

PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO DI TIPO CONTRATTUALE E CONCESSIONE

Relazione nel Convegno di Studi “*I contratti pubblici alla prova del futuro: regole, innovazione e responsabilità. Dal Codice al decreto infrastrutture: sfide e prospettive per giuristi e imprese*”, Palazzo Spada, 29 ottobre 2025.

Francesca Dello Sbarba - Referendario TAR Lazio, Roma.

SOMMARIO: Introduzione. -1. Inquadramento generale del partenariato pubblico privato. -2. Il partenariato pubblico privato di tipo contrattuale. -3. Partenariato pubblico privato contrattuale e concessione. - 4. Evoluzione storica della concessione nell'affidamento dei lavori e dei servizi pubblici. - 5. Evoluzione giuridica della concessione nel rapporto con l'appalto. – 6. La concessione nell'attuale Codice dei contratti pubblici. - 7. Trasferimento e allocazione presso l'operatore privato del rischio operativo. – 8. La modifica dei contratti di concessione. – 9. Elementi di distinzione tra concessione e appalto nell'attuale quadro normativo. – 10. Il bando nei procedimenti di aggiudicazione delle concessioni.

Introduzione

La presente relazione prende le mosse dall'inquadramento giuridico del partenariato pubblico privato contrattuale nel contesto dell'attuale Codice dei contratti pubblici e dalla sua definizione in termini di operazione economica complessa, alla luce dei principi permeanti la materia quali, in particolare, il principio del risultato e il principio della concorrenza, quest'ultimo nella sua nuova declinazione di strumento e non più di fine dell'azione amministrativa.

L'analisi prosegue approfondendo la disamina della fattispecie contrattuale principale, ossia la concessione, trattata in chiave diacronica attraverso la ricostruzione del percorso storico giuridico attraversando il quale l'istituto è divenuto il paradigma degli strumenti di cooperazione tra Pubblica Amministrazione e operatore economico privato.

In maniera trasversale, la trattazione è caratterizzata dalla focalizzazione del ruolo del Giudice e del sindacato giurisdizionale nel nuovo quadro normativo, alla luce dei maggiori margini di discrezionalità riconosciuti alla Stazione appaltante nella scelta di strumenti negoziali.

1. Inquadramento generale del partenariato pubblico privato

Con la definizione di “partenariato pubblico privato” viene indicato un complesso fenomeno suscettibile di assumere declinazioni diverse e di esplicarsi attraverso il ricorso a istituti giuridici eterogenei.

Il minimo comune denominatore sotteso alle varie forme di espressione è costituito dalla *ratio* e dai principi ispiratori.

La *ratio* è rappresentata prioritariamente dall'esigenza di affermare un modello di Pubblica Amministrazione che si discosti da quello tradizionale e che risulti sempre più orientato ad un'ampia compartecipazione dell'operatore privato alla definizione, realizzazione e cura degli interessi generali, in ossequio al principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost. e del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost..

Il partenariato pubblico privato si configura, quindi, quale modello di collaborazione tra soggetto pubblico e soggetto privato direzionato allo scopo di erogare servizi, fornire infrastrutture e, più in generale, realizzare progetti di interesse comune.

Tale modello di collaborazione consente alla parte pubblica di traslare i rischi dell'operazione sull'operatore economico e di dividerne le responsabilità con la parte privata, che fornisce, oltre alle risorse finanziarie, le competenze tecniche specificamente necessarie alla ideazione e realizzazione del progetto.

Il privato partecipa alla definizione, realizzazione e cura degli interessi generali, nell'ottica della reciproca fiducia con il soggetto pubblico¹.

Nel contesto così delineato, devono essere, in primo luogo, tenuti distinti il partenariato pubblico privato di tipo contrattuale, da un lato, e il partenariato pubblico privato di tipo istituzionale, dall'altro lato.

Quest'ultimo, a differenza del primo, ai sensi dell'art. 174, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, presuppone la creazione *“di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica ed è disciplinato dal testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, e dalle altre norme speciali di settore”*.

Il partenariato pubblico privato contrattuale, invece, viene definito in termini di “operazione economica” complessa² la cui realizzazione passa attraverso il ricorso a strumenti (non societari, ma) contrattuali diversi³.

Ai sensi dell'art. 174, comma 3, dell'attuale Codice dei contratti pubblici, il partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, anche nelle forme della finanza di progetto, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità, nonché gli altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano gli stessi contenuti previsti per le prima dette fattispecie e che siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela⁴.

¹ Nel Codice del terzo settore, il modello ispirato alla collaborazione è declinato più marcatamente nel senso dell'amministrazione “condivisa”. Ai sensi dell'art. 55 del D.Lgs. n. 117/2017, in attuazione dei principi di sussidiarietà, cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare, le Amministrazioni Pubbliche, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona. La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della Pubblica Amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili. La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2. Per un approfondimento sul tema, si veda, tra gli altri, A. Berrettini, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, in *Federalismi.it*, 2022.

² Tale codicistica definizione è stata criticata in dottrina, poiché ritenuta una *“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”*. Così, A. Giovannini, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

³ Da un punto di vista economico, che meno pertiene alla presente indagine, il partenariato pubblico privato è ritenuto strumento fondamentale per generare un effetto leva sul mercato, in quanto catalizzatore di risorse finanziarie private e, tendenzialmente, moltiplicatore del benessere economico e sociale. Così, C. Adesso, *“Strumenti di attuazione del PNRR e di rafforzamento della capacità amministrativa: il partenariato pubblico-privato e l'in house”*, Relazione in occasione del convegno *“5° rassegna di diritto pubblico dell'economia”*, Varese 17 e 18 giugno 2022. *“La nozione di partenariato ha una duplice dimensione, negoziale ed economica, in quanto costituisce un fenomeno economico-finanziario che trova disciplina giuridica nel relativo contratto”* (Cons. Stato, parere della Commissione speciale, n. 855 del 21 marzo 2016).

⁴ *“Non si tratta di un istituto giuridico a sé stante, bensì di operazioni economiche che possono assumere varie vesti giuridiche, contraddistinte però da alcuni elementi... Attraverso questi rapporti giuridici è possibile per le pubbliche amministrazioni affrontare interventi onerosi anche in situazioni deficitarie di bilancio, ricorrendo all'apporto di*

È stato così sancito il principio di atipicità e di non esclusività delle forme contrattuali di partenariato.

Sia la locazione finanziaria che il contratto di disponibilità si fondano sul principio della collaborazione tra settore pubblico e privato ma si differenziano per struttura, obiettivi e ripartizione dei rischi.

Il *leasing* operativo⁵ consente alla Pubblica Amministrazione di ottenere la disponibilità di un'opera pubblica (o destinata all'utilizzo pubblico) attraverso un finanziamento privato⁶.

Lo scopo, ai sensi dell'art. 196 dell'attuale Codice, è infatti quello di finanziare la realizzazione, l'acquisizione e il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità.

La società di locazione finanziaria acquista dall'operatore economico un bene esistente o da realizzare e lo cede in godimento, per un determinato periodo di tempo, alla Pubblica Amministrazione, a fronte del pagamento di un canone periodico fisso, comprensivo di eventuali servizi accessori.

Solo se il contratto include il trasferimento al privato del rischio operativo, si applica la disciplina del partenariato pubblico privato. Diversamente, il rapporto sarà da ricondursi all'appalto pubblico di lavori.

Il contratto di disponibilità è finalizzato, invece, alla realizzazione da parte dell'operatore economico e alla messa a disposizione a favore dell'Amministrazione aggiudicatrice di un'opera destinata allo svolgimento di un pubblico servizio⁷.

imprenditori privati, sia come finanziatori, sia come partner tecnici in grado di offrire il proprio know how per la realizzazione e la gestione di un'opera o di un servizio di interesse pubblico", così M. Giordano, *Partenariato pubblico provato, concessioni, finanza di progetto e altre figure contrattuali*, in *Il codice dei contratti pubblici. Riforma e correttivo*, Napoli, 2025, pp. 635-636.

⁵ Nelle operazioni di *leasing* cosiddetto operativo, tutte le condizioni per il trattamento *of balance* dell'investimento risultano, almeno in astratto, garantite, a differenza di ciò che avviene con il ricorso alla formula puramente finanziaria dell'istituto. Il *leasing* finanziario non è ascrivibile alle forme di partenariato pubblico privato e corrisponde ad un contratto di appalto. L'articolo 196 distingue, infatti, tra *leasing* operativo, che include la gestione del progetto realizzato, e *leasing* finanziario, stabilendo, al comma 3, che, solo se il contratto include il trasferimento al privato del rischio operativo, come definito in materia di concessioni, oltre alla disciplina specifica si applica quella relativa agli altri contratti di partenariato pubblico-privato. Diversamente, il rapporto è da ricondursi all'appalto pubblico di lavori.

⁶ Nella relazione del Consiglio di Stato di accompagnamento al nuovo Codice compare il riferimento al *leasing in costruendo*, che persegue lo scopo di reperire il finanziamento per la realizzazione di opere e corrisponde ad una scelta operata dal legislatore fin dal 2006 volta ad introdurre una formula civilistica in grado di valorizzare il contributo del finanziamento privato per la realizzazione di opere pubbliche o destinate all'utilizzo pubblico, quale alternativa allo strumento del contraente generale.

⁷ "Il contratto di disponibilità appare diretto a consentire ad una Amministrazione pubblica, anche in assenza delle necessarie risorse finanziarie, di poter acquisire la disponibilità di immobili, di proprietà privata, da destinare ad un pubblico servizio, adeguati alle proprie esigenze, a seguito di un'unica procedura di gara di progettazione, realizzazione e manutenzione dell'opera. L'Amministrazione rimane libera di acquisire o meno l'immobile oggetto del contratto di disponibilità in un secondo momento. Tale contratto sembra rivolto, in modo particolare, alla realizzazione delle c.d. "opere fredde", vale a dire delle opere per le quali il recupero del valore dell'investimento effettuato dal soggetto privato avviene, non attraverso i ricavi percepiti dagli utenti che usufruiscono del bene (es. parcheggi, ecc.), ma attraverso i ricavi percepiti dalla stessa Amministrazione pubblica (es. uffici, scuole, ospedali, ecc.). Si tratta, dunque, di uno strumento contrattuale che consente, almeno potenzialmente, di soddisfare le esigenze della collettività amministrata, riferite al reperimento e utilizzazione di opere che non sono in grado di produrre flussi finanziari positivi idonei a consentirne l'autofinanziamento, mediante l'utilizzazione di capitali privati di cui potrebbe risultare sufficientemente garantita la redditività nel tempo attraverso il pagamento, da parte della Amministrazione pubblica, quantomeno, del canone di disponibilità. Il legislatore ha manifestato, negli ultimi anni, anche per la carenza di risorse e la presenza di stringenti vincoli di finanza pubblica, un certo interesse per l'utilizzo di strumenti di

Il corrispettivo del contratto è costituito dal canone di disponibilità, che varia a seconda del periodo di utilizzo e dell'effettivo godimento dell'opera, la quale viene gestita (non dal privato che l'ha realizzata, ma) dalla stessa Pubblica Amministrazione.

La proprietà dell'opera oggetto di contratto, invece, è prioritariamente destinata a non transitare nel patrimonio pubblico e a rimanere, pertanto, nella titolarità del soggetto privato affidatario.

L'operazione economica, quindi, può assumere vesti giuridiche diverse, purché queste abbiano le caratteristiche indicate all'art. 174, comma 1, del Codice: la creazione di un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico, la provenienza in misura significativa della copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto da risorse reperite dalla parte privata, la spettanza alla parte privata del compito di realizzare e gestire il progetto e alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione, l'allocazione in capo al privato del rischio operativo.

Si versa, dunque, nell'ambito di una evoluzione in senso negoziale dei modelli amministrativi consensuali nel più generale contesto del progressivo passaggio da una programmazione imperativa a una programmazione negoziata⁸.

Ciò amplia la discrezionalità amministrativa, essendo riconosciuti alla stazione appaltante margini maggiori nella scelta di soluzioni negoziali.

Il Codice dei contratti pubblici si occupa, infine, anche del partenariato sociale prevedendo, all'art. 201, che gli enti concedenti possano concludere contratti⁹ aventi ad oggetto una o più delle prestazioni indicate, tra le quali: la gestione e manutenzione di aree riservate al verde pubblico urbano e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi¹⁰; la gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero di aree e beni immobili inutilizzati, per destinarli a fini di interesse generale¹¹; il compimento di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati, e a spese di questi ultimi¹².

2. Il partenariato pubblico privato di tipo contrattuale

Venendo all'analisi della particolare fattispecie costituita dal partenariato pubblico privato di tipo contrattuale e focalizzando l'attenzione sui paradigmi di riferimento, in virtù del principio del

partenariato pubblico-privato. Risulta avvertita, nel contempo, l'esigenza di semplificare le procedure, ridurre le occasioni di contenzioso e accorciare i tempi di realizzazione delle opere. Il contratto di disponibilità presenta alcuni aspetti che possono risultare funzionali al soddisfacimento di questa esigenza" (Corte dei Conti, Sezione Centrale di Controllo, Deliberazione n. 7/2020G del 20 luglio 2020).

⁸ Cfr. G. Briganti, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, Milano, 2025, p. 37.

⁹ Nel rispetto dei bandi-tipo predisposti dall'ANAC e dei contratti-tipo predisposti dal DIPE, di concerto con l'Autorità di regolazione del settore e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato.

¹⁰ Sussiste, per la conclusione di tale contratto, il diritto di prelazione dei cittadini, aventi residenza o domicilio nei comprensori ove insistono i beni e le aree, costituenti un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno i due terzi della proprietà della lottizzazione e i cittadini costituiti in consorzio possono beneficiare di incentivi fiscali.

¹¹ Sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati che, all'uopo, beneficiano di incentivi fiscali direttamente attinenti alla attività svolta dal singolo o dalla associazione, o comunque utile alla comunità territoriale di riferimento.

¹² L'esecuzione delle opere è esente da oneri fiscali e amministrativi, salva l'imposta sul valore aggiunto.

risultato¹³, ciò che l'Amministrazione ha individuato come obiettivo da raggiungere (in ossequio all'art. 1, l'“*affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*”) diviene il “nucleo normativo” dell'azione amministrativa¹⁴.

Si tratta di capire come ciò si rifletta sul sindacato giurisdizionale.

Il risultato concorre ad integrare il paradigma normativo del provvedimento e dunque ad “*ampliare il perimetro del sindacato giurisdizionale piuttosto che diminuirlo*”, facendo “*transitare nell'area della legittimità, e quindi della giustiziabilità, opzioni e scelte che sinora si pensava attenessero al merito e fossero come tali insindacabili*”¹⁵.

Il principio del risultato si traduce, pertanto, nell'ottica giurisdizionale, in un ulteriore strumento per la valutazione della legittimità dell'atto amministrativo, non in contrasto con il principio di legalità: quest'ultimo, infatti, non richiede un ossequio assoluto al dettato del diritto positivo, non riuscendo sempre la legge a individuare in maniera puntuale il fine da raggiungere e il tipo di azione affidata all'Amministrazione¹⁶.

Al principio del risultato, collocato al vertice, è riconosciuta una funzione nomofilattica e ordinante.

Sotto l'ombrello del principio del risultato, altri principi sono stati affermati o hanno assunto una nuova declinazione.

Tra quelli diversamente declinati, il più rilevante è il principio della tutela della concorrenza.

L'ordinamento europeo ha sempre imposto (o, almeno, così si è ritenuto) di guardare all'affidamento dei servizi e dei lavori in un'ottica necessariamente concorrenziale, quale quella che caratterizza tutte le attività economiche aventi natura imprenditoriale.

¹³ Secondo la giurisprudenza amministrativa, il principio del risultato come quello della fiducia, costituiscono valori immanenti nel nostro ordinamento, anteriori pertanto alla loro positivizzazione. “*La decisione del Ministero, del resto, è conforme con i principi del risultato e della fiducia, ora codificati nel nuovo codice dei contratti pubblici del 2023, ma già immanenti nel sistema, in base ai quali la tutela della concorrenza e del mercato non deve oscurare l'interesse finale della disciplina, ossia l'affidamento del contratto e la sua esecuzione in modo tempestivo e parsimonioso, restituendo, in tale ottica, alle amministrazioni e agli operatori economici, fiducia nel rispettivo operato. Fiducia che assume una portata bidirezionale, nel senso che, da un lato, si chiede all'amministrazione di risolvere le problematiche in vista del miglior perseguimento del risultato, senza rifugiarsi nei formali obblighi di gara; dall'altro lato presuppone la fiducia verso gli stessi operatori economici, ai quali è consentito, con il self cleaning, di correggere eventuali problematiche pregresse, favorendo così un ambiente di collaborazione che rende possibile la migliore esecuzione della concessione*” (TAR Lazio, Roma, Sez. IV, 31 marzo 2025, n. 4664).

¹⁴ Il Codice dei contratti pubblici enuclea i principi rilevanti della materia: quelli di cui dall'art. 1 all'art. 3, risultato, fiducia e accesso al mercato, sono considerati “principi valori”, dal contenuto pluridimensionale e aperto a una pluralità di bilanciamenti e applicazioni, gli altri (in particolare buona fede, tutela dell'affidamento, autonomia contrattuale e conservazione dell'equilibrio contrattuale) sono ritenuti principi-regole, di matrice prevalentemente civilistica, riferiti a fattispecie specifiche e direttamente applicativi. Cfr. G. Napolitano, *I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in F. Caringella, R. Chieppa, B.G. Mattarella, *Diritto Amministrativo*, Milano, 2025, p. 593.

¹⁵ Cons. Stato, Sez. III, 26 marzo 2024, n. 2866.

¹⁶ Il principio del risultato è connesso al principio della fiducia: “*Il principio della fiducia di cui all'art. 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici amplia i poteri valutativi e la discrezionalità della p.a., in chiave di funzionalizzazione verso il miglior risultato possibile. Il principio del risultato e quello della fiducia sono avvinti inestricabilmente: la gara è funzionale a portare a compimento l'intervento pubblico nel modo più rispondente agli interessi della collettività nel pieno rispetto delle regole che governano il ciclo di vita dell'intervento medesimo. Regole che l'appellante, all'evidenza, non ha rispettato*” (Cons. Stato, Sez. V, 27 febbraio 2024, n. 1294).

Ciò in quanto il risultato economico prodotto dal mercato in condizione di equilibrio concorrenziale è stato per lungo tempo ritenuto il migliore sotto il profilo allocativo e il più giusto sotto il profilo distributivo.

L'efficienza paretiana ha assunto, per questa via, il ruolo di "criterio normativo centrale"¹⁷ e da ciò è derivata la convinzione che anche l'ordinamento interno dovesse necessariamente direzionare l'intervento pubblico al primario obiettivo della liberalizzazione dei mercati e del raggiungimento, al loro interno, di equilibri concorrenziali efficienti.

Quanto sopra - è opportuno precisare - nella sempre tenuta ferma distinzione tra il concetto di concorrenza "nel" mercato e quello, più circoscritto, di concorrenza "per" il mercato.

Lo "spirito" comunitario avrebbe richiesto di privilegiare la concorrenza nella sua accezione più piena di concorrenza "nel" mercato, intesa come libertà di azione di una pluralità di operatori in competizione tra loro nel settore economico di riferimento, piuttosto che la concorrenza "per" il mercato, concretizzantesi nell'insieme delle procedure selettive di scelta del soggetto affidatario¹⁸.

Le condizioni di concorrenza "nel" mercato, tuttavia, non sono perseguibili nei settori caratterizzati dalla presenza dei problemi connessi ai monopoli naturali che non siano risolvibili neppure con il ricorso alla tecnica della "separazione verticale" dell'attività affidata¹⁹.

In tali casi, la concorrenza "per" il mercato²⁰ consente di traslare il momento del confronto competitivo dalla fase operativa a quella propositiva del mercato e di collocare la competizione tra le imprese quanto meno nella fase prodromica dell'acquisizione del diritto a condurre il servizio, sostituendo la concorrenza *ex post* con la concorrenza *ex ante*²¹.

Fatte tali necessarie permesse, è da sottolinearsi come, nell'attuale contesto normativo, la concorrenza tra gli operatori economici non sia più concepita come il fine dell'*agere* amministrativo ma come uno strumento direzionato al perseguimento del risultato²².

¹⁷ Così, A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, p. 275.

¹⁸ Le deroghe al principio di concorrenza "puro" avrebbero, cioè, dovuto essere il più possibile contenute e, comunque, concretamente modulate nella piena osservanza dei principi di proporzionalità e dell'effetto distorsivo minimo (art. 86, 2 Trattato). Per un approfondimento, sia consentito rinviare a F. Dello Sbarba, *I servizi pubblici locali: la disciplina della concorrenza nel mercato e per il mercato*, in A. Massera, *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, 2004, p. 113.

¹⁹ F. Spiezia, P. Monea, E. Iorio, *I Servizi Pubblici Locali*, Milano, 2004, p. 16.

²⁰ La formulazione teorica del concetto di concorrenza "per" il mercato viene fatta risalire al 1959, epoca in cui furono per la prima volta contrapposti i principi della *Competition for the field* e della *Competition within the field*, con la contestuale individuazione nel primo dello strumento idoneo a promuovere l'efficienza nei settori economici caratterizzati dalla presenza di ostacoli al libero agire delle forze di mercato. Si tratta delle teorie di E. Chadwick, *Results of different principles of legislation and administration in Europe, of competition for the field, as compared with competition within the field of service*, in 22 *Royal Sta.*, Journal n. 381. 1859. Il concetto di concorrenza per il mercato fu poi ripreso nel 1968 da H. Demsetz in un articolo dal titolo *Why regulate utilities?*, in *Journ. Law Econ.*, 1968.

²¹ Cfr. F. Gulli, *Liberalizzazione e concorrenza per il mercato nei servizi di pubblica utilità: un caso significativo di non-price competition*, in *Econ. pol. ind.*, 1995, n. 88.

²² Così, A. Giovannini, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziaamministrativa.it: "Con questo testo normativo si supera quella visione, un po' "provinciale" e non del tutto conforme all'impostazione pur propria dell'Unione europea, del principio di concorrenza inteso quale "fine" dell'ordinamento, riconducendolo, più prosaicamente, a "mezzo", strumento per il perseguimento della finalità, unica ed effettiva, dell'Amministrazione in questo settore che, come oggi ricorda l'art. 1 del codice, consiste nell'"affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo".

“Ciò non significa, naturalmente, che la tutela della concorrenza e del mercato possa essere trascurata o non debba essere adeguatamente perseguita. Il “formalismo” delle procedure di gara, infatti, si impone e prevale ogni qual volta sia in discussione la partecipazione delle imprese del settore ad armi pari al concorso per conseguire le commesse pubbliche”²³.

Se l’obiettivo primario diventa il risultato finale, le Amministrazioni dovranno individuare caso per caso il migliore *modus procedendi* e questo non necessariamente coinciderà, in base alla regola del caso concreto, con lo svolgimento di una gara pubblica²⁴.

La regola individuata per il caso concreto, purché non costituisca l’esito di una scelta irragionevole, sarà il parametro di verifica cui dovrà attenersi l’organo giurisdizionale²⁵.

“Il richiamo alla nozione di risultato integra i parametri di legittimità dell’azione amministrativa con riguardo ad una categoria che implica verifiche sostanziali e non formali, di effettività del raggiungimento degli obiettivi (di merito, e di metodo) oltre che di astratta conformità al paradigma normativo”²⁶.

L’eventuale abuso, da parte dell’Amministrazione, del principio del risultato integrerà gli estremi di un esercizio non corretto della discrezionalità in quanto scelta non ragionevole ed elusiva del dettato normativo.

Se esiste infatti il rischio che la sottovalutazione del principio del risultato possa dar luogo a decisioni che giudichino invalido un provvedimento amministrativo solo per violazioni che non avrebbero dovuto assumere un rilievo viziante se il principio fosse stato correttamente applicato, esiste anche il rischio opposto, ovvero che un troppo drastico uso della logica del risultato possa appiattire il sindacato giurisdizionale sulle scelte fatte dall’Amministrazione.

Per evitare tale rischio, il Giudice amministrativo dovrà utilizzare le categorie dell’eccesso di potere (in particolare, l’irragionevolezza, l’illogicità e il difetto di proporzionalità) e dovrà porre attenzione al corretto equilibrio con i principi di legalità e trasparenza.

²³ Cons. Stato, Sez. III, 15 novembre 2023, n. 9812: in base al principio del risultato, *“la tutela della concorrenza e del mercato non deve trasmodare in un pregiudizio per la causa finale e per l’oggetto diretto e principale della tutela approntata dalla disciplina di settore, costituiti “dall’affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza”, come recita l’attuale art. 1 del nuovo codice di cui al decreto legislativo n. 36 del 2023, in quanto “La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell’affidare ed eseguire i contratti”. Il principio del risultato costituisce, peraltro, attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità dell’azione amministrativa e chiarisce che la procedura e la forma sono un mezzo, non il fine della disciplina”*.

²⁴ Così G. Napolitano, *I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in F. Caringella, R. Chieppa, B.G. Mattarella, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 600.

²⁵ *“Da questo punto di vista, è agevole percepire il collegamento tra principio della di risultato e principio della fiducia di cui all’articolo 2 del codice ... Se, da un lato, si chiede alla stazione appaltante di adoperare la discrezionalità amministrativa e di sciogliere le questioni di interpretazione del diritto positivo nel segno del risultato, dall’altro lato il legislatore manifesta la sua fiducia nell’operato dell’amministrazione, sancendo in modo espresso l’abbandono della cultura del sospetto e aggiungendo al comma 3 dell’art. 2 alcune previsioni che hanno lo scopo di circoscrivere, in particolare, la responsabilità contabile di chi assume decisioni in questo campo. Potremmo dire in proposito che se è vero che il principio della fiducia, al di fuori di tali ultime specificazioni, potrebbe sembrare collocato su un piano meramente programmatico e privo di un’immediata cogenza, peraltro proprio il suo saldarsi col principio del risultato fa sì che la forza precettiva di quest’ultimo si possa trasmettere anche al concetto della fiducia”*, così F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it, 18 maggio 2023.

²⁶ Cons. Stato, Sez. III, 29 dicembre 2023, n. 11322.

Diviene particolarmente rilevante il ruolo della motivazione del provvedimento, in quanto la Stazione appaltante dovrà esplicitare gli elementi che manifestano le circostanze che la inducono a individuare il risultato secondo certi contenuti.

In ogni caso, il Giudice, di fronte a scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione che presentino macroscopici vizi di legittimità non dovrà arretrare l'area del proprio scrutinio.

3. Partenariato pubblico privato contrattuale e concessione

Nell'ambito come sopra definito, la concessione è divenuta il contratto tipo mentre la tipologia di finanziamento dell'operazione che con essa si attua non incide sulle sue caratteristiche: il contratto di concessione può essere finanziato anche in *project financing*²⁷.

La dottrina ha sottolineato come il nuovo Codice dei contratti pubblici, abbia, così impostando il rapporto tra concessione e finanza di progetto, implicitamente definito il *project financing* non più come autonomo tipo contrattuale, ma come specifica modalità di finanziamento di talune tipologie di partenariato pubblico privato²⁸.

Quanto sopra posto, la disciplina della concessione costituisce la normativa generale di tutte le figure di partenariato tipiche e atipiche, applicabile in mancanza di norma speciali.

La regolazione del rischio operativo ha assunto, come si vedrà meglio *infra*, un ruolo determinante nella definizione di tali rapporti contrattuali.

La concessione è peculiarmente connotata dal fatto che, a differenza di quanto accade nel contratto di appalto, il rischio operativo deve ricadere sull'operatore economico²⁹.

²⁷ Nell'ottica del nuovo Codice, quindi, la tipologia di finanziamento non incide sulle caratteristiche della concessione.

²⁸ Cfr. G. Briganti, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, cit., secondo cui "nell'ambito del nuovo Codice del 2023, la finanza di progetto, istituito da sempre in cerca di una chiara sistemazione" viene "definita, per la prima volta, come modalità di finanziamento del PPP, superando la precedente ambiguità interpretativa che la vedeva come un autonomo tipo contrattuale", p. 7.

²⁹ L'assunzione del rischio in capo all'operatore privato è ciò che distingue la concessione dall'appalto. Il Consiglio di Stato, nella sentenza 10 gennaio 2025, n. 146, ha così argomentato in ordine alla distinzione tra concessione e appalto: "6. Tanto premesso in punto di fatto, la sentenza impugnata ha affermato la competenza del giudice ordinario sul presupposto che "nella c.d. fase intermedia tra l'aggiudicazione e il contratto, vi possa essere un'ampia gamma di situazioni "che possono collocarsi in una fase sì prenegoziale, ma nella quale l'esercizio di poteri discrezionali pubblicistici non viene (più) in rilievo" e che "ove si discuta dell'affidamento di un pubblico servizio, la giurisdizione amministrativa esclusiva indicata dall'art. 133, comma 1, lett. e), n.1, cod. proc. amm. concerne le controversie relative al procedimento di scelta del contraente fino al momento in cui acquista efficacia l'aggiudicazione definitiva, mentre le controversie vertenti sull'attività successiva, anche se precedente alla stipula del contratto, debbono di necessità seguire l'ordinario criterio di riparto"(Cassazione civile, Sezioni Unite, ordinanza 4 gennaio 2023, n. 111)". 6.1. Osserva il Collegio come la questione giuridica devoluta in appello sia obiettivamente problematica dovendosi, a differenza di quanto affermato dal giudice di primo grado, ritenere che si è al cospetto di una concessione di servizi pubblici e non già di un appalto. Secondo la consolidata giurisprudenza anche di questa Sezione "alla stregua della disciplina di matrice eurounitaria, la concessione di servizi è il contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi e di sfruttare economicamente il servizio od in tale diritto accompagnato da un prezzo; la distinzione attiene dunque alla struttura del rapporto, che nell'appalto di servizi intercorre tra due soggetti, essendo la prestazione a favore dell'amministrazione, mentre nella concessione di servizi pubblici intercorre tra tre soggetti, nel senso che la prestazione è diretta agli utenti (Cons. Stato, Ad. plen., 7 maggio 2013, n. 13)" (Cons. Stato, V, n. 2348 del 2020). Nel caso di specie la stessa Provincia appellata nel provvedimento di revoca dà atto del fatto che "il corrispettivo del servizio sarà costituito, ai sensi dall'articolo 3, lett. vv) del Decreto Legislativo n.50/2016 "unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio". 6.2. Tanto premesso, occorre, altresì, rilevare che "è avviso della Corte regolatrice della giurisdizione che, in materia di concessioni amministrative, l'art. 133, comma 1, lett. c), Cod. proc. amm., nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ogni controversia relativa ai rapporti di concessione di beni e servizi pubblici, non implica affatto un

L'ente concedente dovrà pertanto verificare, anche durante la fase di esecuzione del progetto di partenariato, che tale rischio non sia stato, in qualche modo di fatto trasferito in capo all'Amministrazione.

La concessione e, più in generale, il partenariato pubblico privato contrattuale sono ritenuti alternativi, oltre che all'appalto, anche alla gestione *in house*³⁰: nelle ipotesi di monopolio naturale delle infrastrutture, il partenariato pubblico privato è divenuto, in molti casi, una risposta alternativa al modello *in house*.

Quanto sopra rivela interesse, dal punto di vista dell'esame dei percorsi evolutivi che hanno caratterizzato la materia degli affidamenti pubblici, anche e soprattutto nel reciproco rapporto tra gli istituti a tali affidamenti preordinati, in quanto il modello *in house* nasce anch'esso, come la concessione, non tanto come alternativa a quest'ultima, quanto, piuttosto, quale opzione rispetto all'appalto.

Il Libro bianco adottato nel 1998 dall'Unione europea utilizzò per la prima volta proprio il termine "*appalto in house*" e lo fece con riferimento agli appalti "*aggiudicati all'interno della pubblica amministrazione, ad esempio tra amministrazione centrale e locale, o, ancora, tra un'amministrazione e una società da questa interamente controllata*"³¹.

La Corte di Giustizia europea ritenne che non vi fosse obbligo di gara nelle ipotesi di affidamento *in house* proprio in virtù dell'insussistenza di un rapporto contrattuale tra ente affidante e soggetto affidatario, quale elemento che, invece, caratterizzava (e caratterizza) l'appalto³².

Fu così elaborato, con riferimento all'*in house*, il concetto di "controllo analogo" quale fattore peculiarmente connotante il rapporto tra ente affidante e soggetto affidatario assimilabile alla relazione di subordinazione gerarchica, in quanto laddove sussiste una posizione di rilevante controllo gestionale e finanziario del primo sul secondo, quest'ultimo non può essere ritenuto in posizione di terzietà³³.

Tornando al rapporto tra partenariato e affidamento *in house*, nel secondo caso, a differenza che nel primo, l'ente pubblico non si spoglia del rischio operativo e non se ne spoglia non in virtù del rapporto contrattuale instaurato a valle con il soggetto affidatario, ma in quanto non si ha, a monte, esternalizzazione dell'attività³⁴.

regime di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; deve piuttosto ritenersi che rientrano nella cognizione del giudice ordinario le controversie che abbiano contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento dell'amministrazione a tutela di interessi generali, mentre restano nella giurisdizione amministrativa quelle che coinvolgono l'esercizio di poteri discrezionali inerenti alla determinazione del canone, dell'indennità o di altri corrispettivi (Cass., SS.UU., 20 aprile 2018, n. 9917)" (Cons. Stato, V, n. 2348 del 2020)".

³⁰ V. Vecchi, *Partiamo dal nuovo codice contratti per dare nuova linfa al PPP*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2023.

³¹ Successivamente, la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea ha elaborato la più generale nozione di "*in house providing*" con riferimento al fenomeno dell'autoproduzione di beni e di servizi ad opera della Pubblica Amministrazione.

³² Per un approfondimento, si vedano, G. Grieco, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, pp. 1461 e ss.; M. Mazzamuto, *Brevi note su normativa comunitaria e in house providing*, in *Dir. Unione europea*, 2001, pp. 537 e ss.; C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2001, pp. 494 e ss.

³³ Questo è ciò che la Corte di Giustizia europea ebbe ad affermare nella storica decisione adottata il 18 novembre 1999 nella causa 107/98, Teckal s.r.l. contro Comune di Aviano.

³⁴ F. Dello Sbarba, *La valutazione del grado di compatibilità degli affidamenti in house con l'art. 23 bis D.L. n. 112/2008: il G.A. anticipa l'art. 15 D.L. n. 135/2009*, in *Urbanistica e Appalti*, 2010.

L'ente non trasla a terzi il rischio, perché la società *in house*, che lo assume, ne risponde con il proprio capitale sociale e, dunque, con gli investimenti finanziari dell'ente pubblico stesso³⁵.

4. Evoluzione storica della concessione nell'affidamento dei lavori e dei servizi pubblici.

L'istituto della concessione a terzi viene originariamente in rilievo, nell'ambito oggetto della presente indagine, come forma di gestione esternalizzata dei servizi pubblici (in particolare quelli a rilevanza locale).

Come tale era previsto già anteriormente alla legge 8 giugno 1990, n. 142 di riforma delle autonomie locali (in cui ha trovato consacrazione), dall'art. 26 del R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 (Testo Unico della legge sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province), che aveva recepito la legge 29 marzo 1903, n. 103, di istituzione delle aziende municipalizzate proprio quale alternativa all'esternalizzazione tramite affidamento a impresa privata (considerata fallimentare per la ritenuta naturale propensione degli operatori economici a prediligere l'obiettivo del lucro piuttosto che quello del benessere sociale) e alla gestione diretta (l'evoluzione della quale avrebbe poi dato vita al modello dell'*in house providing*).

La primitiva sfiducia nell'impresa è ciò che rende, agli albori della sua affermazione in tale contesto, la concessione uno strumento in realtà recessivo rispetto ad altri, a cagione della privilegiata esigenza di sottrarre quanto più possibile l'erogazione dei servizi alla logica del capitalismo privato.

Nella successiva evoluzione, il modello concessorio conosce una sorta di riqualificazione nell'ambito oggetto di indagine, in virtù delle sempre maggiori difficoltà riscontrate dalle Amministrazioni nel reperimento di personale specializzato e nell'adozione di appropriate tecnologie.

Con l'affidamento in concessione, l'Amministrazione locale sostituiva a sé un terzo nell'espletamento di funzioni aventi carattere pubblico: la titolarità del servizio veniva mantenuta in capo all'ente concedente (che esercitava sul privato concessionario le potestà di direzione e vigilanza), mentre l'esercizio veniva trasferito al concessionario privato, ad esclusivo carico del quale restava il connotato rischio di impresa³⁶.

Per la scelta del concessionario privato, la giurisprudenza ha sempre indicato come obbligatoria la procedura competitiva ad evidenza pubblica (così come anche previsto dall'art. 267 del R.D. 14 settembre 1931, n. 1175).

Mentre muta sembianze nell'ambito, dinamico, del proprio ruolo quale strumento per l'affidamento di servizi pubblici, la concessione vede contemporaneamente modificarsi – sotto il profilo statico strutturale – la propria natura giuridica.

Nell'impostazione tradizionale, la concessione è un provvedimento amministrativo unilaterale con cui l'Amministrazione amplia la sfera giuridica del destinatario attribuendo allo stesso diritti, poteri o facoltà preesistenti (concessioni traslative) o non preesistenti (concessioni costitutive) nella sfera di pertinenza del soggetto pubblico³⁷.

³⁵ Cfr. G. Greco, *Concessioni affidate alle società in house: una contradictio in adjecto*, in *Giustizia Insieme*, 8 marzo 2021.

³⁶ F. Dello Sbarba, *I servizi pubblici locali. Modelli di organizzazione e di gestione*, Torino, 2009.

³⁷ La concessione è un istituto di derivazione settecentesca. Nasce come atto di "benevolenza sovrana" che poteva tradursi in un atto normativo di accertamento di privilegi, in un atto amministrativo derogatorio di norme, in un atto amministrativo avente ad oggetto materie di pertinenza della corona (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 1970).

Tale connotazione strutturale ha giustificato per lungo tempo l'inserimento dell'istituto nell'ambito della categoria dell'esercizio privato delle pubbliche funzioni.

La Corte di Cassazione, nella sentenza 29 dicembre 1990, n. 12221 (i cui principi sono stati poi richiamati dal Consiglio di Stato, Sez. VI, nella sentenza 21 aprile 1995, n. 353) ebbe a qualificare il privato concessionario come organo indiretto della pubblica amministrazione: poiché la concessione produce il trasferimento in capo al concessionario dell'esercizio di funzioni pubbliche, gli atti che lo stesso pone in essere in virtù della concessione medesima non possono ritenersi attività di diritto privato.

Tuttavia, il concessionario, sebbene operante nell'interesse collettivo, non perde la propria veste di soggetto privato, in quanto agisce in base a criteri di economicità orientati al conseguimento di entrate remunerative dei fattori produttivi (Corte Cass., Sezioni Unite, sentenza n. 5528 del 12 dicembre 1989).

La successiva evoluzione segna un netto distacco e lo segna proprio nell'ambito dell'affidamento dei lavori e dei servizi pubblici, in cui i processi di liberalizzazione economica e la regolazione sovranazionale conducono a ritenere che il profilo caratterizzante l'istituto non sia più (prioritariamente) rappresentato dalla costituzione o dal trasferimento di funzioni pubbliche ma dallo svolgimento di attività economica di impresa.

Viene progressivamente abbandonata la teoria della concessione come provvedimento *tout court* e si inizia a fare riferimento alla concessione contratto, quale modello ricostruttivo caratterizzato dalla presenza di un atto amministrativo unilaterale e di un contratto di diritto privato concluso tra l'Amministrazione concedente e il privato concessionario.

Con l'atto di diritto amministrativo il soggetto pubblico dà vita al rapporto concessorio, con il contratto di diritto privato si regolamentano gli aspetti patrimoniali e i relativi diritti e obblighi tra le parti.

Questa soluzione viene proposta in ragione della ritenuta inammissibilità dei contratti ad oggetto pubblico, ossia dei contratti connotati da un oggetto non rientrante nell'ambito del potere dispositivo delle parti.

L'introduzione dell'art. 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ha consentito il superamento dell'ostacolo e l'orientamento prevalente ha iniziato a qualificare le concessioni come contratti ad oggetto pubblico riconducibili alla categoria degli accordi pubblici di cui al predetto art. 11.

In sede europea si inizia a vedere nella concessione uno strumento contrattuale idoneo a garantire un'efficace collaborazione tra parte pubblica e parte privata.

5. Evoluzione giuridica della concessione nel rapporto con l'appalto.

L'istituto della concessione nell'ambito dei lavori e dei servizi pubblici si è evoluto anche e soprattutto nella costante contrapposizione con l'istituto dell'appalto, con il quale ha condiviso per lungo tempo la natura di strumento per l'esternalizzazione dell'attività (in contrapposizione al modello dell'*in house* che costituisce invece un prototipo di internalizzazione) e rispetto al quale è oggi divenuto, in ciò assumendo una propria definita "personalità", il principale strumento di cooperazione tra privato e pubblica amministrazione.

A livello europeo, la definizione della concessione è stata data in origine solo *per relationem* rispetto all'appalto e, in un primo momento, ciò ha caratterizzato anche l'approccio dell'ordinamento interno.

La primigenia definizione unionale della concessione è da rinvenirsi nella Direttiva 93/37/CEE, la quale, tuttavia, si limitava a definire la concessione in parte per analogia e in parte per contrapposizione con il contratto d'appalto: *“un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*.

Quando la Presidenza del Consiglio dei Ministri, con la circolare 1 marzo 2002, n. 3944, mise mano all'indicazione dei principi comunitari da ritenersi vincolanti per tutte le forme di concessione, non poté quindi fare altro che limitarsi a delineare i criteri distintivi tra concessione di servizi e appalti di servizi.

A differenza di ciò che accade nell'appalto, al concessionario di servizio viene riconosciuto, in luogo di un corrispettivo, il solo diritto a ottenere la remunerazione dell'attività svolta attraverso la possibilità di gestire il servizio stesso per un determinato periodo di tempo.

Si ha dunque concessione di servizi quando l'operatore assume su di sé i rischi connessi alla gestione, rivalendosi sull'utente attraverso la riscossione di canoni.

Quindi, mentre l'appalto di servizi e di lavori pubblici riguarda prestazioni rese dall'appaltatore direttamente a favore della PA appaltante, la concessione produce un rapporto più complesso che si articola su tre soggetti: l'Amministrazione, il concessionario e gli utenti (ciò è stato affermato anche dalla Corte di Giustizia europea nella sentenza 18 luglio 2007, adottata nella causa C-382/05: i fattori determinanti ai fini della distinzione tra appalto e concessione devono essere ravvisati nell'assunzione del rischio di gestione e nel meccanismo di remunerazione dell'investimento. La Corte ha, nell'occasione, affermato la necessità di accertare la sussistenza del rischio in modo rigoroso).

Già negli anni 2000, la dottrina inizia a evidenziare come la concessione di servizi pubblici fosse divenuta, grazie all'influsso dello spirito comunitario, un imprescindibile strumento di cooperazione tra soggetto pubblico e soggetto privato (che pone a disposizione dell'Amministrazione e, dunque, della collettività, i propri capitali e la propria capacità imprenditoriale), laddove l'appalto continuava, invece, a rimanere lo strumento tipico di affidamento del servizio a terzi.

6. La concessione nell'attuale Codice dei contratti pubblici

Nell'attuale Codice dei contratti pubblici la concessione – come detto - è divenuta la figura principale di partenariato pubblico privato.

Ai sensi dell'art. 176, comma 2, la disciplina prevista per i contratti di concessione si applica, infatti, anche a quelli aventi ad oggetto i servizi economici di interesse generale (ferme restando le esclusioni di cui all'art. 181).

In questo modo il Codice ha voluto chiarire la questione, a fronte degli orientamenti, dottrinali e giurisprudenziali, secondo cui il contratto di concessione di servizi avrebbe dovuto distinguersi dalla concessione di servizio pubblico: oggetto del contratto di concessione, quindi, possono essere sia i servizi di interesse economico generale rivolti alla collettività, sia i servizi strumentali volti a

soddisfare il fabbisogno interno dell'Amministrazione concedente, in questo ultimo caso fungendo da strumento alternativo all'appalto³⁸.

Tuttavia, la disciplina della relazione contrattuale tra Amministrazione pubblica e gestore di un servizio di interesse economico generale risulta dalla combinazione di due corpi normativi: la contrattualistica pubblica e la regolazione dei servizi di interesse economico generale (in questo senso, il principale riferimento è il D.Lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 di “*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*”).

Il contratto di concessione è disciplinato dall'art. 177 del Codice, che individua il trasferimento del rischio operativo come suo elemento caratterizzante: l'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, declinato sia dal lato della domanda che dal lato dell'offerta o da entrambi.

Per rischio dal lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto, mentre per rischio dal lato dell'offerta si intende quello associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto.

Il rischio operativo rilevante ai fini della qualificazione dell'operazione economica come concessione è quello che deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti e non rilevano, dunque, i rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a cause di forza maggiore.

Con riferimento alla “effettività” della traslazione, si considera che il concessionario abbia assunto il rischio operativo quando, in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione.

La parte del rischio trasferita al concessionario deve comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subito dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile.

Sono ammesse anche traslazioni parziali purché la parte del rischio trasferita al privato lo esponga effettivamente alle fluttuazioni di mercato.

7. Trasferimento e allocazione presso l'operatore privato del rischio operativo

Se il trasferimento (momento dinamico) del rischio deve essere “effettivo”, la sua allocazione (momento statico) presso l'operatore privato deve essere, oltre che effettiva, anche e più propriamente “corretta”.

La corretta allocazione dei rischi è imprescindibile per qualificare il contratto come concessione e ciò passa necessariamente dalla attenta definizione del Piano economico finanziario, quale strumento indispensabile per verificare la concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l'intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico finanziario del contratto stesso.

³⁸ Cfr. D. Simeoli, *Il partenariato pubblico-privato come modello di cooperazione finanziaria e operativa*, in *Il codice dei contratti pubblici. Riforma e correttivo*, Napoli, 2025, p. 619

L'assetto di interessi dedotto nel contratto di concessione deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e di sostenibilità finanziaria: l'equilibrio economico-finanziario sussiste quando i ricavi attesi del progetto sono in grado di coprire i costi operativi e i costi di investimento, di remunerare e rimborsare il capitale di debito e di remunerare il capitale di rischio.

L'art. 175, comma 2, ha previsto in modo esplicito che il ricorso al partenariato debba essere preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità che si deve incentrare, oltre che sull'idoneità del progetto ad essere finanziato con risorse private, anche sulla "efficiente allocazione del rischio operativo"³⁹.

La disposizione, tuttavia, non chiarisce quando l'allocazione del rischio debba ritenersi efficientemente realizzata.

L'attuale Codice si discosta, sotto questo profilo, dalla scelta effettuata nel 2016, in cui si dettava una tassonomia estremamente analitica dei rischi allocabili in capo alle parti dei contratti di partenariato, e ne abbozza solo alcuni tratti generali, demandandone la specificazione ad atti amministrativi generali (bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo redatti da ANAC), o alla prassi amministrativa⁴⁰.

Uno degli elementi che concorre a determinare l'equilibrio economico finanziario del rapporto è la durata della concessione, che, ai sensi dell'art. 178, è limitata e deve essere fissata dall'ente concedente valutando le caratteristiche del caso concreto in relazione ai lavori o ai servizi richiesti al concessionario.

La durata massima della concessione deve essere indicata nei documenti di gara, a meno che essa non sia utilizzata come criterio di aggiudicazione del contratto.

Per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima non deve superare il periodo di tempo in cui si può ragionevolmente prevedere che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale.

8. La modifica dei contratti di concessione

Ai sensi dell'art. 189 del Codice, le concessioni possono essere modificate senza una nuova procedura di aggiudicazione nel caso in cui le variazioni, a prescindere dal loro valore monetario,

³⁹ Ai sensi dell'art. 175, "1. Le pubbliche amministrazioni adottano il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato. 2. Il ricorso al partenariato pubblico-privato è preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità. La valutazione si incentra sull'idoneità del progetto a essere finanziato con risorse private, sulle condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra costi e benefici, sulla efficiente allocazione del rischio operativo, sulla capacità di generare soluzioni innovative, nonché sulla capacità di indebitamento dell'ente e sulla disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale. A tal fine, la valutazione confronta 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". La disposizione prevede, quindi, che la scelta del partenariato pubblico-privato sia basata su approfondite valutazioni in ordine alla sua convenienza e fattibilità.

⁴⁰ La dottrina ritiene che, trattandosi di un rischio di natura economica, l'efficienza debba essere necessariamente valutata secondo criteri economico finanziari. Cfr., G.F. Cartei, *Il rischio operativo e i suoi confini*, in *Il diritto dell'economia*, 2, 2024, p. 192.

siano state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili (che possono comprendere la revisione dei prezzi) e nel caso in cui si tratti di lavori o servizi supplementari non inclusi nella concessione iniziale ma che si siano resi successivamente necessari.

In tale ultimo caso, è presupposto imprescindibile che il cambiamento del concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici, o che tale cambiamento comporti per l'ente concedente notevoli inconvenienti (o una sostanziale duplicazione dei costi), oppure ancora che siano soddisfatte tutte le condizioni analiticamente previste dalla disposizione, tra le quali quelle per cui la necessità di modifica sia stata determinata da circostanze che un ente concedente diligente non avrebbe potuto prevedere e che la variazione non alteri la natura generale della concessione.

La modifica di una concessione durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale se la natura della concessione muta nella sua essenza rispetto a quella inizialmente conclusa.

In ogni caso, una modifica è considerata sostanziale se siano integrati gli estremi di una o più delle circostanze previste dall'art. 189, tra le quali:

- l'introduzione di condizioni che se fossero state contenute nella procedura iniziale di aggiudicazione avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata,
- la modifica alteri l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale.

La stazione appaltante, nella logica del risultato e quindi nell'ottica di non cambiare operatore economico, potrebbe essere indotta, applicando la regola del caso concreto, a ritenere che l'operazione economica sottesa non sia stata alterata e che pertanto si tratti di mera variante non soggetta a obbligo di nuova procedura di aggiudicazione.

9. Elementi di distinzione tra concessione e appalto nell'attuale quadro normativo

L'attuale Codice dei contratti pubblici, come sottolineato dal Giudice amministrativo, ha compiuto la scelta di *“regolamentare in via autonoma le concessioni, quali species del genus del partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale, riconoscendone l'autonomia rispetto ai contratti di appalto non solo per quanto attiene agli aspetti sostanziali, ma anche per quanto di specifica attinenza ai profili procedurali. Si assiste, infatti, ad una autonoma regolamentazione delle procedure di affidamento delle concessioni, senza alcun rinvio alla disciplina riguardante il settore degli appalti, al fine, evidentemente ritenuto essenziale, di attribuire autonoma dignità ad una porzione ormai rilevante dei contratti pubblici”* (TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 18 giugno 2024, n. 155).

Nella distinzione fra concessione (e, per estensione, partenariato pubblico privato contrattuale) e appalto, il profilo della corretta allocazione del rischio e della sua effettiva traslazione presso l'operatore economico pare essere rimasto l'unico elemento veramente discrezionale tra i due istituti in quanto peraltro, da un punto di vista economico, indispensabile per garantire la possibilità per l'Amministrazione di contabilizzare l'operazione fuori bilancio e di non creare debito pubblico.

Non si applicano, infatti, le disposizioni sulla concessione, ma quelle sugli appalti, se l'ente concedente attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale solleva l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi da sostenersi in relazione all'esecuzione del contratto.

L'attuale Codice, a differenza del precedente, non pone un limite fisso al valore dell'eventuale contributo pubblico (*“Se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario, è ammesso un intervento pubblico di sostegno. L'intervento pubblico può consistere in un contributo finanziario, nella prestazione di garanzie o nella cessione in proprietà di beni immobili o di altri diritti”*, art. 177, comma 6).

Nel caso in cui i criteri previsti siano violati dall'operazione contrattuale posta concretamente in essere, occorre procedere alla riqualificazione del rapporto negoziale.

In passato, la giurisprudenza aveva postulato anche la nullità per illiceità della causa (ai sensi dell'art. 1344 c.c.) del contratto di concessione posto in essere senza una efficace allocazione dei rischi, in quanto utilizzato per perseguire uno scopo vietato dalla legge: *“Il contratto di concessione in esame si deve qualificare, infatti, come contratto nullo per la illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 (Contratto in frode alla legge) del codice civile. L'operazione negoziale ed economica conclusa all'esito della procedura di affidamento in esame, si caratterizza per costituire uno strumento con il quale si elude l'applicazione delle norme e dei principi che disciplinano la concessione di lavori pubblici e il project financing, facendo conseguire alle parti un risultato precluso dall'ordinamento. E ciò – si ribadisce – attraverso la previsione (in netto contrasto con lo schema normativo tipico) di una remunerazione degli investimenti dei privati concessionari posta interamente a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, senza che si verifichi quella traslazione in capo ai privati del rischio economico e gestionale (elemento essenziale dello schema contrattuale del project financing) collegato alla svolgimento dei servizi erogati attraverso le opere pubbliche realizzate, in modo tale che il rientro e l'adeguata remunerazione dei capitali investiti siano assicurati dalla redditività dell'iniziativa economica intrapresa”* (TAR Sardegna, Sez. I, 10 marzo 2011, n. 213).

La questione diviene più complessa nel caso dei contratti misti di concessione, disciplinati dall'art. 180 del Codice.

I contratti misti che contengono elementi della concessione ed elementi dell'appalto pubblico sono infatti aggiudicati in conformità alla disciplina degli appalti.

Più in generale, ai sensi della predetta disposizione, l'affidamento di un contratto di concessione può prevedere l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio e in tali casi, al fine di individuare la disciplina applicabile, occorre valutare il nesso di strumentalità che lega le prestazioni.

Il criterio distintivo è dunque quello della valutazione del nesso di strumentalità che lega la gestione del servizio all'esecuzione dei lavori, in quanto l'aggiudicazione avviene secondo le disposizioni che regolano l'affidamento della prestazione principale del contratto. Il criterio della prevalenza deve essere applicato adoperando un approccio sostanziale e non meramente economico.

In questo senso il Consiglio di Stato si era già pronunciato anche nella vigenza del vecchio codice (Sez. V, 19 giugno 2019, n. 4186): *“La giurisprudenza formatasi nel vigore del precedente codice dei contratti pubblici (ma estensibile a quello vigente, come è dato desumere dall'art. 169, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016) afferma che qualora l'affidamento contempli l'esecuzione dei lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, la linea di demarcazione tra i diversi istituti va individuata avendo di mira la direzione del nesso di strumentalità che lega gestione del servizio ed esecuzione dei lavori, nel senso che solo laddove la gestione del servizio sia servente rispetto alla costruzione delle opere è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici; viceversa, l'inserimento dei lavori all'interno di un programma complesso rivolto alla gestione dei servizi*

volti a soddisfare esigenze primarie di rilievo sociale induce a ritenere che siano i lavori a porsi in termini obiettivamente accessori o secondari rispetto alla gestione delle strutture (Cons. Stato, Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7)”.

Nel rapporto tra appalto e partenariato pubblico privato, ha perso rilevanza dirimente l'elemento della bilateralità o trilateralità del contratto, in quanto anche le opere fredde, con riferimento alle quali il privato trae la propria remunerazione solo da pagamenti effettuati dall'Amministrazione, possono essere oggetto di un contratto di partenariato pubblico privato.

Le opere fredde non generano ricavi propri e necessitano di un pagamento, o canone, da parte della Pubblica Amministrazione per garantire la remunerazione del privato.

La fattispecie contrattuale più adatta per questa ipotesi risulta essere il contratto di disponibilità.

10. Il bando nei procedimenti di aggiudicazione delle concessioni

La procedura di affidamento della concessione è disciplinata dall'art. 182 del Codice dei contratti pubblici (“*Bando*”): gli enti concedenti che intendono aggiudicare una concessione rendono nota tale intenzione per mezzo di un bando di concessione.

Il bando indica i requisiti tecnici e funzionali che definiscono le caratteristiche richieste per i lavori o i servizi oggetto della concessione.

Agli enti concedenti non è richiesto di pubblicare un bando di concessione quando i lavori o i servizi possono essere forniti soltanto da un determinato operatore economico per le ragioni specificamente indicate, come nel caso di assenza di concorrenza per motivi tecnici o di esistenza di un diritto esclusivo⁴¹.

In tali ipotesi, tuttavia, l'eccezione alla regola della necessaria pubblicazione del bando si applica unicamente qualora non esistano alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non sia il risultato di una limitazione artificiosa dei parametri per l'aggiudicazione della concessione.

Nel caso in cui, all'esito della pubblicazione del bando per l'aggiudicazione della concessione, non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata⁴² o non sia stata depositata alcuna candidatura o alcuna candidatura appropriata, agli enti concedenti non è richiesto di pubblicare un nuovo bando purché le condizioni iniziali del contratto di concessione non siano sostanzialmente modificate. In tal caso va presentata una relazione all'Autorità di regolazione del settore.

Ai sensi dell'art. 183, le concessioni sono aggiudicate sulla base dei criteri stabiliti dall'ente concedente purché siano soddisfatte tutte le condizioni indicate.

Con riferimento all'offerta, essa deve rispondere ai requisiti minimi⁴³ prescritti dall'ente concedente e deve ottemperare alle condizioni di partecipazione relative alle capacità tecniche e professionali e

⁴¹ Le altre ipotesi sono costituite dall'essere oggetto della concessione la creazione o l'acquisizione di un'opera o di una rappresentazione artistica unica o dalla sussistenza di esigenze connesse alla tutela dei diritti di proprietà intellettuale e di diritti esclusivi diversi da quelli definiti all'art. 5, punto 10, della Direttiva 2014/23/UE.

⁴² Un'offerta è ritenuta non appropriata se non presenta alcuna pertinenza con la concessione ed è quindi manifestamente inadeguata, a meno di modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze e ai requisiti dell'ente concedente specificati nei documenti di gara.

⁴³ I requisiti minimi contengono le condizioni e le caratteristiche, in particolare tecniche, fisiche, funzionali e giuridiche, che ogni offerta deve soddisfare o possedere.

alla capacità finanziaria ed economica richieste nel bando.

Con riferimento all'offerente, questo non deve essere escluso dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione ai sensi degli articoli 94, 95, con riferimento agli accordi internazionali elencati nell'allegato X alla Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, 96, 97 e 98.

L'ente concedente può limitare il numero di candidati o di offerenti a un livello adeguato, purché ciò avvenga in modo trasparente e sulla base di criteri oggettivi.

Il numero di candidati o di offerenti invitati a partecipare deve essere sufficiente a garantire un'effettiva concorrenza.

L'ente concedente può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti. L'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non sono modificati nel corso delle negoziazioni.

Le condizioni di partecipazione sono correlate e proporzionali alla necessità di garantire la capacità del concessionario di eseguire la concessione, tenendo conto dell'oggetto della concessione e dell'obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva.