

Commentario

al contratto standard di concessione
per la progettazione, costruzione
e gestione di opere pubbliche
in partenariato pubblico-privato (PPP)

a cura di

Domenico Siclari

Ordinario nell'Università "La Sapienza" di Roma



Giappichelli

PRESENTAZIONE

La promozione e il corretto utilizzo del Partenariato Pubblico-Privato (PPP), quale particolare operazione di finanziamento di progetti diretti alla realizzazione e gestione di opere infrastrutturali ovvero alla fornitura di servizi nell'interesse pubblico della collettività, costituisce oggi un tema centrale per la crescita economica e la realizzazione delle infrastrutture in Italia. La consapevolezza della rilevanza dell'utilizzo degli strumenti del partenariato pubblico-privato come scelta obbligata per lo sviluppo dell'economia deriva dalla considerazione del ruolo centrale svolto dai lavori pubblici nella crescita economica, sia per l'effetto positivo indotto dalla presenza di infrastrutture efficienti, sia sotto il profilo dell'incidenza diretta sul PIL e sull'occupazione delle attività connesse con la realizzazione di opere infrastrutturali.

L'obiettivo di definire un "contratto standard" in materia di PPP, attraverso la predisposizione di clausole chiare e inequivocabili, deriva quindi dall'esigenza di incentivare e sostenere gli investimenti in infrastrutture, tutelando al contempo la finanza pubblica (sia consentito il rinvio a D. SICLARI, *Opere pubbliche e project financing: tra standardizzazione e tipizzazione contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2, 2020, p. 591 ss.).

Lo Schema di "Contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche a diretto utilizzo della Pubblica Amministrazione, da realizzare in partenariato pubblico privato", approvato con Delibera dell'Autorità Nazionale Anticorruzione n. 1116 del 22 dicembre 2020 e con Determina del Ragioniere Generale dello Stato n. 1 del 5 gennaio 2021, è stato elaborato dal Gruppo di Lavoro interistituzionale istituito nel 2013 presso il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato del Ministero dell'Economia e delle Finanze e composto da rappresentanti del medesimo Ministero dell'Economia e delle Finanze, del Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri, dell'Istituto Nazionale di Statistica, dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, dell'Associazione Nazionale Comuni Italiani – IFEL Fondazione, dell'Università Bocconi e della Cassa Depositi e Prestiti.

Lo Schema di contratto è stato strutturato con riferimento a una Operazione di Partenariato Pubblico-Privato (PPP), aggiudicata sulla base di un progetto definitivo, nella quale, a fronte di prestazioni rese dal Concessionario, l'Amministrazione concedente paga un canone di disponibilità dell'opera, canoni per i servizi accessori e, ove previsto, un contributo pubblico a titolo di prezzo dei lavori realizzati ai

sensi degli artt. 165, comma 2 e 180, comma 6, del Codice dei contratti pubblici. Si è ritenuto preferibile elaborare uno Schema di contratto di concessione per contratti di PPP a tariffazione sulla P.A. in considerazione della necessità di allocare correttamente, a livello giuridico, i rischi propri delle Operazioni di PPP, nel rispetto dei principi della Direttiva 2014/23/UE, delle indicazioni fornite da Eurostat per la contabilizzazione fuori bilancio delle medesime Operazioni nonché delle previsioni del Codice dei contratti pubblici.

In questo senso, lo Schema di contratto si configura quale necessario strumento di “governo del rischio” idoneo a disegnare in modo efficiente la struttura negoziale del rapporto concessorio: come si osserva nella Relazione illustrativa dello schema, “il governo del rischio nel Contratto rileva, infatti, anzitutto sotto il profilo giuridico, posto che la corretta allocazione dei rischi definisce la Concessione rispetto all’appalto; in secondo luogo, sotto il profilo economico, attraverso il conseguimento di un positivo *value for money* (convenienza del PPP per l’Amministrazione); infine, sotto il profilo contabile e statistico, in quanto l’esatta attribuzione dei rischi in capo al Concessionario permette di classificare l’Opera *off-balance sheet* e di contabilizzare l’Operazione come non generativa di nuovo debito, con effetti positivi per la finanza pubblica. Con riferimento specifico a quest’ultimo aspetto va considerato che il trattamento statistico dell’operazione è basato su un’analisi complessiva del contratto di PPP sia con riferimento alla fase della stipula che con riferimento agli eventi modificativi delle clausole del contratto, come dettagliatamente previsto nella Guida Eurostat/EPEC sul trattamento statistico delle operazioni di PPP”.

Il Commentario che si presenta intende, quindi, accompagnare e coadiuvare nell’applicazione dello Schema di contratto alle diverse Operazioni di PPP, tenendo a mente come le “regole del gioco” dell’istituto del Partenariato Pubblico-Privato si siano progressivamente formate attraverso l’esperienza e il confronto con le prassi del mercato, in un modello affinato *learning by doing* (E. CAMPAGNANO, *Le nuove forme del partenariato pubblico-privato*, Padova, 2020, p. 88). La giurisprudenza ancora troppo spesso è chiamata ad una necessaria opera di supplenza, in presenza di dettati normativi ambigui o incompleti (G.F. CARTEI, *I freni negli interventi infrastrutturali. Strumenti di partenariato pubblico-privato e qualità di redazione normativa del Codice dei contratti pubblici*, in *An. giur. econ.*, 1, 2020, p. 239), trovandosi di fronte ad un istituto di matrice anglosassone che sconta le tipiche problematiche di “innesto” negli ordinamenti di *civil law*, non solo in quello italiano (v., ad es., con riferimento all’esperienza francese, G. MULAZZANI, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto francese: dal contract de partenariat al marché de partenariat*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2018, p. 629 ss.).

Condizioni contrattuali certe potranno evitare il rischio che, a conclusione dell’Operazione di partenariato, si possa produrre una riclassificazione finanziaria di tale Operazione, includendola nel perimetro del bilancio della pubblica amministrazione e incidendo così sui limiti di indebitamento. L’auspicio è che una tale stan-

andardizzazione possa assicurare una razionale, efficiente e trasparente conclusione dei contratti, costituendo sul piano economico la risposta al problema di limitare i costi transattivi, inducendo certezza e celerità nei traffici giuridici e permettendo di predisporre in anticipo il regolamento negoziale e di calcolare gli esiti economici del contrarre, nonché di ridurre il rischio che insorgano controversie sull'esecuzione degli obblighi contrattuali, in particolare qualora le clausole contrattuali siano di natura tecnica e di elevata complessità.

La disponibilità di uno Schema di contratto evidentemente non risolve tutti i profili problematici, ma è un sicuro passo in avanti verso una maggiore certezza delle situazioni giuridiche, anche se servirà sempre un sistema anche giudiziale di interpretazione ed *enforcement* delle relative regole (sul controllo giudiziale della Pubblica Amministrazione e sul tema generale dei rapporti tra giudice e amministrazione v., di recente, R. GAROFOLI, *Il controllo giudiziale, amministrativo e penale dell'Amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2020, p. 405 ss.), come del resto avviene anche per i modelli contrattuali standard nell'appalto internazionale e le condizioni di contratto (cfr. M.J. BONELL, *The Law Governing International Commercial Contracts: Current Deficiencies and Possible Remedies*, in *Dir. comm. int.*, 3, 2018, p. 589).

Un utilizzo del PPP più consapevole e maturo da parte delle Amministrazioni e degli operatori del mercato potrà consentire, inoltre, di cogliere rapidamente nell'interesse del Paese le opportunità presenti nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) sui diversi interventi finanziati (ad es., in materia di digitalizzazione, rinnovo del parco dei mezzi di trasporto, realizzazione di infrastrutture di trasporto urbano come tram, filovie e funivie, efficientamento energetico delle scuole, degli uffici pubblici e dell'edilizia convenzionata, infrastrutture della sanità), tenendo conto della durata dei progetti del PNRR limitata al 2026.

Un sentito ringraziamento va a tutti gli Autori dei singoli commenti, impegnati nello studio della materia anche nell'ambito delle attività di ricerca del Dottorato di Diritto pubblico dell'economia presso l'Università "La Sapienza" di Roma, che aveva già dato un primo esito nella pubblicazione del precedente volume "Il *project financing* nel Codice dei contratti pubblici. Problemi e prospettive" nel 2019.

DOMENICO SICLARI

Roma, 25 giugno 2021

INDICE DEGLI AUTORI

Domenico ANDRACCHIO (artt. 1, 2, 3, 4, 5, 19, 20, 34, 35)

Gianluca BRIGANTI (artt. 15, 16, 17, 18)

Roberto FORMISANI (artt. 6, 7, 8)

Roberta LO CONTE (artt. 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 33)

Pietro RACCA (artt. 13, 28, 29, 30, 31, 32, 44, 45, 46)

Giuseppe SCIASCIA (artt. 9, 10, 11, 12, 14)

Elisabetta ZUDDAS (artt. 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43)

SEZIONE I

CONDIZIONI GENERALI

1. Premesse, Allegati e Documenti contrattuali

1. Il presente Contratto regola il rapporto tra le Parti.
 2. Le premesse e gli Allegati costituiscono parte integrante e sostanziale del Contratto.
 3. I Documenti Contrattuali elencati nell'Allegato 1, che le Parti dichiarano di ben conoscere ed accettare, ancorché non materialmente allegati al Contratto, costituiscono parte integrante e sostanziale dello stesso e si intendono qui integralmente richiamati.
 4. Per quanto non espressamente previsto nel Contratto, si applica la normativa nazionale e dell'Unione europea.
 5. In caso di contrasto e/o incompatibilità tra le disposizioni contenute nel Contratto e quelle contenute nei Documenti Contrattuali valgono le disposizioni del Contratto.
-

SOMMARIO

1. La natura giuridica e l'efficacia dello Schema di contratto-tipo. – 2. Il valore delle Premesse e degli Allegati. Un inquadramento generale. – 2.1. Le Premesse. – 2.2. Gli Allegati e i Documenti contrattuali. – 3. La clausola di rinvio suppletivo e la gerarchia intra-contrattuale.

1. *La natura giuridica e l'efficacia dello Schema di contratto-tipo*

Il contenuto negoziale di cui si compone lo Schema di contratto si apre con una proposizione apparentemente pleonastica e di mero stile: *“il presente contratto regola il rapporto tra le parti”*. Trattasi, in verità, di una clausola connotata da una sola apparente marginalità rispetto alle altre condizioni generali contenute nella Sezione I. Nella trama di qualsivoglia regolamento di interessi, la brevità di una clausola non equivale a superfluità (Grassetti, *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 184 ss.). Non vi fa eccezione la previsione in esame, che racchiude in sé una serie di elementi che evocano profili di notevole importanza. Il contratto al quale si riferisce è – come intuibile – quello stipulato in aderenza allo schema contrattuale, con la conseguenza che all'interprete si impone di comprendere quale sia la natura giuridica e la efficacia di quest'ultimo. Non essendovi d'aiuto il tenore letterale della clausola bisogna guardare altrove e, in particolare, al parere del Consiglio di Stato, Sez. I, 28 aprile 2020, n. 823, ove si è preso atto che lo Schema di contratto è stato elaborato – all'esito di un processo di consultazione

pubblica – da un Gruppo di lavoro interistituzionale istituito presso il Ministero dell’Economia e delle Finanze. Nulla di particolarmente strano in questo: lo Schema di contratto è stato predisposto anche per facilitare la corretta contabilizzazione *off-balance* delle operazioni di PPP ed evitare, di risulta, aggravii sulla finanza pubblica (Esposito, *La contabilizzazione delle operazioni del partenariato pubblico-privato. Lineamenti teorici e metodologici*, Torino, 2020); da qui la competenza dell’anzidetto Ministero. Se non fosse che l’elaborazione dello schema contrattuale da parte del solo MEF ha condotto il Consiglio di Stato a meglio indagarne la portata alla luce dell’attuale *governance* dei contratti pubblici, che vede nell’Autorità Nazionale Anticorruzione il soggetto cardine (Sticchi Damiani, *I nuovi poteri dell’Autorità Anticorruzione*, in *Libro dell’anno del Diritto. Treccani*, 2015, Roma, 2015; Lamberti, *I poteri dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nel riordino della disciplina dei contratti pubblici*, in Contessa-Crocco, *Codice degli appalti e delle concessioni commentato*, Roma, 2016, p. 141; Contessa, *Il ruolo dell’ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in *Libro dell’anno del Diritto. Treccani*, Roma, 2017). Pertanto, muovendo dall’assunto che “*esiste una disciplina normativa di rango primario che regola in modo puntuale, tra i tanti profili, anche quello dell’adozione di Linee guida e contratti tipo, e che demanda tale compito all’ANAC*”, il Consiglio di Stato ha osservato che, qualora non approvato (anche) dall’ANAC, lo schema contrattuale sarebbe stato solo “*un utile ausilio per le pubbliche amministrazioni che, tuttavia, non saranno obbligate a considerarlo quale contratto-tipo*”. All’opposto, l’approvazione anche da parte dell’Autorità ne avrebbe giustificato l’iscrizione nella categoria dei contratti-tipo preordinati a promuovere la omogeneità dei procedimenti amministrativi e a favorire lo sviluppo delle migliori pratiche (art. 213, comma 2, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50).

In accoglimento dei suggerimenti del Consiglio di Stato, lo Schema di contratto è stato quindi adottato sia dall’ANAC (delibera 22 dicembre 2020, n. 1116) sia dal MEF – Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato (determina del 5 gennaio 2021), di guisa che lo stesso deve farsi rientrare tra i contratti-tipo previsti dall’art. 213, comma 2 del Codice dei contratti pubblici. Trattasi, cioè, di un atto che, non introducendo regole vincolanti, è riconducibile al fenomeno della c.d. *soft regulation*, le cui “direttive” mirano ad indirizzare l’autonomia contrattuale delle strutture pubbliche verso il rispetto dei valori prevalenti dell’ordinamento giuridico. Più precisamente, si è in presenza di una “*efficace guida*” o, per meglio dire, di uno “*strumento di indirizzo per le pubbliche amministrazioni ai fini di una corretta configurazione dei contratti di partenariato pubblico privato, in termini sia di allocazione dei rischi sia di contabilizzazione dell’operazione*” (in dottrina: Gitti, *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006; Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in Olivieri-Zoppini (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 16 ss.; Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2016, p. 72 ss.; Morbidelli, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, p. 273

ss.; Passalacqua, *Soft law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Conc. e merc.*, 2017, p. 173 ss.; Marone, *Le Linee guida dell’Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2017, p. 743 ss.).

Ma la affermazione per cui lo Schema di contratto è da ricondursi alla categoria dei contratti-tipo di cui all’art. 213, comma 2 del Codice dei contratti pubblici non è sufficiente a chiarirne del tutto la natura giuridica e gli effetti. Occorre compiere uno sforzo ulteriore. E a questo riguardo, più che la giuspubblicistica, viene in soccorso la scienza civilistica, per la quale il contratto-tipo designa “una sottospecie dei contratti normativi, nell’ambito dei quali si caratterizza per una più completa e precisa determinazione del contenuto dei futuri contratti” (Vivante, *Ancora dei contratti-tipo, o meglio delle clausole tipiche dei contratti*, in *Commercio*, 1931, p. 147 ss.; in senso analogo, Cariota Ferrara, *Riflessioni sul contratto normativo*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza della Università di Perugia*, Padova, 1937, p. 102 ss.; Galligani, *La figura giuridica del contratto-tipo*, Pisa, 1993). Da qui la ricostruzione del contratto-tipo – sia nella forma di contratto sia nella forma di schema contrattuale – nei termini di “*strumento generale di determinazione di elementi e condizioni di futuri ed eventuali rapporti giuridici, avente la funzione di agevolare la conclusione dei negozi individuali, garantendo la speditezza e la sicurezza*” delle operazioni negoziale (Battelli, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, 2017, pp. 12 e 43).

Alla (pressoché) unanime definizione non corrisponde, però, l’esistenza di una monolitica figura di contratto-tipo. La più accreditata dottrina ha invero classificato le varie figure di contratti-tipo in base alla “fonte di approvazione”, ai “soggetti”, alla “funzione”, alla “efficacia” e alla “struttura”. Mentre la “fonte di approvazione” permette di distinguere i contratti-tipo approvati da soggetti privati da quelli approvati da soggetti pubblici, il criterio dei “soggetti” sta alla base della distinzione tra i contratti-tipo a formazione individuale (nei quali i contraenti sono portatori di interessi loro propri) e i contratti-tipo a formazione associativa (nei quali i contraenti sono portatori di interesse pubblici o collettivi). Il criterio della “funzione” giustifica, invece, la distinzione tra i contratti-tipo destinati a regolare contratti già conclusi da quelli volti a regolare contratti futuri, mentre il criterio della “efficacia” consente di distinguere: a) i contratti-tipo ad efficacia direttiva, che contengono delle clausole finalizzate a guidare, senza l’obbligo giuridico di rispettarle, il comportamento delle parti in occasione della eventuale stipula di futuri rapporti contrattuali; b) i contratti-tipo ad efficacia obbligatoria, che fanno sorgere in capo alle parti l’obbligo di non concludere un contratto da essi difforme; c) i contratti-tipo ad efficacia reale, caratterizzati da clausole cogenti e destinate a confluire nel contenuto del singolo contratto, anche qualora vi sia una contraria volontà delle parti. Infine, il criterio della “struttura” permette di distinguere i contratti-tipo unilaterali, nei quali le parti predisponenti non sono parti dei futuri contratti sottostanti, dai contratti-tipo bilaterali, nei quali invece i predisponenti si ritrovano ad essere parti anche

del futuro contratto sottostante (Barbero, *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, Milano, 1935, pp. 52-56).

Ebbene, ferma la sicura attraibilità nell'orbita degli strumenti di regolazione flessibile di cui al citato art. 213, lo schema contrattuale può considerarsi un **contratto-tipo**: di **provenienza pubblica**, poiché approvato dall'ANAC e dal MEF; a **formazione non individuale**, in quanto i soggetti pubblici che lo hanno predisposto e approvato non sono portatori di interessi individuali, bensì di interessi generali; destinato a **fissare il contenuto di futuri contratti** di PPP; a **struttura unilaterale**, dal momento che il MEF, l'ANAC e gli operatori che hanno presentato osservazioni in sede di consultazione non sono destinati a ritrovarsi (necessariamente) come parti di futuri contratti di PPP; dotato di **efficacia direttiva**, in quanto le clausole dello Schema di contratto, lungi dall'aver efficacia vincolante, mirano a facilitare le amministrazioni nella predisposizione di contratti di PPP, ma dotato anche di **efficacia condizionatamente obbligatoria**, dal momento che, al pari delle Linee guida non vincolanti, anche i contratti-tipo impongono alle amministrazioni l'obbligo di motivare le ragioni del discostamento da essi (Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 19 dicembre 2019, n. 3235; in dottrina: Martino, *Le Linee guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: soft law with hard effects*, in *Amm. in cammino*, 2020, pp. 1-14).

2. Il valore delle Premesse e degli Allegati. Un inquadramento generale

Lo Schema di contratto reca la rappresentazione grafica di quella che sarà la volontà delle parti. Per prassi negoziale, l'allestimento grafico-concettuale del contratto è sovente articolato in tre parti: le premesse, l'articolato contrattuale vero e proprio e gli allegati. Una articolazione alla quale si conforma lo Schema di contratto, che non a caso è definito come “*presente contratto, inclusivo delle premesse, degli allegati e dei documenti contrattuali, nel quale sono definiti i termini e le condizioni che regolano tutti i rapporti tra le parti nell'ambito della concessione*”. Si intuisce che la locuzione “presente contratto” designa i quarantasei articoli nei quali si sostanziano le clausole contrattuali vere e proprie; le premesse sono la ordinata enunciazione dei fatti, degli atti e dei presupposti che conducono alla stipula del contratto; gli allegati, contenenti dati (giuridici e tecnici) integrativi, sono infine costituiti dall'elenco dei documenti contrattuali, dall'elenco delle definizioni e dalla matrice dei rischi (Sicchiero, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003; Ferro-Luzzi, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del “premessato che” nel documento negoziale*, Milano, 2004).

Ora, nessuno dubita che le clausole contrattuali inserite nell'articolato siano dotate di quella efficacia precettiva scaturente dalla forza di legge del contratto (art. 1372 c.c.). Più controversa è invece l'efficacia delle premesse e degli allegati. Spesso le parti si concentrano sulla corretta redazione dell'articolato contrattuale e

trascurano il contenuto delle premesse e dei documenti acclusi. E così che, per evitare spiacevoli inconvenienti, risulta frequente il ricorso a formule che indicano le premesse e gli allegati come “parte integrante e sostanziale del contratto”. In questo modo fa l’articolo in commento, il quale prevede che: **a)** le premesse e gli allegati costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto (comma 2); **b)** i documenti contrattuali elencati nell’Allegato 1 costituiscono parte integrante e sostanziale dello stesso e si intendono qui integralmente richiamati (comma 3). Trattasi della formula correntemente indicata come “clausola di intero accordo”, a voler significare l’obbligo delle parti di conformarsi all’intero contenuto (nessuno escluso) del regolamento contrattuale. Sennonché, l’efficacia precettiva delle premesse e degli allegati non può farsi discendere, *sic et simpliciter*, dalla sola presenza di una simile clausola. Di contro, è pacifico che occorre procedere ad una compiuta interpretazione del loro contenuto. Tant’è vero che la giurisprudenza è nel senso che le premesse, veicolando informazioni di varia natura (notizie concernenti le parti, indicazione dei motivi e dei presupposti che hanno indotto alla stipulazione, ecc.), rendono “necessario stabilire se i contraenti abbiano inteso, attraverso le enunciazioni contenute in tali proposizioni, assumere obblighi o limitarsi a mere dichiarazioni di scienza” (App. Venezia, 3 aprile 2014); un indirizzo che è estendibile, *mutatis mutandis*, anche agli allegati.

2.1. Le Premesse

Qual è il carattere delle premesse dello Schema di contratto-tipo? Sono precettive oppure enunciative? Punto di partenza dell’indagine è che la parte pubblica abbia inteso regolare il rapporto in conformità allo Schema di contratto-tipo. Ciò posto, se si eccettuano quelle di cui ai punti 5, 6 e 8, le restanti premesse paiono assumere una “valenza precettiva derivata e retrospettiva”. In sé non determinano il sorgere in capo alle parti di obblighi di prestazione. E tuttavia valgono a rafforzare – se così può dirsi – l’obbligatorietà degli atti e delle condotte a cui si riferiscono. Nel senso che la gran parte di esse fanno riferimento ad atti contemplati come obbligatori dalle “norme imperative” del Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281; TAR Molise, Sez. I, 9 aprile 2009, n. 117) e presuppongono che tali atti, pena possibili vizi e responsabilità, siano stati effettivamente posti in essere. In altri termini, la precettività di tali premesse si risolve nel fare sorgere in capo alle parti un obbligo di condotta: quello di “dire il vero”.

Passandole in rapida rassegna, la **Premessa di cui al punto 1** presuppone che l’amministrazione abbia inserito l’Opera oggetto del contratto all’interno degli atti che contraddistinguono la prima fondamentale fase del ciclo di vita dei contratti pubblici: la fase di programmazione. La **Premessa di cui al punto 2** presuppone, poi, che siano stati rispettati (almeno) i primi due livelli nei quali si sviluppa l’attività di progettazione: l’individuazione (sulla base di studi e ricerche di varia natura) della soluzione che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collet-

tività (*progetto di fattibilità tecnica ed economia*), nonché l'individuazione dei lavori da realizzare e degli elementi necessari per il rilascio delle autorizzazioni, la quantificazione del limite di spesa e l'indicazione del cronoprogramma (*progetto definitivo*). Parimenti carattere precettivo, perché veicolative di atti imposti da disposizioni normative, sono le Premesse di cui ai punti 3 e 4. La **Premessa di cui al punto 3** è una delle più importanti, in quanto presuppone che la scelta del Concessionario sia avvenuta mediante una procedura ad evidenza pubblica indetta sulla base del criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa. La **Premessa di cui al punto 4**, invece, presuppone che l'amministrazione abbia rispettato il "principio di pubblicità", assicurando le adeguate forma pubblicitarie al bando e agli atti della procedura di gara (artt. 71 ss., D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50); questa premessa è assai importante perché la eventuale violazione degli obblighi di pubblicazione è suscettibile – come noto – di determinare *ex art.* 121, comma 1, lett. a), c.p.a. l'annullamento dell'aggiudicazione e, quale effetto obbligatorio, la inefficacia del contratto (De Nictolis, *Artt. 121-125*, in Quaranta-Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano, 2010, p. 1012 ss.; Occhiena, *Principi di pubblicità e trasparenza*, in Renna-Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 141 ss.; Mezzotero-Romei, *Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto*, in *Rass. Avv. St.*, 2, 2016, p. 253 ss.).

Possono leggersi in combinazione tra di loro le **Premesse di cui ai punti 5 e 6**, che non hanno valenza precettiva. Limitandosi a compiere una ricognizione dei fatti e degli atti conseguenti agli obblighi legali contrattualmente veicolati dalle precedenti premesse, presuppongono che la procedura di aggiudicazione sia correttamente giunta al suo formale epilogo con la proposta di aggiudicazione e con il provvedimento di aggiudicazione. Ancora, assai rilevante è invece la **Premessa di cui al punto 7**, in quanto, ad esclusione dei casi in cui il contratto di PPP sia finalizzato a realizzare opere minore, presuppone che sia stata effettivamente costituita da parte del Concessionario una Società di Progetto. Contiene invece una enunciazione descrittiva con finalità solennizzante la **Premessa di cui al punto 8**, la quale esplicita la volontà delle parti di disciplinare il rapporto con un regolamento negoziale conforme allo Schema di contratto. Di indubbia importanza è la **Premessa di cui al punto 9**, poiché presuppone che le parti si siano effettivamente impegnate a regolare il rapporto con una allocazione dei rischi capace di assicurare l'equilibrio economico (capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito) e finanziario (capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento) dell'operazione. Infine, può considerarsi dotata di valore precettivo anche la **Premessa di cui al punto 10**, poiché presuppone che l'amministrazione concedente si sia effettivamente avvalsa dello strumento della delega dei poteri di espropriazione di cui all'art. 6, comma 8, D.P.R., 8 giugno 2001, n. 327.

2.2. *Gli Allegati e i Documenti contrattuali*

Il separato riferimento che l'articolo in commento fa agli allegati e ai documenti contrattuali – come già detto – non deve indurre a considerare separatamente gli uni dagli altri; semplicemente perché i documenti contrattuali figurano nei tre allegati allo Schema di contratto. Rinviando l'esame dell'Allegato 2 (Definizioni) al commento del successivo articolo, qui ci si soffermerà sui restanti due allegati.

L'**Allegato 1 (Documenti contrattuali)** contiene un elenco non tassativo di tredici documenti volti ad arricchire il contenuto negoziale di clausole (tecniche e giuridiche). Oltre a quelli che le parti potranno allegare in base alle specifiche caratteristiche della singola Opera, i documenti da accludere al contratto sono: **a)** quello contenente l'individuazione delle aree oggetto di intervento e di gestione da parte del Concessionario; **b)** tutti gli atti di autorizzazione, permessi, licenze e nulla osta necessari alla realizzazione dell'Opera e alla prestazione dei servizi; **c)** il Progetto Definitivo e il Progetto Esecutivo di cui all'art. 23, del Codice dei contratti pubblici; **d)** il Cronoprogramma, contenente l'indicazione dei tempi necessari per la progettazione, la realizzazione e la gestione dell'Opera; **e)** il Disciplinare tecnico di progettazione e di esecuzione dei lavori, contenente le prescrizioni tecniche, le condizioni e le modalità di realizzazione dell'Opera e di erogazione dei servizi; **f)** il Capitolato di gestione, nel quale sono definiti gli *standard* qualitativi e quantitativi, le specifiche tecniche dei servizi, gli indicatori di disponibilità e i parametri di controllo; **g)** il meccanismo di rettifica del corrispettivo, contenente l'indicazione delle modalità, delle condizioni e dei termini con cui procedere all'adeguamento del corrispettivo allorché la prestazione si discosti dal Livello Obiettivo o dal Livello Minimo; **h)** il Piano Economico Finanziario, contenente l'esplicitazione dettagliata dei presupposti e delle condizioni di base che determinano l'Equilibrio Economico Finanziario dell'investimento; **i)** il Piano Particelle Espropri, contenente il frazionamento catastale delle aree interessate dai lavori, l'indicazione delle espropriazioni e degli asservimenti necessari, ecc.; **l)** il Quadro Economico, contenente l'indicazione dell'importo dei lavori, degli oneri di sicurezza, delle spese di progettazione e degli ulteriori oneri e spese di spettanza del Concessionario, ecc.; **m)** la cauzione definitiva, ossia il documento quientanziale con il quale viene attestato il deposito dei beni a garanzia dei danni che l'amministrazione potrebbe subire in ipotesi di mancata realizzazione dell'Opera e/o di mancata erogazione dei servizi nei tempi e secondo le modalità convenzionalmente pattuite; **n)** gli estremi del conto corrente del Concessionario; **o)** l'*Handback*, contenente l'indicazione della consistenza delle opere, delle attrezzature, degli arredi e dei materiali che, alla data di cessazione del contratto, passano rispettivamente nella disponibilità dell'amministrazione e del Concessionario.

L'**Allegato 3 (Matrice dei rischi)** si sostanzia in una griglia tabellare (sviluppata sulla falsariga del modello indicato dall'ANAC nelle Linee guida del 29 marzo 2018, n. 9) contenente una serie di dati e informazioni utili a valutare la convenien-

za del ricorso al PPP e ad allocare correttamente i rischi connessi all'investimento. Più precisamente, tale allegato contiene: **a)** l'indicazione dei rischi (per es., rischio amministrativo, rischio espropri, rischio ambientale, rischio di modificazione progettuale, rischio di errore di progettazione, rischio finanziario, rischio di aumento del costo dei fattori produttivi, ecc.) che potrebbero verificarsi durante l'operazione di PPP; **b)** la descrizione delle varie tipologie di rischio; **c)** l'indicazione della probabilità del verificarsi dell'evento associato al rischio; **d)** la determinazione, in termini percentuali, economici e di tempo, delle conseguenze connesse al verificarsi dell'evento associato al rischio; **e)** l'indicazione degli strumenti di mitigazione del rischio; **f)** l'indicazione della parte in capo alla quale sono allocate le diverse tipologie di rischio; **g)** l'indicazione dei singoli articoli del contratto che individuano il soggetto e le modalità di assunzione delle diverse tipologie di rischio.

Ciò posto, si soggiunga che le proposizioni contenute negli Allegati 1 e 3 paiono suscettibili di assumere valore precettivo, nel senso che contengono previsioni dalle quali scaturisce un duplice obbligo: l'**obbligo immediato** di accludere i documenti (anche se l'inadempimento di esso non è causa di invalidità) e l'**obbligo mediato** di conformare la condotta contrattuale alle previsioni contenute in essi.

3. La clausola di rinvio suppletivo e la gerarchia intra-contrattuale

L'articolo in commento si chiude con due clausole (commi 4 e 5) delle quali è bene dare conto. La prima, risolvendosi nel rinvio alla "normativa nazionale e dell'Unione europea", rappresenta una clausola di salvaguardia finalizzata a sopperire, mediante la c.d. "integrazione suppletiva legale", alle eventuali lacune che dovessero affliggere il regolamento contrattuale (Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967; Federico, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008; D'Amico, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in D'Amico-Pagliantini (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 213 ss.). La seconda, invece, è una clausola con cui è fissato il criterio di gerarchia al quale uniformarsi in ipotesi di contrasto tra le disposizioni del contratto e quelle dei documenti contrattuali, stabilendosi la prevalenza delle prime. Il vero senso pratico di tale clausola però sfugge. Ciò in quanto affermare che "*i documenti contrattuali, ancorché non materialmente allegati al contratto, costituiscono parte integrante e sostanziale dello stesso e si intendono qui integralmente richiamati*" (comma 3) significa porre sullo stesso piano le proposizioni del contratto vero e proprio e quelle dei documenti allegati; la stessa giurisprudenza è orientata nel ritenere che "*il richiamo della disciplina fissata in un distinto documento, che sia effettuato dalle parti contraenti sulla premessa della piena conoscenza di tale documento e al fine dell'integrazione del rapporto negoziale, assegna alle previsioni ivi contenute il valore di clausole concordate*" (Trib. Vicenza, 4 marzo 2020, n. 485).

BIBLIOGRAFIA

D. BARBERO, *Il contratto-tipo nel diritto italiano*, Milano, 1935; E. BATELLI, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, Napoli, 2017; L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, in *Annali della Facoltà di giurisprudenza della Università di Perugia*, Padova, 1937, p. 102 ss.; C. CONTESSA, *Il ruolo dell'ANAC nel nuovo codice dei contratti*, in *Libro dell'anno del Diritto*, Treccani, Roma, 2017; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in G. D'AMICO-S. PAGLIANTINI (a cura di), *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, p. 213 ss.; R. DE NICTOLIS, Artt. 121-125, in A. QUARANTA-V. LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo. Commentario al d.lgs. 104/2010*, Milano, 2010, p. 1012 ss.; P. ESPOSITO, *La contabilizzazione delle operazioni del partenariato pubblico-privato. Lineamenti teorici e metodologici*, Torino, 2020; A. FEDERICO, *Profili dell'integrazione del contratto*, Milano, 2008; F. FERRO-LUZZI, *Del preambolo del contratto. Valore ed efficacia del "premessso che" nel documento negoziale*, Milano, 2004; G. GALLIGANI, *La figura giuridica del contratto-tipo*, Pisa, 1993; G. GITTI, *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006; C. GRASSETTI, *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 184 ss.; C. LAMBERTI, *I poteri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel riordino della disciplina dei contratti pubblici*, in C. CONTESSA-D. CROCCO, *Codice degli appalti e delle concessioni commentato*, Roma, 2016, p. 141; F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2017, p. 743 ss.; G. MARTINO, *Le linee guida non vincolanti dell'Autorità Nazionale Anticorruzione: soft law with hard effects*, in *Amministrazione in Cammino*, 2020, pp. 1-14; A. MEZZOTERO-D. ROMEI, *Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto*, in *Rass. Avv. St.*, 2, 2016, p. 253 ss.; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. amm.*, 3, 2016, p. 273 ss.; M. OCCHIENA, *Principi di pubblicità e trasparenza*, in M. RENNA-F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 141 ss.; M. PASSALACQUA, *Soft law per la regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Conc. e merc.*, 2017, p. 173 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1967; G. SICCHIERO, *La clausola contrattuale*, Padova, 2003; L. TORCHIA, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Riv. reg. merc.*, 2, 2016, p. 72 ss.; C. VIVANTE, *Ancora dei contratti-tipo, o meglio delle clausole tipiche dei contratti*, in *Commercio*, 1931, p. 147 ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in G. OLIVIERI-A. ZOPPINI (a cura di), *Contratto e antitrust*, Roma-Bari, 2008, p. 16 ss.

2. Definizioni

1. Ai fini del Contratto, i termini elencati nell'Allegato 2, ove utilizzati con la lettera iniziale maiuscola assumono, sia al singolare che al plurale, il significato ad essi attribuito nell'Allegato medesimo.

SOMMARIO

1. Le definizioni: tipologie e funzione. – 1.1. Il carattere (condizionatamente) vincolante delle definizioni contrattuali. – 2. Le definizioni allegate allo Schema di contratto-tipo. Una classificazione. – 3. La precettività delle definizioni allegate allo Schema di contratto-tipo: quando e come?

1. *Le definizioni: tipologie e funzione*

La formulazione di clausole definitorie è una costante delle migliori pratiche di redazione dei contratti. Nella loro più intima essenza le definizioni sono la esplicitazione del significato che assumono i vocaboli impiegati per la descrizione di atti, di fatti e di fenomeni riferiti ai più diversi ambiti della vita sociale ed economica. La dottrina considera le definizioni come “*la formulazione per mezzo di altri termini delle condizioni di applicazione di un termine*” (Scarpelli, *La definizione nel diritto*, in Scarpelli-Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, p. 311; in senso analogo anche, Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano, 1955). In via generale, si suole distinguere quattro diverse tipologie di definizioni: le “definizioni nominali”, che attribuiscono il “significato secco” ad un termine; le “definizioni reali”, che descrivono il fenomeno indicato con quel termine; le “definizioni lessicali”, che ripropongono, senza l’aggiunta di precisazioni e integrazioni rilevanti, il significato che le altre definizioni attribuiscono ad un vocabolo; le “definizioni esplicative”, le quali, avendo come punto di partenza il significato che altre definizioni attribuiscono ad un vocabolo, ne precisano (con integrazioni e/o modifiche) i contorni (Belvedere, voce *Definizioni*, in *Dig. disc. civ.*, 5, 1989, p. 149). A queste possono aggiungersi le “definizioni generali”, con le quali viene esplicitato, in maniera non specializzante, il significato di un termine; le “definizioni settoriali”, che attribuiscono ad un termine il significato valevole soltanto in un determinato settore, nonché le “definizioni legislative” (contenute in un atto normativo), le “definizioni dottrinali” (contenute nelle opere di scienza), le “definizioni giudiziali” (contenute nei provvedimenti del giudice) e le “definizioni contrattuali” (contenute negli atti, negozi e contratti).

La pluralità delle possibili tipologie di definizioni non altera, però, la funzione cui le stesse sono chiamate a svolgere: ridurre la vaghezza tipica della maggior parte delle parole, rispondendo a una domanda di certezza legata all’esigenza di sape-

re, ridimensionando il rischio di scelte arbitrarie, illogiche e/o pretestuose (Tomasi, *Premessa. Il gioco delle definizioni*, in Cortese-Tomasi (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Napoli, 2016, p. 8). Per dirla altrimenti, le definizioni servono a fare chiarezza: esplicitano, con una certa necessaria fissità, il significato che assumono i termini e le espressioni impiegate in un determinato contesto. Ne deriva che l'autore delle definizioni (legislatore, studioso, giudice o parti contraenti) finisce col compiere una “interpretazione autentica circa il significato di espressioni aventi un notevole impatto contenutistico” (in questi termini, sebbene con riferimento alle definizioni legislative, Carullo-Iudica, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2018, p. 235).

1.1. Il carattere (condizionatamente) vincolante delle definizioni contrattuali

La funzione delle definizioni di esplicitare il significato autentico dei termini cui si riferiscono non equivale ad affermarne – in ogni caso – il carattere vincolante. Per quanto riguarda le definizioni legali, l'opinione prevalente è nel senso di escluderne il carattere vincolante (Tarello, *Il problema delle definizioni legislative*, in *Pol. dir.*, 3, 1975, p. 345 ss.; Id., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; Martino, *Le definizioni legislative*, Torino, 1975). Del pari, non hanno carattere vincolate le definizioni elaborate dalla dottrina, poiché la opinabilità e la pluralità di soluzioni sono la linfa vitale dell'evoluzione scientifica e culturale in qualsiasi settore dello scibile umano. Discorso diverso vale per le definizioni contenute in una sentenza passata in giudicato, le quali fanno “*stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*” (art. 2909 c.c.), nonché per le definizioni elaborate all'interno di un contratto.

È su queste ultime che occorre soffermarsi. Le definizioni contrattuali nascono come *non* vincolati, ma assumono una connotazione fortemente vincolante ove accettate dalle parti, poiché in questo caso si presume che alla loro elaborazione abbiano consapevolmente partecipato le parti contraenti. La loro vincolatività trova fondamento nelle libertà di cui si compone la “autonomia privata” (Grisi, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999): la libertà di contrarre, la libertà di scelta del contraente, la libertà di determinazione del contenuto, la libertà di creare nuovi tipi contrattuali, ecc. (Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 350). Tuttavia, le libertà che compongono l'autonomia contrattuale non sono illimitate. Se è vero che per autonomia negoziale (*species* del *genus* autonomia privata) si è soliti intendere il potere riconosciuto o attribuito dall'ordinamento giuridico al soggetto di diritto, privato o pubblico, di regolare con proprie manifestazioni di volontà interessi privati o pubblici (Perlingieri, *op. cit.*, p. 341), è altrettanto vero che il regolamento negoziale creato dalle parti contraenti diviene giuridicamente vincolante “se conforme alle prescrizioni del diritto” imperative e inderogabili (Perlingieri, *op. cit.*, p. 335; Criscuolo, *L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Napoli, 2000).