privilegio. Al riguardo, la relazione illustrativa, invero concedendo spazio ad alcuni dubbi interpretativi, precisa inoltre che “[...] *la sanzione della nullità riguarda il negozio di finanziamento che non faccia menzione della sussistenza del privilegio generale ex lege*”; al riguardo probabilmente saranno necessari degli interventi correttivi a chiarimento;
- il comma 5 precisa ora, quale auspicata semplificazione, che tutti i crediti della società di scopo, presenti e futuri, ivi inclusi quelli verso il soggetto aggiudicatore e altre pubbliche amministrazioni, possono essere costituiti in pegno o ceduti in garanzia dalla società a banche o altri soggetti finanziatori, **senza necessità di consenso del debitore ceduto, anche quando non siano ancora liquidi ed esigibili**;
- il comma 6 chiarisce che i beni sui quali la **società di scopo** è titolare di **diritti reali** possono essere **ipotecati o dati in pegno** solo a garanzia di prestiti contratti per finanziare o rifinanziare gli investimenti e/o i fabbisogni previsti dal contratto di PPP.

15. Altre disposizioni sul PPP

Al fine di incentivare il ricorso alle operazioni di PPP, il legislatore, nella parte V del libro IV, rubricata “Altre disposizioni in materia di partenariato pubblico privato” – in aggiunta alla disciplina sul privilegio di cui sopra – prevede che:

- le proposte di finanza di progetto possono riguardare, in alternativa alla concessione, tutti i contratti di PPP. Tale aspetto appare degno di nota poiché chiarisce, come da tempo auspicato, che la finanza di progetto è una modalità di finanziamento che può riguardare ogni modalità di sottostante affidamento in PPP (fermo restando che la finanza di progetto, come ben noto, può altresì riguardare operazioni interamente private che quindi esulano dall’applicazione del codice dei contratti pubblici e dalla relativa disciplina);
- gli operatori economici aggiudicatari di contratti di PPP **possono sempre avvalersi**, anche al di fuori della finanza di progetto, della facoltà di costituire una **società di scopo**;
- gli investitori istituzionali, anche al di fuori della finanza di progetto, possono partecipare alla gara, associandosi o consorziandosi o avvalendosi o subappaltando a operatori economici in possesso dei requisiti per l’esecuzione dei lavori o dei servizi, qualora gli stessi ne siano privi.

Nella medesima parte sono disciplinati i contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica (EPC), i contratti di partenariato sociale e la cosiddetta permuta, ovvero la cessione di immobili in cambio di opere.

Con particolare riguardo ai **contratti di rendimento energetico o di prestazione energetica**, quale fattispecie contrattuale – introdotta dalla direttiva 2012/27/UE sull’efficienza energetica, recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 4 luglio 2014, n. 102, al fine di promuovere l’efficienza energetica –

ed estrapolata dall'art. 180, comma 2 del Codice Vigente, come modificato dal D.L. 76/2020, si segnala che:

- si tratta di un accordo contrattuale tra il beneficiario o chi per esso esercita il potere negoziale e il fornitore;
- oggetto del contratto è il conseguimento di una "misura di miglioramento dell'efficienza energetica";
- la determinazione e il pagamento dei ricavi di gestione in funzione del miglioramento dell'efficienza energetica non sono eventuali, come nell'attuale dizione di cui al Codice Vigente, ma obbligati.

16. Servizi globali e contraente generale (artt. 203 e ss.)

È stata anche elaborata una nuova disciplina sui servizi globali, comprendente la figura del contraente generale e dei servizi globali su beni immobili. Come chiarisce lo stesso Consiglio di Stato nella propria relazione illustrativa ¹ *"Si tratta di figure contrattuali che, pur non riconducibili al PPP (per il contraente generale non comporta, infatti, traslazione del rischio operativo la semplice previsione secondo cui lo stesso realizza l'opera «con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio in cambio di un corrispettivo determinato in base al risultato ottenuto e alle prestazioni rese»; il contraente generale, infatti, a differenza del concessionario di opere pubbliche, è escluso dalla gestione dell'opera realizzata), si distinguono dall'appalto e, per questo motivo, si è ritenuto di lasciarli inseriti nel Libro IV", dove dunque sono racchiusi i principali strumenti di realizzazione e di finanziamento delle opere pubbliche alternativi all'appalto"*.

In particolare, si tratta di contratti con cui l'operatore economico è tenuto a perseguire un risultato amministrativo mediante le prestazioni professionali e specialistiche dedotte in obbligazione in cambio di un corrispettivo determinato in relazione al risultato ottenuto e alla attività normalmente necessaria per ottenerlo (sempre che l'importo dell'affidamento non sia inferiore a 100 milioni di euro).

In tale quadro, il Nuovo Codice rimodella la definizione del **contraente generale** sulla base del paradigma tratteggiato nella definizione generale di contratto di affidamento di servizi globali e prevede che l'affidamento dei servizi globali al contraente generale si realizza mediante la conclusione di un contratto che:

- obbliga l'operatore economico a compiere un'opera e a perseguire un determinato risultato amministrativo indicato nel bando e nel contratto, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio;
- obbliga, in cambio, l'amministrazione a pagare un corrispettivo determinato in base al risultato ottenuto e alle prestazioni rese.

¹ https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670933091420

Sono indicate alcune attività e obblighi del contraente generale quali, la redazione del progetto esecutivo e il prefinanziamento in tutto o in parte dell'opera e alcuni elementi accidentali al contratto (ossia che l'operatore economico abbia la qualità di autorità espropriante o che l'operatore economico individui i modi di gestione dell'opera e di selezione dei soggetti cui tale gestione può essere affidata), nonché i compiti del concedente (che *inter alia* redige il progetto di fattibilità tecnico economica, e approva il progetto esecutivo e le varianti).

Il Nuovo Codice disciplina altresì l'affidamento di **servizi globali con oggetto beni immobili**, codificando la figura negoziale del cd. *global service*, delineata nella prassi e definita dalla norma UNI 10685/1998. La specifica figura negoziale si caratterizza: per la natura della *res* su cui insistono le prestazioni complesse ed eterogenee dell'operatore economico, trattandosi di beni immobili; per la natura omnicomprensiva dei servizi prestati dall'operatore, volti a garantire la perfetta funzionalità e il duraturo godimento del bene immobile, con un servizio cd. chiavi in mano.

Il presente documento viene consegnato esclusivamente per fini divulgativi. Per ogni ulteriore chiarimento e/o approfondimento non esitate a contattarci.

GATTI PAVESI BIANCHI LUDOVICI

Reti Energia e Infrastrutture

Valentina Canalini – valentina.canalini@gpblex.it

Sofia Gentiloni Silveri – sofia.gentiloni@gpblex.it

Daniele Pompei – daniele.pompei@gpblex.it

Antonella Guetta – antonella.guetta@gpblex.it

DISCLAIMER

This publication is provided by Gatti Pavesi Bianchi Ludovici studio legale associato and has been duly and professionally drafted. However, the information contained therein is not a legal advice and cannot be considered as such. Gatti Pavesi Bianchi Ludovici studio legale associato cannot accept any liability for the consequences of making use of this issue without a further cooperation and advice is taken.

MILAN - ROME - LONDON

[Home page](#) | [Highlights](#) | [Contacts](#) | [Linkedin](#)

© Copyright Gatti Pavesi Bianchi Ludovici 2022. All rights reserved.

GPBL