

## Appalti

# Dai requisiti (di Pa e imprese) ai subappalti: le criticità che rischiano di frenare il Ppp anche con il nuovo codice

di Roberto Mangani

05 Ottobre 2023

Il Dlgs 36 ha operato una meritoria semplificazione delle norme su concessioni e project financing ma restano dei punti che generano ancora dubbi e incertezze nella prassi operativa

Il nuovo Codice dei contratti pubblici ha attuato una meritoria opera di sistematizzazione delle norme in materia di partenariato pubblico – privato. In particolare, la disciplina viene articolata con alcune disposizioni di apertura che contengono i principi generali del Ppp, cui seguono le specifiche norme relative ai singoli istituti in cui lo stesso può trovare concretizzazione.

Particolarmente efficace risulta in questo senso la netta distinzione che viene operata tra la concessione - intendendosi per tale quella che viene attivata su iniziativa esclusiva dell'ente concedente - e la finanza di progetto che, pur risolvendosi anch'essa nell'affidamento di una concessione, si caratterizza perché l'iniziativa è del privato promotore. Viene in questo modo superata la commistione presente nel Dlgs 50/2016, che unificava in un'unica disciplina le due ipotesi, ingenerando non pochi elementi di confusione. La disciplina complessiva del Ppp presenta però ancora una serie di elementi critici, che possono ingenerare dubbi e incertezze nella prassi operativa.

### Questioni di carattere generale

L'articolo 174, comma 1 contiene una disposizione che a una prima lettura può passare inosservata, ma che al contrario può costituire un limite significativo alla piena operatività dei contratti di Ppp.

Viene infatti previsto che ~~tali~~ <sup>altri</sup> contratti possono essere stipulati soltanto da enti concedenti che siano qualificati ai sensi dell'articolo 63. Ciò significa che le stazioni appaltanti che non si siano preventivamente qualificate non possono stipulare contratti di concessione o altri contratti di Ppp.

Si potrebbe discutere se, nel caso in cui il procedimento per la qualificazione sia stato avviato ma non ancora concluso, gli enti concedenti possano comunque avviare le procedure per l'affidamento di una concessione o essere destinatari di proposte di project financing, considerato che la disposizione testualmente contempla l'obbligo di qualificazione ai fini della stipulazione del contratto.

In ogni caso, da un lato di tale circostanza l'ente concedente dovrebbe dare chiara evidenza nella documentazione di gara relativa alla procedura di affidamento della concessione; dall'altro, difficilmente i potenziali concorrenti e ancor più i promotori privati sarebbero disponibili a presentare offerte o proposte – che presuppongono un significativo impiego di risorse economiche e di tempo – non avendo la certezza che l'ente concedente possa poi attivare tutte le successive fasi della procedura.

Una seconda questione è di carattere esclusivamente pratico. Sempre l'articolo 174 al comma 3 elenca le principali tipologie di contratti di Ppp, ma lascia aperta la relativa definizione per ricomprendervi gli altri contratti che abbiano i contenuti indicati al precedente comma 1. In realtà non è agevole individuare altre tipologie contrattuali oltre a quelle elencate che abbiano le caratteristiche tipiche del Ppp.

Infine, una notazione sui contratti di concessione relativi alle così dette "opere fredde". Si tratta delle concessioni in cui i proventi del concessionario non derivano dal rischio associato alla domanda (cioè dal ricavato della gestione a favore di una massa indifferenziata di utenti), bensì dal rischio associato all'offerta (corrispettivo versato dall'ente concedente a fronte della disponibilità dell'opera e del relativo servizio).

L'articolo 177, comma 4 stabilisce che in questa tipologia di concessioni il corrispettivo venga erogato da parte dell'ente concedente solo a fronte dell'effettiva disponibilità dell'opera, e che il contratto debba altresì prevedere un sistema di penali a fronte della mancata o ridotta disponibilità.

Va evidenziato che pur essendo questa tipologia di concessione ormai consacrata nel quadro normativo e nella prassi, le sue caratteristiche la incentrano sul rapporto economico tra ente concedente e concessionario, mentre viene meno l'elemento costituito dall'ottenimento del flusso dei ricavi del concessionario esclusivamente dal mercato.

Questo tratto caratterizzante comporta la necessità che l'ente concedente disciplini in modo molto puntuale e rigoroso le modalità di corresponsione del corrispettivo e le relative clausole penali, per rendere ben evidente l'allocazione del rischio operativo in capo al concessionario ed evitare che la concessione finisca per tramutarsi in un appalto mascherato.

### **I requisiti dei concessionari**

La disciplina non offre immediata evidenza delle modalità di individuazione dei requisiti dei concessionari. Per definire tali modalità occorre prendere in considerazione alcune disposizioni di dettaglio. Le norme primarie si limitano infatti a prevedere che ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento delle concessioni gli operatori economici devono possedere i requisiti relativi alla capacità tecnico-professionale e economico-finanziaria stabiliti nel bando.

Tuttavia gli enti concedenti non hanno una totale discrezionalità nella determinazione di tali requisiti. Vi è infatti una specifica previsione che si occupa dei requisiti dei concessionari, ancorché sia inserita in un contesto più ampio, e cioè nell'Allegato II.12, che in realtà è relativo al sistema di qualificazione degli esecutori di lavori. L'articolo 33 di tale Allegato si occupa – con una previsione che può apparire impropriamente collocata ma che secondo le medesime modalità era già contenuta nel precedente regime normativo – dei requisiti dei concessionari.

Tali requisiti riproducono quanto già previsto nella vigenza del Dlgs 50/2016. Tutti i concessionari devono risultare in possesso dei seguenti requisiti:

- a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al 10 per cento dell'investimento previsto per l'intervento;
- b) capitale sociale non inferiore a un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento;
- c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al 5 per cento dell'investimento previsto per l'intervento;
- d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il 2 per cento dell'investimento previsto dall'intervento.

Nel caso in cui i concessionari intendano anche eseguire i lavori con la propria organizzazione d'impresa, dovranno possedere anche i requisiti tipici degli esecutori.

### **Gli affidamenti dei concessionari**

Anche sotto questo profilo, la disciplina applicabile presenta dei margini di incertezza che impongono un'operazione interpretativa di coordinamento tra diverse disposizioni. Il punto di partenza è costituito dall'articolo 186, comma 1, secondo cui gli appalti affidati dai concessionari che siano stazioni appaltanti sono integralmente soggetti alle disposizioni del Codice.

La nozione di stazione appaltante è definita all'articolo 1 dell'Allegato I.1. È considerato tale qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture e che è comunque tenuto, nella scelta del contraente, al rispetto del codice.

La lettura coordinata di queste due previsioni porta quindi a ritenere che i concessionari, anche se privati, quando affidano appalti a soggetti terzi devono adottare le procedure previste dal Dlgs. 36. Questa conclusione sembra confermata dalla previsione del comma 2 dell'articolo 186, che introduce una parziale deroga per i concessionari titolari di concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del nuovo Codice, limitando per gli stessi l'obbligo di affidare gli appalti con le procedure del nuovo Codice solo a una quota degli stessi. Il che conferma che la regola generale è quella dell'affidamento integrale degli appalti con le regole del Dlgs 36.

### **Il project financing**

Alla procedura di project financing il Dlgs 36 dedica un titolo a sé, contenente gli articoli da 193 a 195. Viene così opportunamente isolata questa ipotesi che si fonda su una proposta iniziale del promotore che attiva la successiva procedura di affidamento della concessione e che viene così tenuta distinta da quella in cui tale procedura prende avvio direttamente dall'ente concedente.

Una delle novità più significative introdotte riguarda la possibilità che la proposta sia presentata dai così detti investitori istituzionali anche se non in possesso dei requisiti di qualificazione richiesti per l'affidamento della concessione. Questo deficit di qualificazione deve poi essere colmato ai fini della partecipazione alla successiva procedura di gara bandita dall'ente concedente – sulla base della proposta del promotore – per l'affidamento della concessione.

A tal fine il comma 1 dell'articolo 193 offre agli investitori istituzionali una triplice possibilità:

- a) possono associarsi o consorzarsi con soggetti in possesso dei necessari requisiti (sia quelli per l'esecuzione che quelli per la gestione);
- b) possono ricorrere all'istituto dell'avvalimento, e cioè individuare imprese ausiliarie in possesso dei requisiti che eseguiranno le prestazioni richieste per l'adempimento della concessione;
- c) possono impegnarsi a subappaltare le suddette prestazioni, anche integralmente, a imprese in possesso dei requisiti richiesti, purchè li abbiano indicati preventivamente in sede di offerta.

È proprio in relazione all'ipotesi del subappalto che sorgono alcune criticità. In particolare, la disciplina del subappalto di cui all'articolo 119 del Dlgs 36 è dettata con specifico riferimento ai contratti di appalto, e non si adatta pienamente ai contratti di concessione. Questo elemento si pone soprattutto per i subappaltatori chiamati ad eseguire le prestazioni inerenti la gestione: ad esempio, posto che la gestione si prolunga normalmente per un numero significativo di anni, si potrebbe ragionevolmente porre un tema di sostituzione dei subappaltatori originariamente indicati, che non trova spazio nella disciplina dell'articolo 119. Più in generale è l'insieme degli adempimenti e delle prescrizioni di tale articolo che sono pensati per gli appalti e che comportano delle difficoltà operative nella loro applicazione alle concessioni.

Novità sono state introdotte dal Dlgs 36 in tema di società di scopo, disciplinata dall'articolo 194. In particolare la sua costituzione da parte dell'aggiudicatario non è più facoltativa – come nel precedente regime normativo, in cui l'ente concedente poteva decidere se imporla o meno – ma diviene obbligatoria.

La disciplina della società di scopo contiene alcuni vincoli e prescrizioni in termini di capitale minimo, quote di partecipazione, sostituzione dei soci, cessione delle quote. Si tratta di vincoli che irrigidiscono le modalità operative, specie se si considera che la durata della concessione – e quindi della società di scopo – è quasi sempre prolungata nel tempo.

L'obbligo previsto dalle nuove norme di costituire la società di scopo vale peraltro solo per le iniziative sviluppate in project financing e non anche per le concessioni affidate su iniziativa autonoma dell'ente concedente o per le altre forme di Ppp. Ed appare per alcuni aspetti paradossale che queste rigidità siano state introdotte proprio in relazione al project financing, che dovrebbe essere la forma di Ppp maggiormente flessibile.

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilssole24ore.com>]

Il Sole  
**24 ORE**