



.....OMISSIS.....

## Oggetto

.....OMISSIS..... – art. 174 d.lgs. 36/2023 - partenariato pubblico-privato – richiesta di parere.

UPREC-CONS-128 -2024-FC

### **FUNZ CONS 49/2024**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 31 luglio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 90753, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 9 ottobre 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269/2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti.

Con la nota sopra indicata, l'istante (.....OMISSIS.....) comunica di voler partecipare ad un bando di gara indetto ai sensi dell'art. 193 d.lgs. 36/2023, avente ad oggetto la riqualificazione e la valorizzazione economica di una ex caserma di proprietà demaniale, nella forma del partenariato pubblico privato (PPP). A tal fine, la Fondazione avrebbe costituito un RTI con la .....OMISSIS..... e con .....OMISSIS....., con un capitale iniziale di 10 milioni di euro, nella misura del 50% da parte della Fondazione istante e il restante 50% rispettivamente 25% della .....OMISSIS..... e 25% .....OMISSIS..... Nel caso di assegnazione del progetto, il RTI provvederebbe alla costituzione di una società di scopo (SPV). Gli operatori in RTI avrebbero inoltre ripartito i compiti per la realizzazione del medesimo progetto, provvedendo ad assegnare alla Fondazione richiedente la ricerca di linee di finanziamento nell'ambito del sistema bancario o di altri soggetti finanziatori e remunerati a tassi di mercato, agli altri partecipanti al raggruppamento, la parte scientifica direttamente o per il tramite di soggetti terzi e lo svolgimento di servizi all'interno del complesso (compito che richiederà un impiego di mezzi e know-how il cui valore economico seppure non immediatamente quantificabile è di indubbia consistenza).

La richiedente sottolinea al riguardo che il .....OMISSIS..... avrebbe richiesto assicurazione (tra l'altro) sul fatto che il progetto, considerato nella sua evoluzione prevista in termini economico finanziari, non determini, in base agli accordi contrattuali, un ricorso alle risorse del Fondo biomedico come finanziatore in ultima istanza, con uno squilibrio a carico delle risorse pubbliche non coerente con l'istituto del PPP.

Per quanto sopra, la Fondazione (la cui natura giuridica è privata, seppure posta sotto la vigilanza di un'amministrazione pubblica e i cui fondi sono di provenienza pubblica) ritenendo

consentita, in via generale, sia la sua partecipazione ad un RTI con soggetti privati in misura non necessariamente equivalente, sia apportare al progetto di cui al PPP un contributo per la copertura dei bisogni finanziari pari o maggiore rispetto agli altri partner privati, nel rispetto comunque delle disposizioni contenute del Codice, ha chiesto all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 174 del d.lgs. 36/2023, nella parte in cui stabilisce, per il ricorso a strumenti di PPP, che «la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima» (comma 1, lett b). Si chiede quindi di chiarire il concetto di "misura significativa" delle risorse da reperire da parte privata, previsto dalla norma, in ragione del fatto che la richiedente è una Fondazione di diritto privato che gestisce fondi pubblici del .....OMISSIS....., nei termini sopra indicati.

Al fine di fornire riscontro sul quesito posto, sembra opportuno, in primo luogo, esprimere avviso in ordine alla possibilità per il soggetto istante di partecipare a gare pubbliche.

Invero, tale possibilità sembra confermata dall'art. 65, comma 1, del d.lgs. 36/2023 ai sensi del quale «*Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 1, lettera l), dell'allegato I.1, nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi*». A sua volta, l'articolo 1, lett. l), dell'Allegato I.1., cui rinvia la norma, definisce l'"operatore economico" come «*qualsiasi persona o ente, anche senza scopo di lucro, che, a prescindere dalla forma giuridica e dalla natura pubblica o privata, può offrire sul mercato, in forza del diritto nazionale, prestazioni di lavori, servizi o forniture corrispondenti a quelli oggetto della procedura di evidenza pubblica*». Dunque il Codice, nell'enucleare i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, non fa riferimento alla forma, della natura e alle modalità di costituzione degli stessi.

Tali disposizioni, infatti, in continuità con il previgente d.lgs. 50/2016 (art. 3, comma 1, lett. pp) e art. 45, comma 1) recepiscono la nozione di "operatore economico" contenuta nella direttiva 24/2014/UE che, al considerando 14, evidenzia che «la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza». All'art. 19, comma 1, stabilisce inoltre che «Gli operatori economici che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi, non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche».

Conformemente alle norme richiamate, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha delineato un'ampia nozione di "operatore economico" idonea a ricomprendere qualunque persona e/o ente attivo sul mercato «a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare», precisando che qualora un ente sia abilitato in forza del diritto nazionale a offrire sul mercato «la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare» (considerando 14 della direttiva n. 2014/24/UE), esso non può vedersi negato il diritto di partecipare a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico avente ad oggetto la prestazione delle stesse prestazioni, e

ciò anche quando tale preclusione sia determinata da specifiche presunzioni discendenti dalla sua forma giuridica, quale quella di ente senza scopo di lucro (Corte di Giustizia U.E., sezione X, 11 giugno 2020, nella causa C-219/19, con riguardo al diritto di una fondazione di diritto privato, costituita ai sensi dell'art. 14 del Codice civile, di partecipare alle gare per l'affidamento di servizi di architettura e ingegneria). A tale indirizzo si è conformato il giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. V, n. 2734/2023, Cons. Stato, sez. V, n. 1515/2021; Cons. Stato, sez. VI, n. 3897/2009).

Per quanto sopra, deve ritenersi consentita in via generale, per le fondazioni, la partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici, qualora tale partecipazione sia funzionale ai loro scopi e trovi quindi riscontro nella disciplina statutaria delle stesse, le quali, inoltre, dovranno essere in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara, sia con riguardo a quelli di ordine generale e sia con riguardo a quelli di ordine speciale come indicati dal d.lgs. 36/2023, in relazione alle prestazioni di forniture, servizi e lavori, oggetto di affidamento.

Tra tali procedure di affidamento, possono annoverarsi anche quelle volte alla conclusione di un contratto di partenariato pubblico-privato, secondo le disposizioni degli articoli 174 e seguenti del Codice e nel rispetto delle condizioni ivi previste.

A tal riguardo, al fine di fornire un indirizzo sul quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità, sembra utile osservare che il «Partenariato Pubblico-Privato viene definito dal Libro verde del 2004 quale forma di cooperazione tra la Pubblica Amministrazione e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio, i cui caratteri indispensabili sono: a) una collaborazione di lunga durata tra potere pubblico e soggetto privato; b) il finanziamento del progetto garantito in tutto o in parte dal settore privato; c) la partecipazione strategica dell'Operatore privato a tutte le fasi del progetto, dove l'Amministrazione si occupa innanzitutto di definire gli obiettivi da raggiungere al fine di soddisfare l'interesse pubblico sottostante; d) un'effettiva distribuzione dei rischi tra Pubblica Amministrazione e comparto privato, da effettuarsi caso per caso» (in tal senso relazione illustrativa "*Contratto tipo di rendimento energetico o di prestazione energetica (Energy Performance Contract) per gli edifici pubblici*" approvato con Delibera n. 349/2024, contenente anche indicazioni generali sul PPP).

In coerenza con quanto sopra, l'art. 174 del d.lgs. 36/2023, fornendo una definizione dell'istituto in esame, chiarisce che il PPP è un'operazione economica in cui ricorrono congiuntamente le seguenti caratteristiche «a) tra un ente concedente e uno o più operatori economici privati è instaurato un rapporto contrattuale di lungo periodo per raggiungere un risultato di interesse pubblico; b) la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima; c) alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto, mentre alla parte pubblica quello di definire gli obiettivi e di verificarne l'attuazione; d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato». Per quanto di interesse ai fini del parere, il comma 3 della disposizione aggiunge che «Le modalità di allocazione del rischio operativo, la durata del contratto di partenariato pubblico-privato, le modalità di determinazione della soglia e i metodi di calcolo del valore stimato sono disciplinate dagli articoli 177, 178 e 179».

A sua volta l'art. 177, comma 6, stabilisce che «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. [...]». Il comma 7 aggiunge che «Ai soli fini di contabilità pubblica si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat. In ogni caso, 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».

Sulla base delle disposizioni richiamate, quindi, nei contratti di PPP, devono congiuntamente ricorrere tutte le caratteristiche indicate nell'art. 174 del Codice. Tra queste, uno dei tratti essenziali è rappresentato dalla copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto come proveniente in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima.

L'ente concedente può partecipare al finanziamento del contratto se l'operazione economica non può da sola conseguire l'equilibrio economico-finanziario e «le modalità di partecipazione possono variare di contratto in contratto e possono prevedere contributi, prestiti, partecipazioni al capitale, garanzie e altre forme di incentivo. Resta ferma l'esigenza – in ogni caso – che ogni operazione strutturata in Partenariato Pubblico-Privato o in concessione, per potersi legittimamente configurare come tale deve garantire il rispetto di quanto previsto dalla normativa applicabile, in particolare in tema di corretta allocazione dei rischi tra le parti. Sul punto le Linee Guida Anac n. 9 aggiornate al 2023, emanate in attuazione dell'articolo 181, comma 4, dell'abrogato d.lgs. n. 50/2016, rappresentano tutt'ora un utile parametro di riferimento» (Relazione illustrativa "Contratto tipo di rendimento energetico o di prestazione energetica (Energy Performance Contract) per gli edifici pubblici" cit.).

Con riguardo all'entità del finanziamento da parte dell'ente concedente in tale ambito, occorre sottolineare che l'art. 177 del d.lgs. 36/2023, sopra richiamato, a differenza dell'art. 165 del previgente d.lgs. 50/2016 (che, al comma 2, prevedeva un contributo pubblico massimo del 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari; così anche l'art. 180, comma 6), non stabilisce più un "tetto" massimo a tale sostegno pubblico, propendendo per una soluzione proporzionata e coerente con il diritto europeo, posto che ai fini in esame «la direttiva europea del 2014, pur chiedendo di prendere in considerazione il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario, detta il requisito della traslazione del rischio operativo in termini qualitativi e non rigidamente quantitativi. In particolare, rispetto alla configurazione del tipo contrattuale, la direttiva europea non contempla un limite fisso all'ammontare della contribuzione pubblica necessaria a porre l'operazione economica finanziaria in equilibrio (...), purché nel complesso l'operazione economica rispetti le sopra citate condizioni di traslazione del rischio operativo (...)» (Relazione Illustrativa del Codice).

Dunque, nel nuovo Codice, non è più previsto, il limite del 49% per il contributo pubblico nell'ambito del PPP (come invece nel d.lgs. 50/2016) ed è stabilito al riguardo (art. 177, co. 7), ai soli fini di contabilità pubblica, un rinvio diretto alle decisioni Eurostat, stabilendo che l'eventuale riconoscimento di un contributo pubblico in misura superiore a quella prevista dalle predette decisioni, non consente la contabilizzazione degli asset fuori bilancio.

Il d.lgs. 36/2023 aggiunge al riguardo che non si applicano le disposizioni in tema di concessioni ma quelle in tema di appalti, «se l'ente concedente attraverso clausole contrattuali o altri atti di regolazione settoriale sollevi l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale, garantendogli un ricavo minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto» (art. 177, comma 6), in altri termini nel caso in cui non si verifichi il trasferimento del rischio operativo in capo al privato.

In tale contesto, quindi, gli elementi principali dell'operazione di PPP sono rappresentati dall'assunzione del predetto rischio operativo in capo all'operatore economico (che costituisce elemento discriminante tra concessione e appalto), nonché dall'equilibrio economico-finanziario

dell'operazione «intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità» (art. 177, c. 5, Codice dei contratti pubblici). L'equilibrio economico e finanziario di un progetto si verifica quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto sono sufficienti a coprire i costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi il rimborso del capitale investito e la remunerazione ad un tasso congruo» (Corte dei conti, delibera n. 37/2024).

Sulla base di tali considerazioni, quindi, può sinteticamente affermarsi che il contratto di PPP è disciplinato dal Codice come uno schema negoziale nel quale la parte privata è chiamata a contribuire con capitale proprio o con fonti di finanziamento dalla stessa reperite, alla realizzazione del progetto a base di gara, sopportandone il rischio operativo (art. 177), mentre il sostegno pubblico è previsto, nei limiti consentiti dal Codice (per garantire l'equilibrio economico-finanziario del progetto in affidamento), come proveniente dall'ente concedente. L'entità di tale sostegno pubblico non è definita dal d.lgs. 36/2023, ma nell'ambito dell'assetto contrattuale sotteso alla realizzazione del PPP, tale sostegno deve essere limitato alla consistenza necessaria al raggiungimento dell'equilibrio-economico finanziario dell'operazione.

Pertanto, in risposta al quesito sollevato dalla Fondazione, può osservarsi che la disposizione dell'art. 174, comma 1, lett. b) del d.lgs. 36/2023, laddove stabilisce che nell'ambito di un'operazione di PPP «la copertura dei fabbisogni finanziari connessi alla realizzazione del progetto proviene in misura significativa da risorse reperite dalla parte privata, anche in ragione del rischio operativo assunto dalla medesima», deve essere intesa come obbligo, per il soggetto privato, di contribuire direttamente con il proprio capitale o mediante ricorso a fonti di finanziamento reperite sul mercato o ancora mediante apporti di natura non esclusivamente monetaria, alla realizzazione del progetto oggetto di affidamento, al fine di garantire l'assunzione del rischio operativo da parte dello stesso nei termini indicati dall'art. 177, potendo l'ente concedente intervenire con un sostegno pubblico nel solo caso in cui lo stesso sia necessario per il raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario del progetto (art. 177, comma 6).

Laddove, quindi, la Fondazione richiedente risultasse aggiudicataria della gara per l'affidamento di un PPP, nei termini indicati nell'istanza di parere, la stessa – quale soggetto privato affidatario – non potrebbe ricorrere, per la realizzazione del progetto, ai fondi pubblici ad essa assegnati dal Ministero vigilante per il perseguimento degli interessi statutarî, in misura tale da invertire la proporzione della significatività della provenienza privata delle fonti di finanziamento da reperirsi sul mercato, tenuto conto anche dell'eventuale finanziamento previsto a carico dell'ente concedente.

In caso contrario, infatti, al sostegno pubblico da parte dell'ente concedente, eventualmente previsto ai sensi dell'art. 177, comma 6, del Codice, si potrebbe aggiungere un'ulteriore fonte di finanziamento pubblico dell'operazione da parte dell'aggiudicatario che paradossalmente porterebbe non solo ad escludere la "significatività" della copertura dei fabbisogni finanziari con risorse reperite dalla parte privata, ma all'ipotesi contraria (significativi diverrebbero i finanziamenti pubblici), in antitesi con lo schema proprio del PPP, come definito dallo stesso art. 174 del codice dei contratti pubblici.

Resta in ogni caso, in capo al Ministero vigilante, nell'esercizio delle prerogative previste nella legge istitutiva della Fondazione e nello Statuto della stessa, ogni valutazione in ordine alla coerenza della partecipazione alla procedura di gara e della eventuale esecuzione del contratto, con gli scopi dalla medesima perseguiti e, in generale, con la disciplina statutaria della Fondazione.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette alla Fondazione richiedente ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato, ferma restando la disponibilità,

da parte dell'Autorità, in ottica collaborativa, a fornire supporto analizzando ulteriori soluzioni eventualmente formulate dalla stessa richiedente in ordine alla fattispecie esaminata.

*Avv. Giuseppe Busia*

*Firmato digitalmente*