NOMOS
Le attualità nel diritto

Quadrimestrale di Teoria generale,
Diritto pubblico comparato e Storia costituzionale

VANESSA MANZETTI*

IL PARTENARIATO PUBBLICO PRIVATO QUALE OPERAZIONE ECONOMICO-FINANZIARIA *OFF BALANCE* TRA L'*ESSERE* E IL *DOVER ESSER* NELLA STAGIONE DEL PNRR**

Abstract[It]: Il contributo analizza il tema delle operazioni di partenariato pubblico privato (PPP) dall'angolo di visuale della contabilità e della finanza pubblica, per la ragione che le operazioni di PPP, a seconda di come sono effettuate, possono avere una contabilizzazione off balance o on-balance, vale a dire con effetti positivi o negativi sul debito pubblico. A confermare la fondatezza di queste riflessioni, sovviene la vicenda che ha interessato l'operazione di partenariato pubblico privato per la realizzazione e gestione del Polo strategico nazionale, che dovrebbe assurgere a nuova infrastruttura informatica al servizio delle PA in grado di assicurare l'affidabilità dei centri di elaborazione dati (CED), e che rappresenta uno degli obiettivi principali della Missione 1 "Digitalizzazione, innovazione, competitività e turismo" del PNRR.

Abstract[En]:The contribution analyses PPP deals from a public accounting and public finance perspective, given that PPP transactions, depending on how they are conducted, can have an off-balance or on-balance accounting, i.e. with positive or negative effects on public debt. Confirmation of the soundness of these reflections is provided by the affair involving the public-private partnership transaction for the creation and management of the National Strategic Pole, which should become a new It infrastructure at PA service, capable of ensuring reliability of data processing centers (DPCs), and which represents one of main objectives of Mission 1 "Digitalization, Innovation, Competitiveness and Tourism" of the PNRR.

Parole chiave: partenariato pubblico privato, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Eurostat, finanza pubblica, codice dei contratti pubblici.

Keywords: public-private partnership, *National Recovery and Resilience Plan*, Eurostat, public finance, public contracts code.

SOMMARIO: 1. Il punto da cui partire: il complesso rapporto tra i *diktat* europei "debito, *deficit*, pil" e la riduzione della spesa per investimenti pubblici. – 2. Un'altra chiave di lettura: il *deficit* di investimenti pubblici tra opzione politica e mancanza di competenze nelle PA – 3. Il nuovo codice dei contratti pubblici e la forte declinazione economico-finanziaria delle operazioni di PPP – 3.1 L'art. 174 del nuovo codice dei contratti pubblici: una nuova "nozione" per il partenariato pubblico privato – 3.2. L'art. 175 del nuovo codice dei contratti pubblici e il richiamo espresso alla dimensione economico-contabile delle operazioni di PPP – 3.3. Il combinato disposto degli artt. 175 e 177 del nuovo codice dei contratti pubblici ed il diretto rinvio alle regole di Eurostat – 4. La

* Professoressa associata di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Pisa.
** Contributo sottoposto a *peer review*.

ISSN 2279-7238

declinazione economico-finanziaria delle operazioni di PPP alla "prova dei fatti" nella stagione del PNRR: il caso del Polo Strategico Nazionale.

1. Il punto da cui partire: il complesso rapporto tra i *diktat* europei "debito, *deficit*, pil" e la riduzione della spesa per investimenti pubblici

Il presente lavoro nasce da alcune riflessioni sul "circolo vizioso" che sta alla base del rapporto esistente tra debito e *deficit* pubblico da un lato, e spesa per investimenti pubblici dall'altro.

Un rapporto complesso che risulta ben evidente se si ricorda che la grave crisi economica e finanziaria che ha segnato il nostro paese a partire dal 2008, ha portato ad un grave crollo della spesa per investimenti pubblici. Solo per dare qualche numero significativo si è infatti passati da oltre 45 miliardi di euro del 2007 a circa 30 miliardi nel 2019, con una riduzione di circa il 27% che, a livello locale, ha registrato una ulteriore diminuzione di circa il 50%, tant'è che tra il 2014 e il 2019 l'Italia ha destinato solo il 2,3% del PIL alla realizzazione degli investimenti pubblici, con un livello ben inferiore alla media dell'Eurozona (2,7%)[1].

La ragione è stata determinata essenzialmente dalla necessità di rispettare i vincoli del Patto di stabilità, divenuti più stringenti a seguito dell'introduzione, con la legge costituzionale del 2012, dei principi di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito per tutte le amministrazioni pubbliche[2].

Un *modus procedendi*, dunque, che, se giustificabile in ragione dell'elevato debito pubblico italiano, denota, tuttavia, una scarsa attenzione al fatto che gliinvestimenti pubblici, come ci ha insegnato Keynes, sono un volano anche per quelli privati e costituiscono una componente della domanda, andando a sostenere il Pil e contribuendo alla dinamica del prodotto potenziale.

Scarsa attenzione che appare ancor più grave nell'attuale momento storico che pone le amministrazioni pubbliche difronte alla necessità di impiegare le ingenti risorse del PNRR nel rispetto dei tempi indicati dal cronoprogramma approvato dalla Commissione europea, in un contesto che vede, da un lato, la cessazione del periodo di sospensione del vecchio Patto di stabilità e crescita, e dall'altro, l'entrata in vigore del nuovo Patto che in sostanza

[1] A confronto, ad esempio, del 3,7% della Grecia, del 3,6% della Francia, del 3% dell'Austria. Solo Spagna, Irlanda e Portogallo si sono assestate su una % inferiore a quella dell'Italia.

[2] Sulla riforma costituzionale del 2012, si vedano, senza alcuna pretesa di completezza, A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2014; R. DICKMANN, *Governance economica europea e misure nazionali per l'equilibrio dei bilanci pubblici*, Napoli, Jovene, 2013; M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, Milano, FrancoAngeli, 2013; G.L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in AA. VV.., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012. Atti del Seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta*, 22 novembre 2013, Milano, Giuffrè, 2014, 3 ss.; F. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2012; A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2012, 108 ss.; I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 2, 2012; P. SANTORO, *La costituzionalizzazione eteronoma del pareggio di bilancio*, in *Giustamm.it*, 2012; G. PERONI, *La crisi dell'Euro: limiti e rimedi dell'Unione economica e monetaria*, Milano, Giuffrè, 2012; G. BOGNETTI, *Il pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2011; N. LUPO, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *Il Filangeri*, 2011, 89.

conferma l'architettura dei vincoli alla spesa pubblica corrente e di investimento, in relazione al rapporto *deficit*-debito-pil[3].

Muovendo da questo contesto, la scelta è stata dunque quella di approfondire il tema delle operazioni di partenariato pubblico privato (PPP) dall'angolo di visuale della contabilità e della finanza pubblica, per la ragione che le operazioni di PPP, a seconda di come sono effettuate, possono avere una contabilizzazione *off balance* o *on-balance*, cioè con effetti positivi o negativi sul debito pubblico[4].

2. Un'altra chiave di lettura: il *deficit* di investimenti pubblici tra opzione politica e mancanza di competenze nelle amministrazioni pubbliche

Se le politiche di *spending review* sono state poste in essere per porre sotto controllo il debito pubblico italiano, è anche evidente che questo *modus procedendi* ha comportato nelle amministrazioni pubbliche una riduzione della capacità di spesa per investimenti non soltanto in termini finanziari ma anche in termini di professionalità.

Oggi di fronte ai molti progetti ed investimenti previsti nel PNRR, c'è da chiedersi se questo impoverimento delle amministrazioni pubbliche, era l'unica strada percorribile e consentita dall'Unione europea, ed a venire in rilievo al riguardo è il fatto che il Sec2010, nel definire le operazioni di PPP, sottolinea che le amministrazioni pubbliche possono stipulare un PPP, non soltanto al fine di una gestione più efficiente ma anche e soprattutto al fine di "*ridurre l'indebitamento pubblico*". Il che rende evidente che le regole europee di finanza pubblica, se hanno posto l'accento su *deficit*, debito, pil, hanno anche aperto alla possibilità di dare vita a tutta una serie di investimenti infrastrutturali contabilizzabili *off-balance*, ricorrendo proprio ad operazione di partenariato pubblico privato[5].

Infatti secondo i criteri individuati da Eurostat nel regolamento Sec2010, ed ancor di più nel *Manual on Government Deficit and Debt*, esplicativo del regolamento, un'opera realizzata in partenariato pubblico privato tecnicamente è *off-balance* nel caso in cui l'allocazione del "rischio" gravi, in via prevalente, in capo al privato, mentre nella "concessione di mera costruzione di opera pubblica" e di appalto la contabilizzazione è *on balance*.

Si tratta di criteri che consentono ad Eurostat di monitorare attraverso il sistema europeo dei conti nazionali e regionali, le economie degli Stati membri e dell'Unione economica e

[3] Sulla riforma del Patto di Stabilità si veda M. BORDIGNON, *Nasce il nuovo Patto di stabilità e crescita*, in *LaVoce.info*, 22 dicembre 2023.

[4] Quando le operazioni di partenariato pubblico privato risultano a debito pubblico invariato, l'effetto leva sul Pil risulta (matematicamente) più che proporzionale dando vita ad un vero e proprio effetto moltiplicatore.

[5] Per approfondimenti si rinvia, *ex multis*, a M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009; A. Di GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, Giappichelli, 2012; S. FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2012; F. DI CRISTINA, *Il Partenariato pubblico-privato quale «archetipo generale»*, in *Giorn. dir. amm.,* 4, 2016, 482 ss.; G.F. LICATA, *Partenariati e innovazione*, in *www.giustamm.it*, 1,2017, C. CONTESSA, *PPPC: modello generale*, in M.A. SANDULLi- R. DE NICTOLIS (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Tomo V, 2019.

monetaria[6], al fine di verificare gli impegni assunti dai singoli Stati, in tema di disavanzo e debito pubblico, secondo quanto stabilito nel protocollo sulle procedure per i disavanzi pubblici eccessivi e nel Patto di Stabilità e crescita[7].

Il perché dell'importanza della corretta contabilizzazione sta dunque nel fatto che, quando l'operazione è contabilizzata *on balance*, l'intera spesa per l'investimento è registrata nei conti delle amministrazioni pubbliche durante il periodo di costruzione, e ciò ha un impatto negativo sul disavanzo o sull'avanzo pubblico dato che il debito pubblico aumenta dello stesso importo, mentre quando l'operazione è contabilizzata *off balance,* l'impatto sul disavanzo pubblico è limitato ai canoni per i servizi regolarmente corrisposti, che sono ripartiti sul contratto a lungo termine, non portando a registrare alcun impatto sul debito.

Ne consegue che, segnatamente, nel caso delle operazioni di PPP, l'amministrazione per poter contabilizzare *off balance* gli *asset* oggetto dell'operazione deve fornire una chiara dimostrazione dell'allocazione al privato del rischio di costruzione e almeno di uno degli altri due rischi (rischio di disponibilità o rischio di domanda)[8], oltreché l'esistenza di finanziamenti o di garanzie da parte del concedente o di clausole di risoluzione.

---

[6] Cfr. *Manual on Government Deficit and Debt – Implementation of ESA 2010 – 2022 edition,* Lussemburgo, 2023.

[7] I principi cardine restano (e non potrebbe essere diverso) quelli fissati nel Trattato di *Maastricht*, *rectius* mantenere il *deficit* al di sotto del 3% del Pil e il debito al di sotto del 60%, posto che tali vincoli sono incardinati nei Trattati sul funzionamento dell'Ue, anche se con le nuove regole sono stati introdotti margini di flessibilità, anche perché la Commissione per verificare l'attuazione del Piano dovrebbe riferirsi alla spesa primaria depurata di alcune componenti (fondi europei e stabilizzatori automatici). Il nuovo *framework* prevede un approccio di medio termine basato, per i Paesi con elevato debito, su un piano di aggiustamento di quattro anni, estendibile a sette anni se il paese si impegna a realizzare riforme e investimenti concordati con la Commissione, che vede ancora la presenza di vincoli con riferimento a debito e *deficit*. In estrema sintesi, il debito deve ridursi di almeno un punto all'anno, in media, durante il periodo di aggiustamento; il rapporto con il disavanzo va, invece, a diversificarsi a secondo che i Paesi siano collocati nel braccio preventivo o nel braccio correttivo. I Paesi collocati nel braccio preventivo del Patto devono, infatti, scendere sotto l'1,5 per cento del PIL nei Paesi che hanno un rapporto del debito sul prodotto maggiore del 90 per cento; i Paesi collocati nel braccio correttivo, con un disavanzo superiore al 3 per cento, dovranno preliminarmente uscire dalla procedura di disavanzo eccessivo. Si tratta comunque di un documento ancora in fase di definizione, posto che il testo ora deve passare al "trilogo" per giungere alla conclusione nei primi mesi del 2024.

[8] Cfr. DIPE-CDP, *Manuale Operativo a supporto dell'utilizzo del PPP nella realizzazione e gestione di impianti sportivi*, in *www.programmazioneeconomica.gov.it*, dicembre 2023. Il Manuale è il frutto del Protocollo di intesa tra il DIPE e CDP firmato il 26 luglio 2023, con la collaborazione dell'Istituto per il Credito Sportivo, del Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e di Sport e Salute s.p.a. e si sviluppa nell'ambito del programma *InvestEU Advisory Hub* della Commissione Europea. Nel Manuale, in part. 39-40, si sottolinea che «il rischio di costruzione riguarda eventi connessi alla fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura quali, ad esempio, ritardata consegna, mancato rispetto di standard predeterminati, costi aggiuntivi di importo rilevante, deficienze tecniche, esternalità negative, compreso il rischio ambientale. L'assunzione del rischio da parte del privato implica che non siano ammessi pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite per la costruzione dell'opera. L'eventualità che il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito nel contratto indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa, comporta, invece, l'assunzione del rischio di costruzione da parte del soggetto pubblico. Il rischio di disponibilità attiene alla fase operativa ed è connesso a una scadente o insufficiente gestione dell'opera pubblica, a seguito della quale la quantità e/o la qualità del servizio reso risultano inferiori ai livelli previsti nell'accordo contrattuale tali da incidere sulla disponibilità dell'opera intesa come fruibilità secondo gli standard prestazioni indicati nel contratto. Tale rischio si può ritenere in capo al privato se i pagamenti pubblici sono correlati all'effettiva disponibilità dell'asset, così come pattuito nel disposto contrattuale configurata nel capitolato prestazionale, e il soggetto pubblico ha il diritto di ridurre i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione afferenti la disponibilità non vengano raggiunti. La previsione di pagamenti costanti, indipendentemente dal monitoraggio della disponibilità dell'asset, implica, viceversa, una assunzione del rischio di disponibilità da parte del soggetto pubblico. Ad esempio, nel caso di realizzazione di uffici pubblici, tribunali, istituti penitenziari, etc., a uso esclusivo della pubblica amministrazione, in cui al privato che progetta, realizza e gestisce l'infrastruttura viene corrisposto un canone per la disponibilità in piena

Il riferimento implicito è dunque al criterio fondante del Sec2010 e del *Manual on Government Deficit and Debt* delle c.d. operazioni *market* o *non-market*, in cui il *non-market* (vale a dire pubblico) si configura quando le condizioni utilizzate nell'operazione di PPP sono stabilite al di sotto dei termini generalmente applicati dagli operatori privati, andando il soggetto pubblico a sopportare oneri sproporzionati rispetto ai possibili benefici derivanti da tali operazioni[9]. Il che rende palese che la riduzione *tout court* della spesa per investimenti pubblici, più che una scelta imposta dalle regole europee, è stata una scelta politica miope e poco coraggiosa.

Quale la ragione? Ora è indubbio che la necessità di avviare un percorso "obbligato" di riduzione del debito[10] è stata la ragione prevalente ma, accanto a questa, un ruolo non secondario l'ha avuto il timore di sbagliare, vale a dire la "paura" o forse la consapevolezza nelle amministrazioni pubbliche di non essere in grado, dopo anni di tagli lineari alle spese di personale, di avere le necessarie competenze tecniche, giuridiche ed economie, per dar

efficienza della struttura stessa (manutenzione ordinaria e straordinaria) e per la gestione dei servizi correlati (guardiania, gestione delle reti, gestione archivi, pulizia, gestione parcheggio, etc.), il rischio di disponibilità si può considerare trasferito al privato qualora contrattualmente sia prevista l'applicazione automatica di penali che incidono sul canone corrisposto dal soggetto pubblico sia nel caso di indisponibilità completa o parziale della struttura. Qualora siano previsti pagamenti da parte degli utenti finali per servizi collegati ad attività secondarie associate con l'infrastruttura, questi devono rappresentare una parte minoritaria dei ricavi complessivi del soggetto privato (a titolo di esempio, si consideri un ospedale in cui l'amministrazione paga un canone per la disponibilità della struttura e per i servizi, mentre l'eventuale fruizione del parcheggio è pagata direttamente dagli utenti stessi al gestore privato). Il rischio di domanda è connesso alla variabilità della domanda non necessariamente dipendente dalla qualità del servizio prestato; ci si riferisce a quello che può definirsi normale rischio di impresa assunto da un'azienda in un'economia di mercato. Qualora si sia in presenza di progetti di PPP *demand-based*, il rischio di domanda si considera assunto dal soggetto privato nel caso in cui i pagamenti del privato siano correlati all'effettiva quantità di servizio domandata dall'utenza. Il rischio di domanda, viceversa, si considera allocato al soggetto pubblico nel caso di pagamenti garantiti anche per prestazioni non erogate. In altre parole, si presume che il soggetto pubblico assuma il rischio di domanda laddove sia obbligato ad assicurare un determinato livello di pagamenti al partner privato indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espressa dall'utente finale, rendendo così irrilevanti le fluttuazioni del livello di domanda rispetto alla redditività dell'operazione per il privato».

[9] *Ibidem,* «i contratti di PPP sono automaticamente registrati *on balance* qualora non contengano disposizioni che consentono di adeguare il Canone in caso di indisponibilità del bene e di scarsa prestazione del servizio da parte del concessionario. Ciò avviene quando non sono soddisfatte le seguenti condizioni: l'importo da decurtare per un caso di indisponibilità o scarsa prestazione del servizio può essere determinato oggettivamente applicando i termini del contratto di PPP (ovvero l'importo della decurtazione non è lasciato alla discrezionalità di nessuna delle parti o alla negoziazione tra le parti caso per caso); la decurtazione può essere determinata senza ulteriori trattative tra le parti. Un contratto di PPP è, altresì, automaticamente registrato on balance se non prevede standard contrattuali utilizzati per definire e misurare come minimo, le condizioni in cui l'asset è oggettivamente utilizzabile. A seconda della tipologia di contratto occorre stabilire l'opportuna definizione di disponibilità; ad esempio, può considerarsi non disponibile un'aula scolastica con una temperatura e/o un livello di illuminazione diversi da quelli stabiliti nel contratto; o una piscina i cui spogliatoi non siano utilizzabili (indisponibilità consequenziale) o un ospedale se non sono disponibili le sale operatorie (indisponibilità dell'intero bene). Un contratto è considerato automaticamente *on balance* se non prevede un meccanismo di decurtazione del canone basato su un principio di proporzionalità per un periodo di tempo significativo (ad esempio un anno). Il che significa che il canone dovrebbero essere proporzionale al grado in cui l'asset è disponibile; di conseguenza, la disponibilità al 100% giustifica che il concessionario riceva il canone completo e la disponibilità allo 0% deve comportare che il concessionario non riceva canone (a volte indicato come "disponibilità zero, pagamento zero"). È importante che i contratti di PPP basino i canoni, oltre che sulla disponibilità, anche prevedendo decurtazioni per la scarsa prestazione dei servizi. A tal fine, viene assegnato un alto rischio di riclassificazione *on balance* ai contratti che non prevedono un sistema di monitoraggio e di rendicontazione della disponibilità dell'asset e della prestazione dei servizi tale da consentire al concedente di sanzionare il concessionario per la sua inadempienza. Pertanto, il meccanismo di pagamento basato sull'auto-segnalazione da parte del concessionario, senza che il concedente monitori o verifichi (e contesti) le relazioni del concessionario non è ritenuto sufficiente».

[10] AA.VV., *Il debito pubblico in Italia: perché è un problema e come se ne esce*, in *Rivista di Politica Economica*, 1, 2019.

vita ad operazioni di partenariato pubblico privato, nonostante che queste, se realizzate secondo le specifiche regole europee siano a debito pubblico invariato[11].

Semmai, c'è da dire che questo impoverimento professionale delle amministrazioni pubbliche, ha reso più fragile la capacità di preservare tali complesse operazioni dal rischio di azioni elusive, che peraltro possono essere accertate soltanto *ex post* attraverso i controlli sui conti a fini statistici svolti dall'Istat a livello nazionale e da Eurostat a livello europeo[12]. Fenomeno che oltre ad aver riflessi sulla classificazione *on balance* o *off balance*, ha effetti sulla veridicità e trasparenza dei bilanci pubblici[13].

Infatti una erronea classificazione-contabilizzazione delle operazioni di PPP contribuisce ad aggravare quel *deficit* di trasparenza finanziaria di cui sembrano essere affetti quasi tutti i bilanci pubblici che, oscurati «nel recinto della tecnicità contabile e della nomenclatura del sistema integrato dei conti»[14], vanno a determinare inevitabilmente un *vulnus* al principio di democraticità dell'ordinamento europeo e di quello nazionale, dimenticando che prima di tutto il bilancio è (o meglio dovrebbe essere) "un bene pubblico"[15].

Ma perché ciò sia reso possibile, è necessario che la chiarezza, la veridicità e la trasparenza delle scritture contabili, assurga ad un ruolo centrale, posto che un risultato infedele pregiudica gli esercizi finanziari futuri con riflessi negativi sulle stesse politiche di risanamento e di perseguimento dell'equilibrio di bilancio, oltreché sui diritti delle generazioni presenti e future[16].

Emblematico è il caso del controllo svolto da Istat e da Eurostat nel 2015, quando è emerso che su 24 operazioni di PPP relative a opere fredde, ben 17 operazioni (per un valore di 3,5 miliardi su 4 miliardi complessivi) classificate *off balance*, in realtà erano *on balance* e dunque gravanti sul *deficit* e sul debito pubblico.

---

[11] Cfr. *Manual on Government deficit and debt* – MGDD (o anche Manuale di implementazione del Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali -SEC 2010) redatto da Eurostat in collaborazione con esperti che rappresentano gli Stati membri dell'UE e altre istituzioni internazionali. Il Manuale fornisce una guida interpretativa in merito all'appropriato trattamento dei profili statistici connessi alla finanza pubblica e rappresenta, al contempo, un indispensabile strumento per l'applicazione del Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali dell'Unione europea (SEC 2010). L'ultima edizione del Manuale è del 2022 e costituisce una versione aggiornata dell'edizione pubblicata nell'agosto 2019. Si ricorda al riguardo l'importante opera di revisione della versione attuale, che vede almeno un capitolo o un paragrafo di tutte le parti modificato nella sostanza, oltre all'introduzione di nuove parti, tra cui si segnala la sezione 2.6.4 Registrazione statistica dei flussi associati al *Recovery and Resilience Facility* (RRF) dell'UE. Per quanto concerne le operazioni di PPP, si veda la sezione 6 "*Leases, concessions and PPPs*", in part. 6.4 "*Public-Private Partnerships (PPPs)*", 384-403.

[12] Per approfondimenti sul "nodo contabile" dell'allocazione dei rischi sia consentito rinviare a V. MANZETTI, *La sostenibilità economico-finanziaria dei progetti PNRR e la contabilizzazione off-balance* o *on-balance* dei *contratti di partenariato pubblico privato tra regole di Eurostat e codice dei contratti pubblici (vecchio enuovo)*, in *Diritto e Conti*, 2, 2023.

[13] Al riguardo si rinvia alle riflessioni di G. COLOMBINI, *Ad Aldo*, in G. COLOMBINI (a cura di), *Scritti in onore di Aldo Carosi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, XVII-XXII.

[14] Così A. CAROSI, *Il principio di trasparenza nei conti pubblici*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2018, 15.

[15] Sulla definizione del bilancio quale bene pubblico si rinvia a Corte costituzionale, sentenza n. 184/2016. Questa definizione del bilancio è entrata poi a far parte del linguaggio comune come "valore" della finanza pubblica, ripreso costantemente nella giurisprudenza costituzionale successiva (*ex multis*, Corte cost. n. 184/2016, n. 228/2017, n. 247/2017, n. 49/2018, n. 18/2019, n. 4/2020, n. 115/2020). In dottrina, tra i primi M. DEGNI - P. DE IOANNA, *Il bilancio è un bene pubblico*, Roma, 2017.

[16] I. CIOLLI, *Diritti delle generazioni future, equità intergenerazionale e sostenibilità del debito. Riflessioni sul tema*, in *Diritto e Conti*, 1, 2021, 51-71.

Come pure indicativo è il dato emerso dalle analisi condotte dal DIPE nel 2016, nelle quali è stata rilevata la quasi totale assenza di indicatori economici e finanziari all'interno della documentazione dei progetti di PPP oggetto di analisi. Tutto ciò nonostante che, anche nel vecchio codice dei contratti pubblici, gli artt. 165, comma 2, e 180, comma 6, avessero chiaramente disposto che l'individuazione di indicatori economici e finanziari costituisce uno strumento imprescindibile per la rappresentazione dell'equilibrio economico e finanziario, e che questo costituisce, a sua volta, presupposto per la corretta allocazione dei rischi.

Articoli rilevanti che, al di là dei fenomeni patologici di "elusione", denotano un cambio di impostazione che codifica un nesso funzionale tra regole giuridiche e regole contabili, e che ha portato il nuovo codice ad accentuare, in modo esplicito, il passaggio dal criterio della corresponsione dei canoni da parte della P.A. a quello dell'allocazione del rischio[17], nonché ad introdurre un concetto di proprietà in senso economico (c.d. *economic ownership*) che, non necessariamente coincide con la proprietà in senso giuridico del bene, in quanto non legato alla titolarità formale di un *asset* patrimoniale, ma all'assunzione dei rischi e dei benefici connessi alla sua utilizzazione[18].

Viene così ribadita, seppur con accentuazioni diverse rispetto al Sec2010, sia nel vecchio codice dei contratti che in quello nuovo (di cui si rinvia la trattazione nel paragrafo successivo), la regola fondamentale per cui, ogni volta che il rischio dell'investimento non è a carico del privato, tale investimento deve essere configurato quale *indebitamento* e contabilizzato nel bilancio pubblico, rientrando pertanto nell'orbita della disciplina (e dei limiti) del Patto di stabilità[19]. Evenienza che può verificarsi soprattutto in presenza di *garanzie pubbliche,* per la ragione che queste comportano una redistribuzione dei rischi tra le

[17]Si ricorda che nel SEC95, veniva dedicato al PPP il Capitolo IV alle «Infrastrutture pubbliche finanziate e gestite dal settore delle società» secondo cui il trattamento contabile di questo tipo di operazioni si differenziava a seconda che l'Amministrazione effettuasse o meno pagamenti periodici nei confronti dei privati. Nel 2004 le regole del SEC95 furono però soggette a significative modifiche, data la necessità di adeguarle a quanto enunciato dalla stessa Eurostat nella storica decisione dell'11 febbraio 2004 "*Treatment of public-private partnership*" in cui si poneva l'accento sull'analisi delle tre categorie di rischio (di costruzione, di disponibilità e di domanda) e sulla loro valutazione ai fini della classificazione di un'operazione di PPP. La Decisione di Eurostat del 2004 poneva infatti in essere una rivoluzione copernicana all'interno delle regole del SEC95, dal momento che il *focus* si spostava dalla corresponsione dei canoni da parte della PA ai *profili del rischio*, stabilendo che, nei casi in cui il partner privato assumeva su di sé il rischio di costruzione e almeno uno tra quelli di disponibilità e di domanda l'infrastruttura poteva essere classificata dall'amministrazione come *non government asset* e contabilizzata al di fuori dei conti pubblici. Rilevava, inoltre, la previsione secondo la quale, qualora il costo del capitale fosse stato prevalentemente coperto dall'amministrazione, avrebbe dovuto essere il Governo ad assumere la maggior parte dei rischi e l'asset avrebbe dovuto essere classificato nei conti pubblici. Si trattava di uno dei punti più controversi del SEC95 come aggiornato nel 2004, dal momento che non veniva chiarito specificamente cosa dovesse intendersi per finanziamento pubblico maggioritario, né quale fosse l'incidenza della presenza di garanzie pubbliche sul trattamento dell'*asset*. Una descrizione a carattere generale dei due sistemi (Sec 95-Sec 2010) e delle differenze tecniche presenti tra questi, quanto alle regole sulla formazione del conto economico delle amministrazioni pubbliche, si può trovare in Eurostat, *Manual on the changes between ESA 95 and ESA 2010*, Lussemburgo, 2014.

[18] Cfr. Deliberazione Corte dei Conti, Sezione delle Autonomie, n. 15 del 2017.

[19] Ne consegue ad esempio che ogni qual volta il costo del capitale è coperto in modo prevalente dal Governo deve ritenersi che il Governo si assuma la maggioranza dei rischi e l'opera deve essere riclassificata nel bilancio pubblico.

parti quando, per l'effetto combinato delle garanzie e del contributo pubblico, concorrano a coprire più del 50% del costo dell'opera[20].

Ciò vale a dire che l'eventuale riconoscimento del prezzo[21], sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non deve essere superiore al 50% dell'investimento complessivo, oneri finanziari inclusi[22].

Tale regola, comprensibile sulla carta, tuttavia non è di facile attuazione, posto che, a causa della complessità e specificità delle operazioni di PPP, non sempre è possibile determinare chiaramente la ripartizione dei rischi e dei benefici. Ed infatti Eurostat, nel suo *Manual on Government Deficit and Debt*, sottolinea che la regola fondamentale per operazioni del genere è quella di tenere in considerazione il grado con cui il soggetto pubblico determina le caratteristiche, le dimensioni e la manutenzione del bene, oltreché il grado di determinazione dei servizi prodotti, il relativo prezzo e le unità alle quali i servizi sono forniti[23].

Seguire l'insegnamento di Eurostat significa, dunque, porre l'accento sul profilo e sull'allocazione dei rischi, anche se il rischio, non avendo una connotazione statica ma dinamica, comporta da parte delle amministrazioni una costante verifica dei possibili scostamenti dall'equilibrio economico e finanziario dell'operazione di PPP.

Si comprende, pertanto, perché il codice (tanto quello vecchio che quello nuovo), dovendo disciplinare una delle operazioni contrattuali più complesse, abbia previsto «una ampia congerie di misure atte a garantire la corretta definizione, a monte, degli atti di gara e la corretta gestione, a valle, del rapporto contrattuale»[24]. Il riferimento va ai tre documenti principali dell'operazione di PPP: vale a dire il capitolato di gara, il piano economico finanziario e la matrice dei rischi. Quest'ultima, seppur non espressamente menzionata dal nuovo codice tra i documenti che devono comporre la proposta di PPP, dovrebbe costituire (fino a prova contraria) parte integrante anche nelle proposte da attivare ai sensi del d.lgs. n. 36/2023, perché essa è strumento di verifica dell'allocazione dei rischi dell'intera operazione, rischi che continuano ad essere previsti come elemento chiave delle operazioni di PPP nel nuovo codice.

Non a caso alla pagina *internet* del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) dedicata a specificare le modalità con cui

[20] Il riferimento alle garanzie pubbliche assume una peculiare importanza visto che con la stagione pandemica è tornato a manifestarsi il c.d. Stato mallevadore o garante. Sia consentito rinviare a V. MANZETTI, *Cassa Depositi e Prestiti paradigma italiano delle banche nazionali di promozione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, 448-465.

[21] Ai fini del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario in sede di gara l'Amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico.

[22] A tale riguardo le linee guida Eurostat entrano più nel dettaglio, considerando anche i finanziamenti pubblici di importo inferiore al 50% come "indice" da attenzionare ai fini del corretto trattamento contabile. Secondo l'orientamento di Eurostat solo i contributi di importo inferiore al 10% assumono una rilevanza "moderata".

[23] Questo perché il SEC codifica i principi alla luce dei quali verificare il rispetto dei vincoli finanziari stabiliti dall'UE, primo tra tutti il principio della registrazione contabile della "realtà" economica dell'operazione (cfr. art. 2, Protocollo 12 TFUE).

[24] A. GIOVANNINI, *Il partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prime impressioni*, in *Giustizia amministrativa*, 2023, 2.

deve essere presentata la richiesta di parere obbligatorio *ex* art. 175, c. 3, del nuovo codice dei contratti, il DIPE individua tra i documenti da presentare proprio la matrice dei rischi.

La matrice dei rischi risulta, pertanto, essere fondamentale sia nella fase di programmazione della procedura di gara che nella fase esecutiva. Nella fase di programmazione in quanto rappresenta (o dovrebbe rappresentare) un punto di riferimento per la redazione del documento di fattibilità economico e finanziario, nonché per la verifica della convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale e per la corretta indizione della fase procedimentale. Nella fase esecutiva in quanto dovrebbe rappresentare la base per lo svolgimento del monitoraggio dei rischi.

Pertanto, al di là del possibile configurarsi di accordi tra soggetto pubblico e soggetto privato sul trattamento statistico più favorevole[25], quello che condiziona tutta l'operazione in termini di *off balance* o *on balance* è proprio il profilo contabile e finanziario.

I numerosi interventi di riclassificazione *on balance* operati da Eurostat sono, pertanto, una conferma della scarsa propensione delle amministrazioni pubbliche a recepire la cultura del rischio quale componente fondamentale del principio di buon andamento, forse perché non è sufficientemente avvertito che il nesso tra dimensione finanziaria e dimensione giuridica delle operazioni di PPP non è solo un fatto interno che coinvolge l'espletamento della funzione di "diritto sostanziale" del bilancio pubblico, ma è un fatto che coinvolge inevitabilmente le regole europee sui conti pubblici.

3. Il nuovo codice dei contratti pubblici e la forte declinazione economico-finanziaria delle operazioni di PPP

A confermare la centralità della dimensione finanziaria nella definizione del perimetro delle operazioni di partenariato pubblico privato è intervenuto anche il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

Rilevanti sono, infatti, le novità normative che interessano le operazioni di PPP, che vanno proprio ad evidenziarne la declinazione finanziaria, quasi che il legislatore abbia voluto dare una risposta chiara alle regole di Eurostat, cercando di intervenire sulle criticità strutturali della normativa di settore che hanno creato quel rischio (poco ipotetico) di riclassificazione *on balance* delle operazioni di PPP, con tutto quello che una riclassificazione del genere ha comportato sul debito pubblico e sull'indebitamento netto delle amministrazioni pubbliche[26].

[25] È evidente che si tratterebbe di accordi elusivi di quelle regole di Eurostat sulla rilevazione contabile dell'impatto dei PPP sulla finanza pubblica nazionale poste a tutela, in primo luogo, dei principi di veridicità, trasparenza e chiarezza dei bilanci e dei conti pubblici.

[26] Al riguardo si riportano dei dati tratti dalla tavola sul «Raccordo tra fabbisogno del settore pubblico e indebitamento netto delle pubbliche amministrazioni» redatta da Istat con riferimento al periodo 2019-2022 e trasmessa alla Commissione europea in applicazione delle regole del Protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi (DPE), annesso al Trattato di Maastricht. Infatti, in base al PDE, i Paesi europei devono comunicare due volte all'anno (entro il 31 marzo e il 30 settembre) i livelli dell'indebitamento netto, del debito pubblico e di altre grandezze di finanza pubblica relative ai quattro anni precedenti, nonché le previsioni ufficiali degli stessi per l'anno in corso, in forza dei quali ci sono state operazioni di riclassificazione di "*operazioni di ppp,leasing e concessioni*" per 430 milioni di euro nel 2019,

3.1. L'art. 174 del nuovo codice dei contratti pubblici: una nuova "nozione" per il partenariato pubblico privato

Il primo profilo innovativo di particolare rilevanza concerne proprio la nuova "nozione" che il codice 2023 ha introdotto all'art. 174 quale definizione del Partenariato Pubblico Privato, non più definito "contratto", come nel codice del 2016, ma come "operazione economica"[27].

Si tratta di una novità rilevante, non meramente terminologica, in quanto il ricorso all'espressione operazione economica appare funzionale a rendere più agevole il ricorso alle forme "atipiche" di partenariato, senza addivenire necessariamente alla stipula di un contratto rigidamente definito nei contenuti, in ragione anche del principio dell'autonomia contrattuale della P.A. espressamente indicato all'art. 8 tra i principi generali del nuovo codice[28]. Principio, quest'ultimo, che trova una sua specificazione proprio nel comma 3 dell'art. 174, secondo cui il "partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende le figure della concessione, 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".

La "ridefinizione terminologica" delle operazioni di PPP come "operazione economica" porta con sé un importante profilo contabile-finanziario, posto che, oltre ad evocare la terminologia del Sec2010 facendola propria (cosa di non scarso rilievo), richiama la netta distinzione di stampo europeo tra proprietà economica e proprietà giuridica di un bene, vale a dire la distinzione tra la figura del proprietario economico, che si assume il rischio

300 mil nel 2020, 268 mil nel 2021, 80 mil nel 2022. Si ricorda che sulla Notifica trasmessa dall'Italia non sono state espresse riserve.

[27] Secondo il dettato del 1 comma, dell'art. 174 "Nozione" del nuovo codice dei contratti pubblici - norma di apertura del Libro IV - Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni - Parte I Disposizioni generali – «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». Secondo il dettato del comma 1, dell'art. 180 «Partenariato pubblico privato» del (vecchio) codice dei contratti pubblici del 2016 «Il *contratto* di partenariato è il *contratto a titolo oneroso* di cui all'articolo 3, comma 1, lettera eee - eee) «*contratto* di partenariato pubblico privato», il *contratto a titolo oneroso* stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat».

[28] Per approfondimenti a carattere generale sull'art. 8 del "nuovo" codice dei contratti pubblici si rinvia a G. CLEMENTE DI SAN LUCA- L. DE FUSCO, *Il principio di autonomia contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2023.

operativo e acquisisce i benefici economici dall'utilizzo del bene, e quella del proprietario giuridico (la P.A.), il quale durante lo svolgimento del PPP non subisce alcun impatto sul bilancio.

3.2. L'art. 175 del nuovo codice dei contratti pubblici e il richiamo espresso alla dimensione economico-contabile delle operazioni di PPP

Il secondo profilo innovativo rilevante, dal punto di vista finanziario, è poi presente nella formulazione dell'art. 175 del nuovo codice, recante "Programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio".

Infatti, questa norma, introduce molteplici riferimenti ai profili contabili-finanziari delle operazioni di PPP nel determinare l'onere per le pubbliche amministrazioni di adottare il programma triennale delle esigenze pubbliche idonee ad essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato. Al riguardo, l'articolo specifica che il ricorso al partenariato pubblico-privato deve essere preceduto da una valutazione preliminare di convenienza e fattibilità, vale a dire da una valutazione a forte connotazione economico-finanziaria, in quanto detta "valutazione" deve dimostrare l'idoneità del progetto ad essere finanziato con *risorse private*, le condizioni necessarie a ottimizzare il rapporto tra *costi e benefici*, la efficiente *allocazione* del rischio operativo, la capacità di generare soluzioni innovative, nonché la capacità di *indebitamento* dell'ente e la *disponibilità di risorse sul bilancio pluriennale*.

Dunque una impostazione che, nel richiamare la stima dei costi e dei benefici del progetto di partenariato nell'arco dell'intera durata del rapporto, al fine di un raffronto con quella del ricorso alternativo al contratto di appalto per un arco temporale equivalente, in realtà conferisce a tutta la procedura una connotazione riconducibile alla declinazione finanziaria del principio di buon andamento, introdotta dal comma 1 dell'art. 97 cost., e che il legislatore costituzionale ha enucleato nell'equilibrio di bilancio e nella sostenibilità del debito pubblico per tutte le amministrazioni. Ed infatti la norma del codice, coerentemente, specifica che, nei casi di progetti di interesse statale oppure di progetti finanziati con *contributo a carico dello Stato,* deve essere richiesto il parere ora al CIPESS (Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile) ora al DIPE (Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei ministri) a seconda dell'ammontare del progetto[29]. Ed ancora

[29] Nello specifico il comma 2 dell'art. 175 dispone un meccanismo assai più articolato secondo cui «Nei casi di progetti di interesse statale oppure di progetti finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia già previsto che si esprima il *CIPESS*, gli enti concedenti interessati a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pubblico-privato, il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo pari o superiore a 250 milioni di euro, richiedono parere, ai fini della valutazione preliminare di cui al comma 2, al CIPESS, sentito il *Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS)*. Il CIPESS si pronuncia entro quarantacinque giorni dalla richiesta. Nei casi di progetti di interesse statale o finanziati con contributo a carico dello Stato, per i quali non sia prevista l'espressione del CIPESS, gli enti concedenti interessati a sviluppare i progetti secondo la formula del partenariato pubblico-privato, il cui ammontare dei lavori o dei servizi sia di importo pari o superiore a 50 milioni di euro e inferiore a 250 milioni di euro, richiedono un parere preventivo, non vincolante, ai fini della

che le regioni e gli enti locali possono richiedere il parere del DIPE quando la complessità dell'operazione contrattuale lo richieda. Complessità che, presumibilmente, molto avrà a che fare con l'importo dell'operazione.

A rimarcare poi il preminente profilo contabile e finanziario delle operazione di PPP, sia sotto il profilo della responsabilità gestionale, sia sotto il profilo della neutralità finanziaria, sovviene la previsione secondo cui l'ente concedente, sentito l'operatore economico, affida al RUP le funzioni di responsabile unico delprogettodi partenariato, a cui spetta coordinare e controllare, sotto il profilo tecnico e contabile, l'esecuzione del contratto, verificando costantemente il rispetto dei livelli di qualità e quantità delle prestazioni[30].

3.3. Il combinato disposto degli artt. 175 e 177 del nuovo codice dei contratti pubblici ed il diretto rinvio alle regole di Eurostat

Il terzo profilo innovativo rilevante dal punto di vista contabile-finanziario delle operazioni di PPP è ricavabile dal combinato disposto del comma 9 dell'art. 175 "Programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio" e dal comma 7 dell'art.177 "Contratto di concessione e traslazione del rischio operativo" del nuovo codice[31].

La lettura di queste due norme porta infatti ad eliminare quel riferimento al limite quantitativo del 49% di contributo pubblico rispetto al costo dell'investimento complessivo, previsto espressamente nel vecchio codice (art.180, comma 6), andando ad inserire una previsione più generale ai sensi della quale, ai fini della finanza pubblica, si applicano direttamente i contenuti delle decisioni Eurostat[32].

---

valutazione preliminare di cui al comma 2, al *Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica (DIPE) della Presidenza del Consiglio dei ministri*; tale parere è emesso di concerto con il *Ministero dell'economia e delle finanze -Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato* entro quarantacinque giorni dalla richiesta; decorso il termine, salvo sospensione per integrazione documentale secondo quanto previsto dall'articolo 2, comma 7, della legge 7 agosto 1990, n. 241, si applica l'articolo 16, comma 2, della legge n. 241 del 1990. I suddetti pareri devono essere chiesti prima della pubblicazione del bando di gara in caso di progetto a iniziativa pubblica ovvero prima della dichiarazione di fattibilità in caso di progetto a iniziativa privata. Il Presidente del Consiglio dei ministri, dopo la valutazione preliminare, può sottoporre lo schema di contratto ai pareri del *Consiglio superiore dei lavori pubblici* e del *Consiglio di Stato*, anche per la valutazione di profili diversi da quello della convenienza» (corsivo nostro).

[30] Per approfondimenti sulla nuova figura del Responsabile Unico del Progetto si rinvia a E. VANNUCCI ZAULI, *Il responsabile unico di progetto (RUP) (art. 15)*, in G.F. CARTEI, D. IARIA (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, 193-221.

[31] G.F. CARTEI, *La disciplina del Partenariato pubblico-privato e il contratto di concessione (artt. 174,175,176,177 e 192)*, in G.F. CARTEI, D. IARIA (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 895-914.

[32] Il comma 6, dell'art. 180 del (vecchio) codice del 2016 disponeva infatti che «L'equilibrio economico finanziario, come definito all'articolo 3, comma 1, lettera fff), rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi di cui al comma 3. Ai soli fini del raggiungimento del predetto equilibrio, in sede di gara l'amministrazione aggiudicatrice può stabilire anche un prezzo consistente in un contributo pubblico ovvero nella cessione di beni immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico. A titolo di contributo può essere riconosciuto un diritto di godimento, la cui utilizzazione sia strumentale e tecnicamente connessa all'opera da affidare in concessione. Le modalità di utilizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione. In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al *quarantanove* per cento del costo dell'investimento complessivo,

Questa formula di "rinvio" porta, dunque, a rafforzare, se ancora ce ne fosse bisogno, una "correlazione formale e sostanziale" tra il "nuovo" codice, il Sec2010 e il *Manuale* sul *deficit* e debito pubblico redatto da Eurostat, rendendo i principi statistici fondamentali non soltanto per una corretta contabilizzazione in bilancio delle operazioni di PPP, ma anche per una corretta delimitazione giuridica del perimetro delle operazioni di partenariato.

4. La declinazione economico-finanziaria delle operazioni di PPP alla "prova dei fatti" nella stagione del PNRR: il caso del Polo strategico nazionale.

Le considerazioni che precedono hanno cercato di mettere in luce il nesso sempre più stringente che è venuto a determinarsi tra procedure giuridiche di PPP, cultura del rischio nelle amministrazioni pubbliche e declinazione contabile-finanziaria delle operazioni di PPP, al punto che dal tenore di alcuni articoli del nuovo codice, sembrerebbe che le regole Eurostat siano assurte a parametri di riferimento per la specificazione e interpretazione dei contratti in tema di PPP, quale esplicazione della nuova declinazione finanziaria del principio di buon andamento (art. 97, c.1, cost).

Tale chiave di lettura appare più che mai necessitata nella stagione del *Next generation* EU e del PNRR, quali programmi di intervento pubblico europeo e nazionale, volti a riaffermare la centralità delle risorse pubbliche quale precondizione di processi di trasformazione della società, e dunque dell'ausilio di queste quale rinnovato volano delle operazioni di partenariato pubblico privato.

Non a caso con l'obiettivo di favorire la partecipazione dei privati ai progetti del PNRR, l'Anac ha approvato la delibera n. 432 del 2022, in cui, recependo le regole del Sec2010 e del *Manual* sul *deficit* e sul debito di Eurostat, ha specificato che i finanziamenti a "fondo perduto" provenienti dall'Unione europea, specie quelli del PNRR, non incidono sulla finanza pubblica nazionale in quanto devono ritenersi esclusi dalle valutazioni in merito al "contributo pubblico" da calcolare in rapporto all'investimento complessivo[33].

Si ricorda, infatti, che proprio al fine di mettere un punto fermo sulla registrazione statistica-finanziaria dei flussi associati al Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza(*Recovery and resilience facility*), Eurostat ha aggiunto una nuova sezione al *Manual* in cui si sottolinea come il sostegno finanziario a "fondo perduto" del Dispositivo (c.d. sovvenzioni) dovrebbe essere trattato in modo analogo alle sovvenzioni convenzionali dell'UE, vale a dire, secondo

comprensivo di eventuali oneri finanziari». Formulazione pressoché identica a quella riportata al comma 2, dell'art. 165 del (vecchio) codice del 2016 «Rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni».

[33] Impostazione si ricorda che l'Anac adottata *richiamando* espressamente il Manuale sul *deficit* e debito pubblico di Eurostat, secondo cui la valutazione della contribuzione pubblica rispetto all'apporto di soggetti privati nel finanziamento dei costi d'investimento deve escludere necessariamente le sovvenzioni a fondo perduto provenienti dall'UE.

la regola statistica della *neutralità* per i flussi dell'UE per l'accreditamento netto (+)/indebitamento netto (-) delle amministrazioni pubbliche[34].

Il *Manual* specifica, altresì, che la spesa "neutralizzata" dovrebbe coprire solo le spese sostenute direttamente dal Dispositivo, escludendo, dunque, qualsiasi importo finanziato dal bilancio nazionale o da altre fonti.

Ciò vale a dire che dovrebbero essere neutralizzati solo i costi che sono stati inclusi nei costi stimati dei singoli Piani, dunque quelli valutati e approvati dalla Commissione europea e dal Consiglio europeo. Il che, tradotto nelle operazioni di PPP messe in piedi dalle amministrazioni pubbliche, equivale a riconoscere che le autorità statistiche sono tenute ad applicare il principio di *neutralità* solo alle spese relative alle riforme e agli investimenti sostenuti dal Dispositivo con le sovvenzioni, e ai relativi costi ammissibili al finanziamento da parte dello strumento, mentre per le risorse riconosciute agli Stati sotto forma di prestiti non è applicabile alcuna neutralizzazione, in quanto il denaro raccolto dai prestiti è riconosciuto come prestito governativo.

Insomma, con il PNRR sembrerebbe aprirsi una nuova stagione per le operazioni di PPP quale strumento di ripresa infrastrutturale, in quanto "almeno sulla carta" queste dovrebbero essere in grado di bilanciare il fabbisogno di investimenti nel settore, garantendo la stabilità e la sostenibilità del bilancio pubblico, grazie alla cooperazione con il settore privato. Il condizionale, tuttavia, in questo caso, è d'obbligo, posto che all'ostacolo culturale si aggiungono i problemi derivanti dal ritardo nella modernizzazione dello Stato e da una consolidata burocrazia difensiva, lontana dalla cultura del risultato che, nel caso dei contratti pubblici, chiama in causa il noto problema della qualificazione delle stazioni appaltanti[35].

A confermare la fondatezza di queste riserve, sovviene la vicenda che ha interessato l'operazione di partenariato pubblico-privato per la realizzazione e gestione del Polo strategico nazionale, che dovrebbe assurgere a nuova infrastruttura informatica al servizio delle PA in grado di assicurare l'affidabilità dei centri di elaborazione dati (CED), e che rappresenta uno degli obiettivi principali della Missione 1 «Digitalizzazione, innovazione, competitività e turismo» del PNRR[36].

Si tratta di un *milestone* che vede la transizione digitale (accanto alla transizione ambientale) quale condizionalità sociale e finanziaria dell'intero Dispositivo per la Ripresa e la Resilienza[37], e che, a livello nazionale, ha trovato la propria estrinsecazione negli obiettivi dettati dall'Agenzia per l'Italia Digitale per la realizzazione dell'Agenda Digitale Italiana[38], ed in particolare negli «Obiettivi Italia Digitale 2026» del PNRR, che vedono nel

[34] Si veda Eurostat, *Manual on Government deficit and debt*, *op.cit.*, sez. 2.6.4. "*Statistical recording of the EU Recovery and Resilience Facility (RRF) associated flows*".

[35] S. CASSESE, *Amministrare la nazione. La crisi della burocrazia e i suoi rimedi*, Milano, Mondadori, 2023

[36] A. SANDULLI, *Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2021, 513-527.

[37] Il 27% di Italia domani, il Piano nazionale di ripresa e resilienza, è dedicato alla transizione digitale.

[38] Nello specifico il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ha previsto specifici obiettivi per la transizione digitale, con particolare riferimento agli «Obiettivi Italia Digitale 2026» – «Obiettivo 3 – Cloud e Infrastrutture Digitali» orientato alla migrazione dei dati e degli applicativi informatici delle singole amministrazioni. In questo contesto, relativamente alla razionalizzazione e al consolidamento dei *Data Center* della Pubblica Amministrazione, si inserisce l'identificazione e la creazione del «Polo Strategico Nazionale», in particolare, in relazione all'obiettivo di «Digitalizzare

Polo Strategico Nazionale l'infrastruttura fondamentale volta ad "ospitare" dati e servizi strategici e critici delle pubbliche amministrazioni[39], secondo quanto previsto dall'art. 33 *septies* del D.l. n. 179/2012 e succ. mod[40].

La rilevanza nazionale dell'obiettivo e la complessità tecnica e giuridica del progetto ha portato il Dipartimento per la trasformazione digitale[41] ad individuare nel *project financing* lo strumento utile a consentire la predisposizione del PSN, secondo il modello ad iniziativa degli operatori privati *ex* art. 3, comma 1, lett. e) ed artt. 180 e 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici allora vigente (ovvero il d. lgs. n. 50/2016)[42].

Secondo tale procedura i soggetti privati sono stati chiamati a predisporre un progetto di fattibilità dell'opera, da porre successivamente a base di una procedura di gara aperta anche alla partecipazione di altri concorrenti[43].

Si è trattato di un *iter* articolato che ha visto coinvolti, nella procedura di *project financing,* il Dipartimento per la trasformazione digitale in qualità di stazione appaltante, e Difesa Servizi S.p.A., la società *in house* del Ministero della Difesa in qualità di centrale di committenza[44].

La prima fase, quella dell'avvio di un partenariato pubblico-privato ad iniziativa di un soggetto proponente, ha visto la presentazione di 3 proposte[45] e si è conclusa con l'approvazione del progetto di fattibilità della proposta presentata dal c.d. Raggruppamento Temporaneo di Impresa TIM (RTI TIM), *rectius* il "soggetto promotore"[46].

---

la Pubblica Amministrazione italiana con interventi tecnologici ad ampio spettro accompagnati da riforme strutturali» di cui alla Missione 1, Componente M1C1 che prevede la realizzazione e la messa in esercizio del PSN entro il 31 dicembre 2022.

[39] Il Piano Strategico Nazionale - Investimento 1.1 Infrastrutture digitali del PNRR va infatti a dare una risposta all'obiettivo di garantire elevati standard di qualità per ciò che riguarda la sicurezza dei dati, le prestazioni, la scalabilità, l'interoperabilità europea e l'efficienza energetica, secondo il principio del "cloud first", quale principale strumento per una vera e propria transizione digitale.

[40] In particolare – a seguito delle modifiche apportate dall'articolo 35, comma 1, lett. a), del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, e successivamente dall'articolo 7, comma 3, lett. a), del decreto legge 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233 – il comma 1 del predetto articolo 33 *septies* affida alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il compito di promuovere «lo sviluppo di un'infrastruttura ad alta affidabilità localizzata sul territorio nazionale per la razionalizzazione e il consolidamento dei Centri per l'elaborazione delle informazioni (CED) definiti al comma 2, destinata a tutte le pubbliche amministrazioni. … Al fine di tutelare l'autonomia tecnologica del Paese, consolidare e mettere in sicurezza le infrastrutture digitali delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 2, comma 2, lettere a) e c) del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, …garantendo, al contempo, la qualità, la sicurezza, la scalabilità, l'efficienza energetica, la sostenibilità economica e la continuità operativa dei sistemi e dei servizi digitali».

[41] La struttura di supporto alla Presidenza del Consiglio dei Ministri per la promozione ed il coordinamento delle azioni del Governo finalizzate alla definizione di una strategia unitaria in materia di trasformazione digitale e di modernizzazione del Paese attraverso le tecnologie digitali.

[42] Per approfondimenti si veda D. SICLARI, *Il project financing nel codice dei contratti pubblici. Problemi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2019.

[43] Procedura che è stata affidata a Difesa Servizi S.p.A., società *in house* del Ministero della Difesa, in qualità di centrale di committenza.

[44] Si ricorda che l'art. 183, comma 15 del d. lgs. n. 50/2016 prevede una procedura articolata in una progressione di due fasi "biunivocamente interdipendenti", così che la prima non è logicamente e giuridicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 26/1/2009, n. 392; Sez. VI, 5/3/2013, n. 1315; Sez. V, 7 febbraio 2018, n. 791).

[45] Da parte di TIM S.p.A., CDP Equity s.p.a., Leonardo s.p.a., Sogei s.p.a (1 proposta); società Fastweb S.p.A. e Engineering S.p.A. (seconda proposta); Almaviva S.p.A. e Aruba S.p.A (3 proposta).

[46] RTI composto da TIM s.p.a., CDP Equity s.p.a., Leonardo s.p.a., Sogei s.p.a.

La seconda fase, affidata a Difesa Servizi S.p.A. *ex* art. 11, comma 3*bis* del d.l. n. 77/2021[47], in qualità di centrale di committenza, ha dato vita all'espletamento delle procedure di gara per la realizzazione e la gestione del Polo Strategico Nazionale, che ha visto la partecipazione di due distinti RTI: uno composto da Fastweb S.p.A. e Aruba S.p.A. (c.d. RTI Fastweb), l'altro dal c.d. RTI TIM, il soggetto promotore.

Ebbene, dopo l'aggiudicazione a favore RTI Fastweb, RTI TIM ha esercitato il diritto di prelazione in ragione della sua qualità di soggetto promotore, con la conseguente aggiudicazione a suo favore e la stipula del contratto per l'avvio dei lavori di realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale, secondo la tempistica prevista dal PNRR.

Da dicembre 2022 è così attivo il PSN nelle sedi di Acilia e Pomezia nel Lazio, Rozzano e Santo Stefano Ticino in Lombardia, che ha portato al conseguimento della prima *milestone* della Missione 1, componente 1, investimento 1.1 Infrastrutture digitali del PNRR.

Non solo, seguendo la stretta logica temporale-finanziaria del PNRR quale piano di *performance* e non di spesa, per cui i *milestone* e i *target* sono raggruppati per *instalments* (pagamenti) sulla base del profilo temporale[48], l'infrastruttura del PSN è stata realizzata entro la data ultima del 31 dicembre 2022, e il completamento dell'intero progetto è stato previsto nel secondo trimestre del 2026, pena la perdita dei finanziamenti provenienti dall'Unione Europea[49].

Si tratta, come è noto, di un finanziamento di 900 milioni di euro in favore delle amministrazioni centrali e delle autorità sanitarie locali che devono realizzare il processo di migrazione dei dati verso il Polo Strategico nazionale[50], ed un ulteriore investimento di 1 miliardo di euro per la migrazione anche delle amministrazioni locali[51]. Dunque una operazione di PPP di particolare rilievo sia giuridico che economico, considerando che l'erogazione delle rate semestrali del PNRR (successive alla prima di prefinanziamento), sono subordinate ad una valutazione della Commissione sul rispetto delle scadenze e sul conseguimento degli obiettivi-*target*, e che il mancato rispetto di queste comporta la decurtazione o la restituzione delle somme erogate, con obbligo di recupero al bilancio dell'Unione[52]. Una evenienza, dunque, da tenere presente e che il legislatore ha ritenuto di risolvere per il rispetto del PNRR, disponendo con il d.l. n.77 del 2021 (art. 48, c.4) che, ai casi di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento afferenti agli investimenti pubblici, finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, si applica l'art.125 del codice del processo amministrativo, per cui in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, il giudice deve tenere conto delle probabili

[47] Art. 11 «Rafforzamento della capacità amministrativa delle stazioni appaltanti».

[48] Per approfondimenti sulla modulazione temporale delle risorse e delle spese per Dispositivo ed effetti sul *deficit* e sul debito si veda Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, *Dossier- I profili finanziari del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) novembre 2022,* Roma, 2022, 9-22.

[49] Le successive *milestone* previste per ottemperare agli obblighi richiesti della Ue sui fondi del PNRR prevedono la migrazione delle prime 100 amministrazioni entro settembre 2024.

[50] Distribuiti tra duecento amministrazioni centrali e ottanta autorità sanitarie locali.

[51] Specificatamente destinato a consentire la migrazione a oltre 12.000 tra comuni, scuole e strutture sanitarie.

[52] Per approfondimenti sull'architettura del PNRR si veda G. COLOMBINI, V. MANZETTI*, Introduzione alla ricerca*, in G. COLOMBINI- L. GIANI- M. D'ORSOGNA- V. MANZETTI (a cura di), *Il PNRR tra condizionalità finanziarie e sociali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023, IX-XXX.

conseguenze del provvedimento per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del *preminente interesse nazionale* alla *sollecita* realizzazione dell'opera; tant'è che la eventuale sospensione o annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, ma il risarcimento del danno eventualmente dovuto per equivalente[53].

In sostanza, la norma finisce per limitare la concessione del provvedimento cautelare, facendo salvi gli effetti del contratto già stipulato, e questo per scongiurare la perdita dei relativi finanziamenti. Il che rende evidente che, nel percorso di realizzazione-accelerazione delle opere previste dal PNRR, non sono ammessi ritardi, per cui il *preminente interesse nazionale* viene ad identificarsi nella realizzazione dei *milestone* e dei *target*, vale a dire nel risultato "a ogni costo"[54]. Tale logica permea in realtà non soltanto il PNRR sulla base della condizionalità aggravata del NGUE, ma anche tutto il nuovo codice dei contratti pubblici, laddove sollecita e premia l'azione ed il risultato, rovesciando, almeno formalmente, quella impostazione precedente caratterizzata da una generale politica di riduzione degli spazi di discrezionalità amministrativa legata alla preoccupazione di incorrere in qualche responsabilità, e che si era tradotta in una amministrazione difensiva c.d. "paura della firma"[55].

Ebbene, riservando ad altra sede una riflessione sulla portata del "principio di risultato" quale principio cardine del nuovo codice[56], e sulle responsabilità, civili, penali e contabili che possono configurarsi, qui preme soltanto segnalare che la combinazione di tale principio con quello relativo alla realizzazione dei *milestone e dei target* del PNRR, può comportare, in caso di accertato illegittimo affidamento e conseguente applicazione dell'art.125 c.p.a., indipendentemente dal fatto che l'operazione di PPP sia classificata da Istat e da Eurostat *off balance*, rilevanti effetti finanziari sulla spesa pubblica corrente per risarcimento danni.

Emblematica al riguardo è la vicenda del Polo strategico nazionale.

Infatti, nel caso della realizzazione e gestione del Polo strategico nazionale, il Consiglio di Stato ha confermato, seppur con parziale diversa motivazione, la sentenza non definitiva del Tar Lazio[57], a seguito del ricorso presentato e proposto da Fastweb e Aruba, originari aggiudicatari dell'opera, con la quale è stata giudicata inammissibile l'offerta presentata dal raggruppamento temporaneo di imprese guidato da TIM nella procedura per l'affidamento, mediante contratto di partenariato pubblico-privato, in quanto espressione dell'esercizio illegittimo da parte di TIM del diritto di prelazione.

Sia il Consiglio di Stato che il Tar hanno, infatti, sottolineato che la parità di trattamento è stata "di fatto compromessa dall'obbligo imposto al giudice di preferire la realizzazione

[53]Il comma 2 dell'art. 125 c.p.a. specifica altresì che «ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure».

[54] Così M. INTERLANDI, *I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (e del nuovo schema del codice dei contratti)*, in *Federalismi.it*, n. 8, 2023, 48.

[55]A. BATTAGLIA- S. BATTINI- A. BLASINI- V. BONTEMPI- M.P. CHITI- F. DECAROLIS- S. MENTO- A. PINCINI- A. PIRRI VALENTINI- G. SABATO (a cura di), *Il rilancio della pubblica amministrazione tra velleità e pragmatismo. burocrazia difensiva: cause, indicatori e rimedi*, in *Irpa*, 2021.

[56]Si veda G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in *Astrid*, 2023.

[57] Sentenza TAR Lazio, Sezione Prima *bis*, n. 4338 del 2023.

dell'opera pubblica rispetto all'interesse del ricorrente principale al conseguimento del bene della vita, ... vale a dire al divenire contraente della stazione appaltante e subentrare, di conseguenza, all'aggiudicatario illegittimamente individuato"[58].

Il che, al di là della "non" interruzione dell'*iter* di questoprocesso di transizione digitale, non può non evidenziare che l'operazione di PPP per la realizzazione e gestione del Polo Strategico Nazionale, nella lettura più benevola, è "inciampata" nella più generale mancanza di competenze delle nostre pubbliche amministrazioni nella costruzione di importanti operazioni di partenariato pubblico privato.

Il Dipartimento per la Trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha, infatti, consentito l'esercizio del diritto di prelazione[59], e poi l'aggiudicazione al soggetto promotore – c.d. RTI TIM - in ragione di una offerta contente "*soluzioni equivalenti*" a quelle del c.d. RTI Fastweb.

Ora è evidente che "*soluzioni equivalenti*" è cosa ben diversa sia in termini letterali che di *ratio legis* dalla disposizione "*medesime condizioni* offerte dall'aggiudicatario" prevista dal comma 15 dell'art.183 codice vecchio, e confermata dal codice nuovo (art. 193 d.lgs. n. 36 del 2023).

La norma, nel fare riferimento all'espressione "medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario" va, infatti, a determinare la possibilità di consentire una sostituzione meramente soggettiva dell'operatore aggiudicatario-esecutore, restando preclusa qualsivoglia sostituzione oggettiva dell'offerta aggiudicataria, vale a dire dei suoi requisiti tecnici ed economici, adottando quindi un concetto di "assoluta identità" economica e tecnica tra le offerte[60]. Anche perché una diversa interpretazione della norma porterebbe alla possibilità di «mutare le regole del gioco in corso d'opera», andando così ad alterare i fondanti principi europei e nazionali della *par condicio* tra i concorrenti e della massima concorrenza[61].

Nel caso di specie invece il promotore, come "pacificamente" esplicitato sia nella memoria depositata il 5 settembre 2023 da RTI TIM, che nei documenti prodotti dalla Stazione appaltante, oltreché nella Convenzione sottoscritta tra il Dipartimento per la trasformazione digitale della Presidenza del Consiglio dei Ministri e la neo-costituita Società Polo Strategico Nazionale S.p.A. (costituita dalle società facenti parte del RTI TIM)[62], non

[58] Per considerazioni a carattere generale sul tema si rinvia a M. INTERLANDI, *I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (e del nuovo schema del codice dei contratti)*, cit., 1-50, in part. 42.

[59] In ogni caso, il diritto di prelazione del "promotore" che spetta esclusivamente «se il promotore non risulta aggiudicatario» è implicitamente subordinato alla presentazione, da parte dell'operatore, di un'offerta ammissibile, effettivamente comparata con le altre e collocata nella graduatoria finale in una posizione diversa dalla prima (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2020, n. 1005; *Id.*, 5 dicembre 2022, n. 10627).

[60] Si veda Sentenza Consiglio di Stato n. 9210 del 24 ottobre 2023, Considerato in diritto punto 44.10 e 44.11, in cui si sottolinea che l'offerta aggiudicataria «ha formato oggetto di selezione sulla base dei suoi requisiti tecnici ed economici, nell'ambito di una procedura evidenziale, da parte di apposita commissione di gara, e non può formare oggetto di rinegoziazione a valle della sostituzione soggettiva dell'aggiudicatario, conseguente all'esercizio della prelazione. Se si permettesse di mutare le regole del gioco in corso d'opera, si arriverebbe al risultato di alterare la par condicio tra i concorrenti».

[61] Così, Consiglio di Stato, sentenza n. 9210 del 2023, *Considerato in diritto* n. 44.11.

[62] Società Polo Strategico Nazionale SpA per la realizzazione e la gestione del PSN e partecipata da Tim (45%), Leonardo (25%), Cdp Equity (20%) e Sogei (10%).

ha affatto esercitato il diritto di prelazione "alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario", ma a condizioni che appaiono, come sottolinea il Consiglio di Stato, una sorta di "ibridazione" tra le due offerte tecniche, con la conseguente sottoscrizione di una convenzione a condizioni tecniche diverse da quelle dell'aggiudicatario RTI Fastweb[63].

Ebbene, questa "ammissione pacifica"[64] da parte dell'amministrazione competente e del promotore, denota - senza neppure troppi giri di parole - una palese violazione dell'art. 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici del 2016, e dunque una concessione affidata, nella sostanza, senza gara[65].Infatti il Consiglio di Stato rileva che la vicenda si è risolta in una negoziazione diretta con il promotore di "condizioni ritenute favorevoli alla parte privata e alla parte pubblica", con il risultato evidente che non si è trattato di una prelazione ma di "un illegittimo affidamento diretto"[66].

Ciononostante, seguendo l'*iter* delle speciali norme di semplificazioni-accelerazione previste per gli interventi PNRR, ed il richiamo nell'art.125 c.p.a., al *preminente interesse nazionale*, tutto questo non ha consentito al Consiglio di Stato di dichiarare l'inefficacia del contratto ed il subentro del c.d. RTI Fastweb, ma solo di riconoscere il diritto di quest'ultimo al risarcimento del danno per equivalente[67].

Il che fa sorgere forti dubbi sul fatto che, al di là della vicenda del Polo strategico nazionale, il *mix* tra norme del codice tutte orientate al raggiungimento del risultato e norme di semplificazione tutte orientate a garantire la realizzazione dei *milestone* e dei *target* del PNRR nei tempi stabiliti, possa incidere non soltanto sulla effettività della tutela giurisdizionale[68], ma anche sul principio di sana gestione finanziaria delle risorse pubbliche nazionali ed europee, posto che l'obiettivo "di garantire la realizzazione dell'opera ad ogni costo"[69] al fine di non perdere il finanziamento, non implica una supposta validità tecnica ed economica del progetto, né un riparo rispetto alle regole europee e nazionali di classificazione *off balance* delle operazioni di realizzazione dell'opera.

Ed infatti, rimanendo al profilo contabile e finanziario dell'operazione di partenariato del Polo strategico nazionale, va ricordato che l'art. 7 *bis*, comma 5, del d.l. 9 giugno 2021,

---

[63] Si veda sentenza non definitiva del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, n. 4338/2023, con cui il Tar del Lazio, nell'ambito del ricorso proposto dal Rti Fasttweb aveva già dichiarato l'offerta del RTI TIM inammissibile, «in quanto avrebbe apportato modifiche non consentite al progetto di fattibilità posto a base di gara».

[64] Consiglio di Stato, sentenza n. 9210 del 2023, *Considerato in diritto* n. 44.12 «La circostanza è pacifica ed è oggetto di riconoscimento esplicito sia da parte dell'amministrazione sia da parte del promotore».

[65] Il che significa che «all'accoglimento del motivo relativo all'esercizio illegittimo della prelazione consegue anche l'assorbimento di ordine logico di tutte le altre censure del ricorso di primo grado di RTI Fastweb inerenti l'offerta di RTI TIM. Se invero, l'aggiudicazione a RTI TIM è in radice illegittima per difetto dei presupposti della prelazione, appare logicamente superfluo esaminare se l'offerta fosse viziata pure sotto altri profili», così Sentenza Consiglio di Stato n. 9210 del 2023, *considerato in diritto*, punto 45.1.

[66] Così, Consiglio di Stato, sentenza n. 9210, *Considerato in diritto* n. 44.16. Il Consiglio di Stato sottolinea altresì che neanche di «una procedura negoziata» è possibile parlare nel caso di specie.

[67] Il Consiglio di Stato ha confermato, in linea con la sentenza del TAR Lazio n. 4338/2023 del 13 marzo 2023, l'efficacia della Convenzione in essere tra Presidenza del Consiglio dei Ministri e Polo Strategico Nazionale, ribadendo altresì l'improduttività di alcun effetto sul perdurare dell'efficacia della Convenzione in favore del RTI Tim, Leonardo, CDP Equity e Sogei.

[68] M. INTERLANDI, *I paradigmi costituzionali del giusto processo amministrativo alla prova del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (e del nuovo schema del codice dei contratti)*, cit., 25, ovvero come evidenzia l'A. anche «a prescindere dalla qualità della stessa, che può essere garantita solo da una corretta e legittima aggiudicazione della gara».

[69] *Ibidem*.

n. 80[70], ha autorizzato Sogei (società partecipata al 100% dal MEF) alla costituzione di società per «la realizzazione dei progetti di trasformazione digitale del PNRR affidati alla medesima società», facendo prevalere, pertanto, la specialità della norma sulle disposizioni generali di cui agli artt. 4 e 5 del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175)[71]. In sostanza la normativa speciale per l'attuazione del PNRR, ha autorizzato Sogei s.p.a. alla costituzione di società, in tutti i casi in cui tale costituzione sia funzionale alla realizzazione di progetti di trasformazione digitale ad essa comunque affidati, come nel caso del Polo strategico nazionale.

C'è da chiedersi se la presenza di Sogei, interamente partecipata dal MEF[72], nella operazione di PPP possa comportare dei rischi in termini di contabilizzazione *on balance*, e la prima risposta che viene all'evidenza è che tutta la cordata "TIM, Leonardo, Cassa Depositi Equity e Sogei" è sembrata connotarsi, proprio per la preponderante presenza di soggetti pubblici[73], come una sorta di nuovo "*nazionalismo economico*"[74]. Tant'è che tutta l'operazione di PPP del Polo strategico nazionale, potrebbe essere "attenzionata" da Eurostat, come peraltro è capitato in altre circostanze, su operazioni di PPP portate avanti da Cassa depositi e prestiti, non a caso divenuta «l'arma sempre meno segreta dei governi»[75].

Semmai va considerato che, in questo caso, la scelta di aver coinvolto nel raggruppamento temporaneo di imprese sia Leonardo, società *leader* nel mercato, che svolge attività in settori strategici nazionali, che Cassa, quale banca nazionale di promozione, sembra rispondere all'esigenza di raggiungere nel modo più efficiente possibile la missione numero 1 del Piano nazionale di ripresa e resilienza.

Il condizionale, tuttavia, è d'obbligo, posto che a questo aspetto, che apre anche ad una riflessione sul rispetto dei principi a tutela della concorrenza[76], si aggiunge quello tecnico,

---

[70] D.l. n. 80 del 2021 recante «Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia» convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2021, n. 113.

[71] Si ricorda altresì che è lo stesso art. 5 del Tusp ad escludere un onere di analitica motivazione dell'atto deliberativo quando la costituzione di una società sia astrattamente prevista da una norma di legge, come esattamente previsto dall'art. 7 bis d.l. n. 80 del 2012 con cui è stata espressamente autorizzata Sogei alla costituzione di società per la realizzazione di progetti di trasformazione digitale del PNRR affidati alla medesima società.

[72] E. VALENTI, *Polo strategico nazionale: il ruolo delle società a partecipazione pubblica*, in *Lab-IP*, 5 aprile 2023.L'A. rileva che un altro aspetto da mettere in evidenza consiste nel fatto che Sogei, per il tramite del raggruppamento temporaneo, si trova a collaborare con una società pubblica quotata in borsa, ossia Leonardo s.p.a.

[73] La disciplina di gara prevede che l'aggiudicatario debba costituire una società di progetto. Tale società, stante l'aggiudicazione in favore del RTI TIM, può ritenersi partecipata indirettamente dal Ministero dell'economia e delle finanze e direttamente dalle società pubbliche componenti del RTI, ossia: Sogei, società per azioni a socio unico, organismo di diritto pubblico, partecipata per la totalità del capitale dal Ministero dell'economia e delle finanze e operante mediante il modello organizzativo dell'*in house providing*; CDP Equity, società partecipata al 100 per cento da CDP s.p.a., il cui capitale sociale è detenuto dal Ministero dell'economia e delle finanze per una quota pari a circa l'82per cento; Leonardo, società per azioni quotata in borsa, il cui capitale sociale è detenuto dallo stesso Ministero per una quota pari a circa il 30 per cento; TIM che vede la partecipazione significativa di C.D.P. s.p.a. (9,8%).

[74] Istituto Bruno Leoni, *Il cloud nazionale e il nazionalismo economico che frena l'Italia*, in *linkiesta.it*, 7 novembre 2023.

[75] Sia consentito rinviare a V. MANZETTI, *Cassa Depositi e Prestiti paradigma italiano delle banche nazionali di promozione*, cit., 397-407.

[76] Si veda al riguardo Sent. Consiglio di Stato n.9210 del 2023, Considerato *in diritto* punto 29,6 «le dinamiche di gara che l'RTI TIM ha posto in essere e la stazione appaltante ha avallato, con la sostanziale ibridazione delle due offerte tecniche e la sottoscrizione di una convenzione a condizioni tecniche diverse da quelle dell'aggiudicatario RTI Fastweb violerebbero l'art. 183, comma 15, del codice dei contratti pubblici, celerebbero un illegittimo affidamento

nel senso che l'avvenuta *ibridazione* del progetto, può aver reso meno trasparente l'allocazione del fattore rischio, e dunque costituire una incognita per la contabilizzazione *off balance* delle operazioni di PPP, seppur, nel caso di specie, non si sia trattato di un finanziamento diretto alla cordata aggiudicataria, ma di un finanziamento *indiretto* alla cordata aggiudicataria dell'erogazione dei servizi di migrazione dei dati in modalità *cloud* alle pubbliche amministrazioni, che a questo scopo vengono supportate con *voucher* pubblici finanziati con le risorse del PNRR[77].

Fatti salvi questi fattori di criticità, affatto secondari, c'è da prendere atto che, nonostante la palese illegittimità della procedura accertata dal giudice amministrativo, non ci sono state conseguenze sull'assegnazione di fondi nazionali ed europei, nello specifico i fondi del PNRR relativi alla Missione 1.1 'Infrastrutture digitali', dedicati alla migrazione dei dati e servizi su Polo Strategico Nazionale, per la ragione che l'avvio del Polo strategico nel rispetto del cronoprogramma previsto nel PNRR ha rappresentato il raggiungimento del *milestone*.

È dunque evidente che la realizzazione degli obiettivi del PNRR ad ogni costo, compreso il ricorso all'art.125 c.p.a., può portare a sacrificare non soltanto l'interesse alla sana gestione delle risorse finanziarie messe a disposizione dal Dispositivo[78], ma anche ad una distorsione del principio di buon andamento quale norma cardine di organizzazione e di attività amministrativa da un lato e di sostenibilità finanziaria ed economica dall'altro[79], né, infine, ad esimere l'amministrazione da eventuali responsabilità erariali[80].

---

diretto ed implicherebbero, altresì, *l'erogazione di un indebito aiuto di Stato (laddove si reputi che l'investimento è finanziato in tutto o in parte da fondi PNRR)*» (corsivo nostro).

[77] Si veda il recente Avviso da 225 milioni pubblicato sul sito del Dipartimento per la Trasformazione digitale con scadenza 31 maggio 2024 rivolto ai Ministeri e le Agenzie fiscali che intendono migrare i propri dati e servizi critici e strategici al Polo Stategico Nazionale.

[78] Sulla declinazione finanziaria del principio di buon andamento si veda, *ex multis*, G. COLOMBINI, *Buon andamento ed equilibrio finanziario nella nuova formulazione dell'art. 97 Cost.*, in AA.VV., *Il diritto del bilancio e il sindacato sugli atti di natura finanziaria. Atti del convegno del 16-17 marzo 2017 dedicato alla magistratura contabile*, Milano, Giuffrè, 2019, 381 e ss; S. CIMINI, *Gli equilibri di finanza pubblica nella prospettiva del buon andamento delle amministrazioni pubbliche. relazione svolta dall'A. nel seminario su "Ordinamento giuridico e finanza pubblica" Spisa15 maggio 2020,* in *spec.unibo.it*, 2020.

[79] D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2012, 3; G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *AIC*, n. 3, 2012, 9, individua l'art. 97 come l'architrave della riforma costituzionale del bilancio del 2012; M. TRIMARCHI, *Premessa per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2017, 623 e ss., spec. par. 4.5. individua l'art. 97 come «la disposizione più significativa, nel senso di esemplare, della costituzione finanziaria vigente».

[80] Che operazioni di PPP possano comportare anche un aumento della spesa pubblica, lo dimostra il fatto che il Consiglio di Stato definitivamente pronunciandosi sull'appello promosso dalla Presidenza del Consiglio dei ministri, dal Ministero della Difesa, dal Ministero dell'economia e da Difesa Servizi S.p.a., ha accolto la censura sollevata da Fastweb di illegittimo esercizio della prelazione da parte di RTI TIM, confermando, seppur con diversa motivazione, la sentenza non definitiva del Tar Lazio (Sez.I-bis n.4338/2023), davanti a cui prosegue il giudizio risarcitorio, e disponendo al contempo la trasmissione degli atti alla Procura regionale della Corte dei conti per il Lazio, per le valutazioni di competenza. Ebbene, il rinvio alla giurisdizione contabile apre una ulteriore riflessione, nel senso che «le valutazioni di competenza del Procuratore regionale» cui fa riferimento il Consiglio di Stato, riguardano l'esistenza o meno di un danno erariale conseguente alla illiceità del comportamento adottato da soggetti in rapporto di impiego e di servizio con una pubblica amministrazione. E che una responsabilità per danno all'erario si possa formalmente configurare è intuibile. Infatti sotto il profilo soggettivo la vicenda vede coinvolte le amministrazioni che hanno illegittimamente consentito a TIM RTI l'esercizio del diritto di prelazione, mentre sotto il profilo oggettivo, la condanna della amministrazione al risarcimento per equivalente da parte del giudice amministrativo, nello scaricare sull'amministrazione l'onere di farvi fronte con risorse pubbliche, configura a sua volta un danno alle finanze pubbliche. Alla luce di queste considerazioni c'è dunque da chiedersi quale sarà l'esito della vicenda. Ebbene, muovendo dalle regole che presiedono ai giudizi di responsabilità erariale, c'è da dire che il giudice contabile nella determinazione del

Questa vicenda del Polo strategico, che purtroppo non sarà l'unica, visti gli ingenti investimenti previsti nelle varie missioni del PNRR ed i vincoli temporali e finanziari che lo contraddistinguono, rende evidente che, per lo sviluppo di operazioni di partenariato pubblico privato al riparo sia dai rischi di riclassificazione *on balance*, sia dai rischi di aumento della spesa pubblica per gli eventuali risarcimenti, sarebbe necessaria la presenza di un *commitment pubblico* in grado di individuare gli interventi sostenibili dal punto di vista della fattibilità e della ripartizione dei rischi, nonché della effettiva redditività economico-finanziaria, ma soprattutto in grado di assumere a principio fondante dell'azione amministrativa la componente finanziaria del buon andamento come introdotta dal comma 1 dell'art.97 della costituzione[81].

E dunque un *commitment pubblico* espressione di nuovi modi di amministrare, ovvero capace di cogliere l'insegnamento di rilevante dottrina in merito alla *ragion d'essere* di un sempre maggiore ricorso ad operazioni di PPP in luogo dei tradizionali modelli di intervento pubblico in economia, di cui si ricordano, in particolare, tre motivazioni: «il ruolo paritario del privato nei confronti della pubblica amministrazione; l'affermazione della sussidiarietà orizzontale, di cui il PPP è considerato una della varie espressioni; la centralità dell'economia sociale di mercato nel contesto della costituzione economica dell'Unione europea»[82].

danno può far uso del potere riduttivo in relazione alla presenza di circostanze attenuanti oggettive e soggettive. Per cui c'è da capire, nel caso della vicenda del Polo Strategico nazionale, indipendentemente dal periodo di vigenza della sospensione dalla colpa grave commissiva, come il risultato del PNRR così raggiunto, pur avendo determinato a carico dell'amministrazione il giudizio risarcitorio, debba essere considerato dal Procuratore regionale della Corte dei conti: ovvero a prescindere dal milestone-risultato PNRR raggiunto, portare a ritenere che il comportamento illecito determinato dall'illegittimo esercizio del diritto di prelazione abbia comunque dato luogo ad un danno da omessa concorrenza, od ancora, ritenere che la condotta, posta in essere da chi ha operato per conto dell'amministrazione si sia connotata da un carattere misto (omissivo e commissivo) che non rende operativo lo scudo erariale, o invece il riconoscere un rischio per la procedura contrattuale di un'opera definita di preminente interesse nazionale, tale da comportare il mancato rispetto del cronoprogramma previsto dal PNRR e la conseguente perdita dei relativi finanziamenti, potrebbe lasciare presumere che si possa pervenire, se non ad una archiviazione, ad una *compensatiolucri cum damno* e dunque non dar luogo all'azione risarcitoria tenendo conto del carattere compensativo-riparatorio della responsabilità erariale.

[81] Si veda Corte dei conti Lombardia, Deliberazione n. 187 del 21 settembre 2023 che in risposta ad un parere richiesto dal Comune di Varese ha fornito chiarimenti sull'applicabilità al partenariato pubblico privato (PPP) della disciplina in materia di incentivi alle funzioni tecniche. Si veda anche Fondazione Nazionale Ricerca dei Commercialisti, *Linee guida per la redazione del piano economico-finanziario nelle procedure di partenariato pubblico-privato: aggiornamenti in base al a e alla prassi recente,* in *fondazionenazionalecommercialisti.it*, dicembre 2023. Il documento approfondisce la tematica dell'elaborazione del piano economico-finanziario nell'ambito delle procedure di partenariato pubblico-privato e rappresenta un aggiornamento delle linee guida pubblicate nel 2019 dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e dalla Fondazione Nazionale Commercialisti, che si è reso necessario soprattutto in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici. L'elaborato, inoltre, fa riferimento a recenti provvedimenti emanati dagli *standard setter* di riferimento (principalmente ANAC, MEF e Ragioneria Generale dello Stato), oltre che ad alcune significative pronunce giurisprudenziali che hanno affrontato gli argomenti in oggetto, valutando anche argomenti molto specifici che necessitano di spiccate competenze tecniche (dalla gestione dei rischi al costo del capitale, dalla redditività alla sostenibilità finanziaria), sottolineando che ai fini di un adeguato utilizzo del PPP è necessario l'intervento di figure altamente specializzate.

[82] M.P. CHITI, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2016.