.....OMISSIS.....

Oggetto

.....OMISSIS..... – partenariato pubblico privato di tipo istituzionale – artt. 174 e 193 d.lgs. 36/2023 – applicabilità - richiesta di parere.
UPREC-CONS-0023-2025-FC
FUNZ CONS 13-2025

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 23 dicembre 2024, acquisita al prot. Aut. n. 153639, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 17 giugno 2024, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 2 aprile 2025, ha approvato le seguenti considerazioni.

Si rappresenta preliminarmente 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 relativo Regolamento. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione istante comunica all'Autorità di essere proprietaria di una ex cava in falda sita in .....OMISSIS..... e che, sulla base delle disposizioni normative in materia di promozione di fonti energetiche (in particolare il d.lgs. 199/2021) e delle analisi preliminari effettuate dalla stessa Amministrazione, gli organi amministrativi della medesima hanno deliberato di ricorrere al partenariato pubblico-privato (PPP) per lo sviluppo e la gestione, in tale aerea, di un progetto fotovoltaico flottante. In particolare, l'ente ha deliberato di ricorrere all'istituto del PPP di tipo istituzionale ai sensi dell'art. 174 del d.gs. 36/2023, mediante creazione di una società mista pubblico-privata, nell'ambito della quale il soggetto privato, in possesso delle necessarie competenze, sarà individuato nel rispetto delle disposizioni del Codice.

L'Amministrazione richiedente rappresenta al riguardo che un operatore economico particolarmente qualificato, sarebbe interessato a presentare una proposta per lo sviluppo e la gestione del suindicato progetto fotovoltaico flottante.

A tal riguardo, considerato che il d.gs. 36/2023 distingue i due istituti del PPP di tipo contrattuale e di tipo istituzionale e che per quest'ultimo non prevede meccanismi analoghi a quelli disciplinati nei Titoli II, III e IV della Parte II del Codice medesimo, con particolare riguardo ai vantaggi attribuiti al privato proponente ai sensi dell'art. 193, comma 8 (diritto di prelazione), è stato chiesto all'Autorità di chiarire i seguenti aspetti della disciplina di settore: (i) se un soggetto privato può proporre la costituzione di un PPP di tipo istituzionale (costituzione di una società mista pubblico-privata) beneficiando delle regole previste nell'art. 193 del Codice, contemplanti il riconoscimento del diritto di prelazione in capo al proponente; (ii) se tale proposta possa ritenersi conforme alle previsioni dell'art. 174 del d.lgs. 36/2023 che effettua, per il PPP di tipo istituzionale, un rinvio al d.lgs. 175/2016.

Al fine di esprimere avviso sul quesito posto, si osserva preliminarmente, secondo le indicazioni contenute nella Relazione Illustrativa del d.lgs. 36/2023, che «Il partenariato pubblico-privato … indica un fenomeno di cooperazione fra il settore pubblico e gli operatori privati nella realizzazione di un'attività che è rivolta a coniugare il perseguimento di finalità di interesse generale, la salvaguardia di vincoli di bilancio e la valorizzazione del contributo di soggetti privati in termini di apporto finanziario e di competenze specifiche».

A tal riguardo, il Codice individua espressamente le quattro componenti che devono sussistere affinché l'operazione economica possa qualificarsi come partenariato pubblico-privato. In particolare, l'art. 174, comma 1 dispone che il partenariato pubblico-privato 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».

La norma aggiunge al comma 3 che «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 i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela. L'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II. 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».

Si specifica, inoltre, al comma 4 che «Il partenariato pubblico-privato di tipo istituzionale si realizza attraverso 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 nuovo Codice distingue, quindi, il PPP di tipo contrattuale da quello di tipo istituzionale, definendo il primo come un'operazione economica che può attuarsi mediante figure contrattuali tipiche (come la concessione, anche nelle forme della finanza di progetto, della locazione finanziaria e del contratto di disponibilità) o atipiche ("altri contratti stipulati dalla pubblica amministrazione con operatori economici privati che abbiano i contenuti di cui al comma 1 e siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela"), specificando che l'affidamento e l'esecuzione dei relativi contratti sono disciplinati dalle disposizioni di cui ai Titoli II, III e IV della Parte II del d.lgs. 36/2023 e rinviando articoli 177, 178 e 179 per la disciplina relativa al rischio operativo, alla durata del contratto, alle modalità di determinazione della soglia e ai metodi di calcolo del valore stimato.

Per il PPP di tipo istituzionale, invece, il comma 4 dell'art. 174 sopra richiamato, dopo aver chiarito che lo stesso si realizza attraverso la creazione di un ente partecipato congiuntamente dalla parte privata e da quella pubblica, non contiene ulteriori indicazioni in ordine alle parti del d.lgs. 36/2023 applicabili a tale fattispecie, ma opera un rinvio generale – da intendersi riferito a tutti profili relativi alla costituzione e alle modalità operative di tale ente partecipato - alla disciplina contenuta nel d.lgs. 175/2016 (la Relazione Illustrativa del Codice afferma al riguardo che per il PPP istituzionale si rinvia «alla disciplina contenuta nel decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, e nelle altre norme speciali di settore») con la conseguenza che in tal caso, le disposizioni contenute nel Libro IV (*del Partenariato pubblico-privato e delle concessioni*), Parte II, Titoli II *(l'aggiudicazione delle concessioni: principi generali e garanzie procedurali*), III (*esecuzione*

delle concessioni) e IV (*finanza di progetto*) del d.lgs. 36/2023 (richiamati nell'art. 174, comma 3 per il PPP contrattuale), non sembrano trovare applicazione.

Quanto sopra sembra trovare riscontro nelle previsioni dell'art. 13 del medesimo d.lgs. 36/2023, il quale stabilisce al comma 3, che «Le disposizioni del codice non si applicano ai contratti di società e alle operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture. Restano ferme le disposizioni del testo unico in materia di società a partecipazione pubblica, di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, in materia di scelta del socio privato e di cessione di quote o di azioni».

Il comma 3, secondo le indicazioni contenute nella Relazione Illustrativa del Codice «esclude dall'ambito di applicazione del codice i contratti di società e le operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture. Chiarisce che la disposizione non ha effetto abrogante sulle norme del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che disciplinano la scelta del socio privato prevedendo l'utilizzo di procedure ad evidenza pubblica (art. 17, c. 1, d.lgs. n. 175/2016) e di cessione di quote o di azioni per le quali è previsto il rispetto dei princìpi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione e solo in casi eccezionali, ove l'offerta sia particolarmente conveniente, la negoziazione diretta con un singolo acquirente (art. 10, c. 2, d.lgs. n. 175/2016)».

Dunque, con riguardo al PPP di tipo istituzionale, ai fini della costituzione della società mista pubblico–privata, deputata alla realizzazione di un'opera o alla gestione di un servizio pubblico, il d.lgs. 36/2023 fa espresso rinvio al d.lgs. 175/2016, con la conseguenza che per la scelta del socio privato e per le condizioni e i presupposti legittimanti la costituzione di tali compagini, deve farsi necessariamente rinvio a tale testo normativo.

In particolare, ai fini di interesse del parere, l'art. 4 del d.lgs. 175/2016, indica le finalità che possono essere perseguite mediante la costituzione di società miste, mentre l'art. 17 contiene specifiche disposizioni in ordine alla selezione del socio privato e alle modalità operative delle società stesse.

Da quanto sopra, quindi, può affermarsi che nel PPP di tipo istituzionale, per espressa previsione degli articoli 13 e 174 del Codice, ai fini della selezione del socio privato, trova applicazione la specifica disciplina dettata dal d.lgs. 175/2016 e non quella dettata dal d.lgs. 36/2023 per il PPP di tipo contrattuale.

La particolare procedura invocata nell'istanza di parere, prevista dall'art. 193 del Codice, che riconosce al privato promotore un diritto di prelazione nei termini ivi stabiliti, è limitata – per espressa previsione della norma – all'affidamento "*in concessione di lavori o servizi mediante finanza di progetto*".

Il comma 1 della disposizione stabilisce infatti che «L'affidamento in concessione di lavori o servizi mediante finanza di progetto può avvenire su iniziativa privata, nelle ipotesi di cui al comma 3, anche per proposte non incluse nella programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1, ovvero su iniziativa dell'ente concedente, nelle ipotesi di cui al comma 16, per proposte incluse nella programmazione del partenariato pubblico-privato di cui all'articolo 175, comma 1».

Pertanto, visto il chiaro tenore della norma, che limita l'operatività della stessa alla concessione mediante finanza di progetto e quindi al PPP di tipo contrattuale, non appare consentito procedere all'applicazione della stessa anche ai fini del ricorso al PPP di tipo istituzionale, consentendo ad un operatore privato di presentare una proposta per lo sviluppo e la gestione di un progetto mediante costituzione di apposita compagine societaria. Si ribadisce al riguardo il necessario rispetto delle disposizioni dettate dal d.lgs. 175/2016.

Per quanto sopra, in risposta al quesito sollevato da codesto Consorzio, si osserva conclusivamente che ai sensi dell'articolo 174, comma 4 e dell'articolo 13, comma 3 del Codice, ai fini del ricorso al PPP di tipo istituzionale, occorre riferirsi alle specifiche disposizioni dettate dal d.lgs. 175/2016 in tema di costituzione della società mista pubblica-privata e di scelta del socio privato della stessa, senza possibilità di applicare, a tali fini, la procedura prevista e disciplinata dall'art. 193 del d.lgs. 36/2023, applicabile –per espressa previsione normativa - esclusivamente per l'affidamento in concessione di lavori o servizi mediante finanza di progetto e, quindi, per il ricorso al PPP di tipo contrattuale.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si rimette pertanto, a codesta stazione appaltante 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.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente