

## Il rischio operativo e i suoi confini

Gian Franco Cartei

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Partenariato pubblico-privato e contratto di concessione: la determinazione della efficiente allocazione del rischio. – 3. Il contratto di concessione: la traslazione del rischio, le sue varianti, la sorte e l'ambito del rischio di disponibilità e costruzione. – 4. La misura del rischio ed il contributo pubblico. Le incertezze sulla sua determinazione e la rilevanza del piano economico-finanziario. – 5. L'ambito ed i confini del rischio operativo. – 6. L'esecuzione e la revisione del contratto. I termini della questione e le novità del Codice. – 7. Revisione del contratto e clausole generali: la valutazione del concedente. – 8. Esecuzione e principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9 del Codice. Il raffronto con il contratto di appalto. – 9. Revisione del contratto e poteri del concedente.

### 1. *Premessa*

È un dato di comune constatazione che la disciplina contenuta nel d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 con riguardo al contratto di concessione è nata non sotto l'impulso di una nuova direttiva europea, ma per ragioni in larga parte interne all'ordinamento nazionale, siccome elencate nella Relazione tecnica di accompagnamento al testo del Codice redatto dalla Commissione speciale all'uopo incaricata (di seguito, la Relazione).

Tra gli obiettivi della riforma la Relazione indica l'individuazione di un quadro chiaro sulla ripartizione dei rischi. E proprio il rischio, soprattutto nella declinazione del rischio operativo, costituisce l'oggetto delle presenti riflessioni in quanto essenza e sostanza del contratto di concessione, quasi una sua metafora verrebbe da dire<sup>1</sup>. La prospettiva prescelta può sembrare – e sicuramente in parte è – poco originale: *rischio*, infatti, è lemma presente sin dalle comunicazioni fondative della Commissione di inizio secolo e da lì è transitato nei vari testi normativi sino a plasmare l'impostazione sistematica del nuovo Codice.

---

<sup>1</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 22.

Nessun dubbio che il rischio costituisca tuttora il cardine e fulcro sistemico della disciplina originaria il cui sostrato concettuale risale alla vecchia legge-quadro 11 febbraio 1994, n. 109<sup>2</sup>. Costituirebbe, tuttavia, un errore immaginare che non sussistano differenze rispetto al passato. Alcune di queste riguardano l'impostazione generale della disciplina ed il suo inquadramento sistematico, altre attengono direttamente alla nozione e disciplina del rischio. Qualunque sia la prospettiva accolta, e qualunque giudizio si voglia formulare sul nuovo assetto normativo, il testo non appare privo di incertezze interpretative, in parte ereditate dal passato, in parte prodotte dalla nuova disciplina, tanto da consegnarci una nozione tutt'altro che chiara e distinta. Le une e le altre meritano, dunque, di essere indagate partendo a tal fine dall'impostazione generale e, in particolare, dalle disposizioni generali che aprono il Libro IV intitolato «Del partenariato pubblico-privato e delle concessioni». La scelta operata dagli estensori del Codice, infatti, ha riflessi anche sull'oggetto delle presenti riflessioni. Già in quella sede, infatti, la nozione di rischio operativo ricopre un ruolo rilevante.

## 2. *Partenariato pubblico-privato e contratto di concessione: la determinazione della efficiente allocazione del rischio*

L'analisi sul rischio nelle concessioni non sembra poter prescindere dalla disciplina sul partenariato pubblico-privato siccome tratteggiata nelle disposizioni di cui agli articoli 174 e 175. Il nuovo Codice muta l'impostazione del precedente che collocava i contratti di partenariato in posizione distinta e successiva rispetto a quelli di concessione. Nel Codice vigente, infatti, come sottolinea la *Relazione*, la scelta risulta quella opposta: anteporre la nozione di partenariato alla concessione, valorizzando così il principio e criterio direttivo contenuto nella l. delega 21 giugno 2022, n. 78<sup>3</sup>, nonché quanto operato dagli estensori del P.N.R.R. che

<sup>2</sup> Per cui nel contratto di concessione, come noto, esiste un carattere distintivo rispetto all'appalto ed il rapporto concessorio, almeno nella sua versione tradizionale, ha carattere trilatero; si richiamano, quali pronunce emblematiche sul rapporto concessorio, Corte di Giustizia, III, 10 settembre 2009, causa C-206/08 *Eurawasser* (punti 52, 59, 66 e 67 in diritto) in *Raccolta della Giurisprudenza*, 2009, I-08377; Corte di Giustizia, III, 10 marzo 2011, causa C-274/09, *Siadler*, (punto 37 in diritto), in *Raccolta della Giurisprudenza*, 2011, I-01335.

<sup>3</sup> In cui nell'art. 1, c. 2, lett. *aa*) è prevista la «razionalizzazione, semplificazione, anche mediante la previsione di contratti-tipo e di bandi-tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, anche al fine di rendere tali procedure effettivamente attrattive per gli investitori professionali, oltre che per gli operatori del mercato delle opere pubbliche e dell'erogazione dei servizi resi in concessione, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti.».

nel modello partenariale hanno individuato uno dei riferimenti operativi di maggior rilevanza<sup>4</sup>.

In realtà, si è trattato di una scelta non scontata: quello di partenariato pubblico-privato, infatti, è un concetto non presente nella Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, così come non è presente in altri ordinamenti europei<sup>5</sup>. È, invece, nozione più volte menzionata in passato nelle comunicazioni della Commissione Europea e riferita all'evoluzione del ruolo dello Stato propria degli anni a cavallo del nuovo secolo che da operatore diretto è divenuto regolatore e controllore<sup>6</sup>. Come noto, in ambito europeo la nozione non ha mai superato la dimensione descrittiva<sup>7</sup>, tuttavia, proprio in quell'ambito sono stati posti in rilievo taluni caratteri tuttora centrali per il tema in esame, nei quali è presente un chiaro riferimento al rischio quale elemento obbligatorio di ogni forma di partenariato e, in specie, del contratto di concessione, in cui «[...] il concessionario, il quale di solito finanzia almeno una parte dei progetti, sopporta il rischio inerente a tale sfruttamento»<sup>8</sup>.

Merita, pertanto, prendere le mosse dall'apporto fornito dalla Commissione Europea perché la disposizione con cui si apre il Libro IV, Parte I, sul partenariato pubblico-privato e le concessioni compendia quanto già affermato nel Libro verde del 2004 per quanto riguarda le caratteristiche fondamentali delle operazioni di partenariato, le quali sono così rappresentate: 1) la collaborazione di lungo periodo tra la pubblica Amministrazione ed il *partner* privato; 2) la modalità di finanziamento del progetto fondata in larga misura dalle garanzie fornite dalla parte privata; 3) la ripartizione dei compiti che assegna alla parte privata la responsabilità delle varie fasi di vita del progetto ed a quella pubblica la defini-

---

<sup>4</sup> G. Montedoro, *Introduzione al volume Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2024; L. Zanghi Buffi, *Il partenariato pubblico-privato: le concessioni e la finanza di progetto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 366 ss.

<sup>5</sup> Quello spagnolo, ad esempio, disciplina unicamente il contratto di concessione, non quello di PPP.

<sup>6</sup> Da ultimo S. Fantini e H. Simonetti, *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Gli speciali del Il Foro Italiano*, 2023, 218. Si richiamano, in particolare, Commissione delle Comunità Europee 30 aprile 2004, Libro verde relativo ai Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM (2004), 327 definitivo; Commissione delle Comunità Europee sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti e concessioni, 15 novembre 2005, COM(2005), 569 definitivo; Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), 5 febbraio 2008, C(2007)6661.

<sup>7</sup> M.P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico-Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato. (Temi europei, istituti nazionali e operatività)*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2015, 3 ss.; sugli elementi di criticità del modello, S. Valaguzza E. Parisi, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, 2020, 1.

<sup>8</sup> Commissione delle Comunità Europee sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti e concessioni, 15 novembre 2005, cit.

zione degli obiettivi e la funzione di verifica e di controllo; 4) la ripartizione dei rischi, addebitati di solito al soggetto privato.

Seppur rinnovato, nel modello partenariale e consorzio persistono profili di incertezza riguardanti il procedimento di esternalizzazione, l'oggetto e la natura dell'attività esternalizzata (si esternalizza un servizio, sovente un servizio pubblico), il ruolo ed i compiti del concedente, la misura del corrispettivo e la medesima nozione di rischio del concessionario. Si tratta di profili tra loro embricati e su taluni sarà necessario tornare, malgrado il tema delle presenti riflessioni si limiti essenzialmente al rischio di gestione.

E proprio il rischio, nella formulazione di rischio operativo, è presente nella disciplina generale sui contratti di partenariato già nella disposizione di cui all'art. 174, c. 1, lett. d), secondo cui esso ricade sulla parte privata. La previsione, come vedremo, costituisce una indicazione di massima, così come costituisce una previsione generale l'indicazione contenuta nell'art. 175, c. 2, secondo cui la «valutazione preliminare di convenienza e fattibilità» di ogni contratto di partenariato deve essere incentrata, tra gli altri elementi, sulla «efficiente allocazione del rischio operativo». La norma non precisa in che cosa consista l'efficiente allocazione del rischio e quando questa possa dirsi raggiunta, rimandando implicitamente sul punto alle disposizioni sul contratto di concessione. Tuttavia, analizzando la norma è agevole desumere che, siccome il rischio in questione è di natura economica<sup>9</sup>, l'efficienza cui essa si riferisce non può abdicare a criteri di natura economico-finanziaria.

La nozione di rischio operativo è presente, altresì, nella previsione contenuta nell'art. 175, c. 6, secondo cui la permanenza del rischio operativo in capo al concessionario deve essere oggetto costante del controllo del soggetto concedente. Il controllo di cui parla la norma è rappresentato dall'attività di monitoraggio e relative modalità che il concedente era chiamato a svolgere durante il ciclo di vita del contratto già durante la vigenza del Codice previgente ed alla cui rilevanza si era già richiamato il Libro verde del 2004<sup>10</sup>. Sul punto la norma echeggia, pertanto, quanto già contenuto nelle disposizioni di cui agli art. 181, c. 4, e 182, c. 2, del vecchio Codice<sup>11</sup> e successivamente sviluppato in apposite linee gui-

<sup>9</sup> Come rileva il cons. n. 18 della Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

<sup>10</sup> Commissione delle Comunità Europee, 30 aprile 2004, *Libro verde relativo ai Partenariati Pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (punto 22), cit., in cui si rileva che nel modello consorzio sussisterebbe un «legame diretto esistente tra il *partner* privato e l'utente finale: il *partner* privato fornisce un servizio al pubblico, 'in luogo', ma sotto il controllo del *partner* pubblico».

<sup>11</sup> Sul punto si richiama M. Ricchi, *L'architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici d. lgs 50/2016*, in *Riv. giur. mezz.*, 2016, 825 ss., il quale vi individua l'attuazione del principio di effettività della traslazione del rischio operativo in tali tipologia contrattuali.

da da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione<sup>12</sup>. La previsione postula, altresì, un obbligo di collaborazione per entrambe le parti contraenti, riferibile ai principi di cui all'art. 1, c. 2-bis, l. 7 agosto 1990, n. 241, ma appare certo il profilo di responsabilità a carico del soggetto concedente in caso di condotta omissiva<sup>13</sup>.

Un'ultima notazione concernente il rischio proviene dall'art. 175, u. c., secondo cui le decisioni Eurostat valgono soltanto ai fini di contabilità pubblica. In tal caso il riferimento è, in primo luogo, ai rischi di cui alla nota decisione dell'Ufficio Statistico Europeo (*Eurostat*) 11 febbraio 2004 (*Treatment of public-private partnership*), con cui si è stabilito che per le operazioni di partenariato pubblico-privato in cui il soggetto pubblico risulti essere l'acquirente principale dei servizi, l'iscrizione dei beni oggetto di tali operazioni sono registrabili fuori del bilancio delle amministrazioni aggiudicatrici (*off balance*) a condizione che sussista un sostanziale trasferimento del rischio a carico del soggetto privato. Si tratta delle cosiddette opere fredde, in cui viene meno il rapporto trilatero tipico del contratto di concessione<sup>14</sup>, per le quali il contributo finanziario del concedente è condizione essenziale per il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dell'intera operazione<sup>15</sup>. In tali circostanze, l'opera può essere contabilizzata nel bilancio del soggetto privato soltanto se risulta trasferito, oltre al rischio di costruzione, almeno uno tra i rischi di domanda e di disponibilità<sup>16</sup>.

La disposizione di cui all'art. 175, u.c., peraltro non presente nel testo licenziato dalla Commissione speciale, ha un significato che merita subito evidenziare ricordando che il rischio nel Codice previgente era al contempo regola metodologica per la corretta contabilizzazione degli investimenti pubblici e criterio di classificazione di un contratto come concessione. Questa sovrapposizione ha condizionato la nozione di rischio operativo che ha finito per assumere la tassonomia nota alla prassi internazionale per la corretta imputazione contabile degli investimenti in opere pubbliche.

---

<sup>12</sup> Autorità Nazionale Anticorruzione, Linee Guida n. 9, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*», approvate con delibera 28 marzo 2018, n. 318 in cui lo strumento di controllo sull'operatore privato è individuato nella elaborazione della «*matrice dei rischi*» dove sono indicati la tipologia di rischio, la loro natura e allocazione, la loro probabilità di manifestazione e gli strumenti per la loro mitigazione.

<sup>13</sup> Tale profilo appena accennato nel testo sarà ripreso in occasione del tema delle sopravvenienze in cui l'amministrazione è chiamata a svolgere una condotta di controllo preventivo.

<sup>14</sup> Sulla trilateralità quale situazione tipica del rapporto concessorio vedi già F. Goisis, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e lavori*, in *Dir. Amm.*, 2011, 706 ss.

<sup>15</sup> M. Baldi, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, in *Urb. App.*, 2023, 290 ss.

<sup>16</sup> Sulla disciplina che trae origina dalla decisione Eurostat del 2004 ed i suoi sviluppi ed applicazioni recenti si richiama L. Martiniello, *Profili di contabilizzazione pubblica delle operazioni di PPP ed utilizzazione delle risorse del PNRR*, in *Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, cit., 284 ss.

La norma in esame intende sciogliere questa commistione mantenendo in vigore le disposizioni di natura contabile evitando, tuttavia, che il criterio contabile costituisca, altresì, un criterio di legittimità amministrativa come accaduto durante la vigenza del codice previgente, che limitava il valore complessivo del contributo pubblico stabilito a favore del concessionario ad una percentuale del costo complessivo comprensivo di eventuali oneri finanziari<sup>17</sup>.

### 3. *Il contratto di concessione: la traslazione del rischio, le sue varianti, la sorte e l'ambito del rischio di disponibilità e costruzione*

Le considerazioni svolte da ultimo introducono al tema del rischio nel contratto di concessione destinato ad assumere tanta più pregnanza nella disciplina attuale in quanto il contratto di concessione risulta applicabile a qualsiasi pubblica infrastruttura. Ma valutazioni del tutto analoghe possono formularsi per altra materia plasmata dal diritto europeo in nome dell'apporto del privato all'esercizio di attività tradizionalmente pubbliche: i servizi di interesse economico generale<sup>18</sup>. Oltre alla disposizione di cui all'art. 176, c. 2, occorre ricordare, infatti, che per i servizi di carattere locale la norma di cui l'art. 15 del recente d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 chiede che l'affidamento dei medesimi avvenga «favorendo [...] il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore»<sup>19</sup>. Ed il *favor* espresso per il contratto di concessione in luogo di quello di appalto si spiega in considerazione che il primo risulta in grado di garantire una maggiore esternalizzazione del servizio proprio in virtù del trasferimento del rischio di gestione<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Percentuale pari, secondo l'art. 165, c. 2, al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo; si richiamano S. Fantini e H. Simonetti, *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, cit., 225.

<sup>18</sup> Ancorché si tratti di materia in cui l'elemento della politicità delle scelte e della titolarità pubblica delle medesime continui ad avere un peso tutt'altro che trascurabile; sul punto S. Valaguzza, *Pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo Testo unico sui servizi pubblici locali)*, in *Munus*, 2022, 303 ss.

<sup>19</sup> Merita ricordare che sul piano storico la concessione è rimasto a lungo il più importante dei modi di gestione dei servizi pubblici, come ricordano L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Bari, 2001, 389 ss.; C. Corsi, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in *Il partenariato pubblico-privato (Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni)*, a cura di M.P. Chiti, Napoli, 2009, 32. Sul trasferimento al gestore del rischio operativo quale elemento centrale della disciplina del contratto di concessione, S. Valaguzza, *PPP e servizi pubblici anche alla luce della normativa di riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, cit., 125 ss.; sul significato di servizio pubblico locale di interesse economico generale e sulla sua derivazione dal diritto europeo secondo una direzione di una più ampia liberalizzazione si richiama G. Scaccia, *Oggetto*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Chieppa, G. Bruzzone, A. Moliterni, Milano, 2023, 57 ss.

<sup>20</sup> Cfr. A. Moliterni, *Affidamento mediante procedura a evidenza pubblica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 262 ss., secondo cui la scelta del contratto di concessione in luogo di quello di appalto avviene sulla base di una domanda da parte dell'utenza e conseguente rapporto obbligatorio trilatero.

Come noto, secondo l'art. 165, c. 1, del Codice previgente il ricorso alla concessione era limitato ai contratti in cui «[...] la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato»; il riferimento normativo, almeno per come è stato inteso, era alle opere cosiddette «calde», intendendosi per tali quelle infrastrutture capaci di generare reddito attraverso la fruizione da parte dei terzi. Per contro, nei casi di contratti per la realizzazione e gestione di opere e servizi a tariffazione sull'Amministrazione perché destinati alla fruizione del solo ente concedente – le già menzionate opere «fredde», quali le carceri, le scuole e gli ospedali – valeva il ricorso ai contratti di partenariato pubblico-privato di cui agli articoli 180 e ss.

In realtà, la suddetta distinzione non risultava sempre chiara<sup>21</sup>, così come chiara neppure risultava la distinzione tra il contratto di concessione ed i contratti di partenariato che a quella distinzione si riferiva<sup>22</sup>. Oltretutto, dalla direttiva del 2014 affiorava l'indicazione opposta di ammettere alla disciplina della concessione ogni tipo di opera, incluse, pertanto, quelle destinate alla fruizione del solo ente concedente<sup>23</sup>. Verosimilmente, la spiegazione della scelta operata dal legislatore nazionale andava ricercata nella preoccupazione di non consentire alle amministrazioni l'aggiramento dei limiti dell'indebitamento pubblico e delle procedure di aggiudicazione proprie del contratto di appalto<sup>24</sup>.

Ad ogni modo, quale che fosse la ragione di suddetta distinzione tra le due formule contrattuali, merita segnalare che la medesima aveva anche un riflesso lessicale, riservandosi la denominazione di rischio operativo al contratto di concessione e quella generica di rischio ai contratti di partenariato<sup>25</sup>. E ciò malgrado che le declinazioni tassonomiche fossero poi le stesse, valendo, infatti, per entrambe le fattispecie contrattuali le categorie del rischio di mercato, rischio di disponibilità e rischio di costruzione.

<sup>21</sup> In realtà, alle tipologie di opere ed alla distinzione opere calde/opere fredde va aggiunta anche la categoria, ben nota nella prassi, delle c. d. «opere tiepide», la quale, in vero, non allude tanto ad una specifica categoria di opere, quanto alla necessità per la realizzazione di talune opere di corrispondere da parte dell'ente concedente un contributo pubblico; sul contributo pubblico si v. *infra* nel testo. Sulla distinzione delle opere pubbliche in calde, fredde e tiepide, si richiama A. Botto S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 207 ss.

<sup>22</sup> Sia consentito sul punto rinviare a G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2018, 613 ss; da ultimo lo rileva M.P. Chiti, *La disciplina generale del partenariato pubblico-privato nel nuovo codice dei contratti pubblici. Un modello per lo spazio amministrativo europeo*, in *Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, cit., 4 ss.; nonché G. Manfredi, *Note su finanza di progetto, concessioni, partenariato*, in *Urb. App.*, 2024, 458.

<sup>23</sup> Si v. il cons. n. 18 della Direttiva; a ben vedere anche la norma di cui all'art. 143 del Codice del 2006 consentiva il ricorso alla concessione per le opere fredde, si richiama sul punto M. Ricchi, *La Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. App.*, 2014, 743.

<sup>24</sup> Preoccupazione non infondata se anche l'esperienza inglese segnala l'esistenza di prassi poco virtuose, secondo quanto segnala T. Prosser, *The Economic Constitution*, Oxford, 2014, 230 ss.

<sup>25</sup> Di rischio senza alcun'altra qualificazione parlano, infatti, le norme di cui all'art. 3, c. 1, lett. eee) sulla definizione di «contratto di partenariato pubblico-privato» e l'art. 180, c. 2, sul rischio e le sue declinazioni.

Il nuovo Codice assume la formula unificante di rischio operativo per tutti i contratti di partenariato, secondo quanto risulta già dalle disposizioni di cui agli artt. 174 e 175. Con specifico riguardo alla concessione, la norma di cui all'art. 177, c. 1, del Codice prevede che «L'aggiudicazione di una concessione comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi e comprende un rischio dal lato della domanda dal lato dell'offerta o da entrambi». Si tratta della medesima formula contenuta nella disposizione di cui all'art. 3, c. 1, lett. zz) del Codice previgente, a sua volta mutuata dalla norma contenuta nell'art. 5 della Direttiva europea. Invero, neppure le definizioni di rischio sul lato della domanda e rischio sul lato dell'offerta presentano particolari novità esegetiche: entrambe, infatti, erano già presenti nella Direttiva<sup>26</sup>.

Se non paiono sussistere dubbi sul significato attribuibile al rischio sul lato della domanda, associabile al tradizionale rischio di mercato, non altrettanto sembra potersi dire sul significato da attribuire alla formula «rischio sul lato dell'offerta», declinato come quello «[...] associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda al livello qualitativo e quantitativo dedotto in contratto». Si tratta del rischio, presente soprattutto nei contratti in cui non sussiste un rischio di domanda ed il posto dell'utenza è assunto dalla pubblica Amministrazione quale soggetto al contempo fruitore o pagatore, dipendente non dal mercato, ma dal concessionario. Tale rischio era denominato dalla disposizione di cui all'art. 3, c. 1, lett. bbb) del Codice anteriore rischio di disponibilità e come tale resta nella nuova disciplina, occupando un'area diversa dalle ipotesi tipiche di inadempimento contrattuale e riferita alle modalità di erogazione del servizio, secondo quanto rilevato dalla medesima Corte di Giustizia allorché ha individuato il rischio del concessionario, altresì, «nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio»<sup>27</sup>.

Non mancano dati testuali a confermare la rilevanza del rischio di disponibilità quale declinazione del rischio operativo anche nella nuova disciplina. Basti richiamare quanto previsto dall'art. 177, c. 4, allorché configura come concessionari, altresì, quei contratti in cui il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti «[...] dipende esclusivamente [...] dalla loro fornitura»; così come è la stessa norma a prevedere che nei casi di contratti che si caratterizzino soltanto per

<sup>26</sup> Si veda il cons. n. 20.

<sup>27</sup> Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Stadler* (punto 33 in diritto), in *Raccolta della Giurisprudenza 2011 I-01335*; a conferma del perimetro del c.d. rischio di disponibilità basti richiamare quanto previsto dall'art. 177, c. 4, allorché configura come concessionari, altresì, quei contratti in cui il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti «[...] dipende esclusivamente [...] dalla loro fornitura»; così come è la stessa norma a prevedere che nei casi di contratti che si caratterizzino soltanto per un rischio sul lato dell'offerta il corrispettivo deve essere erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, approntando all'uopo un sistema di penali ogniqualvolta detta disponibilità venga limitata o compromessa. Pare chiaro che il riferimento alla fornitura e disponibilità dell'opera sia correlato alla capacità del concessionario di garantire la fruizione del servizio secondo i parametri pattuiti.

un rischio sul lato dell'offerta il corrispettivo deve essere erogato solo a fronte della disponibilità dell'opera, approntando all'uopo un sistema di penali ogniqualvolta detta disponibilità venga limitata o compromessa. Pare chiaro che il riferimento alla fornitura e disponibilità dell'opera sia correlato alla capacità del concessionario di garantire la fruizione del servizio secondo i parametri pattuiti.

Considerazioni analoghe valgono per il rischio di costruzione. Nella disciplina previgente, come noto, anche questa *species* di rischio era previsto all'interno della nozione di rischio operativo e definita quale «rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera»<sup>28</sup>. Nel Codice vigente manca un'analogia indicazione, ma anche in questo caso, tuttavia, si tratta di una omissione che non sembra implicare alcuna forma di abrogazione: il rischio di costruzione mantiene, infatti, la sua centralità –soprattutto, ovviamente, nella concessione di lavori- e indici della sua esistenza, seppur impliciti, ma decisi sono rinvenibili ad iniziare da quanto afferma la disposizione di cui all'art. 174, c. 1 allorché richiama «d) il rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi [...]». E non mancano ulteriori riscontri come quello fornito dalla previsione di cui all'art. 177, c. 1, secondo cui il rischio operativo è pur sempre legato «alla realizzazione dei lavori», e quello contenuto nella disposizione di cui all'art. 178, c. 1, secondo cui la durata delle concessioni è determinata «in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario». Infine, per le ragioni che vedremo, al rischio di costruzione si riferisce la disciplina sull'intervento pubblico di sostegno di cui all'art. 177, c. 6<sup>29</sup>.

#### 4. *La misura del rischio ed il contributo pubblico. Le incertezze sulla sua determinazione e la rilevanza del piano economico-finanziario*

Una questione meritevole di riflessione concerne la misura di rischio necessaria affinché un contratto possa qualificarsi come concessione. L'affermazione consolidata, e risalente almeno alla direttiva 93/37/CEE<sup>30</sup>, secondo cui il criterio distintivo della concessione risiede «nel fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato

<sup>28</sup> Si tratta della disposizione di cui all'art. 3, primo comma, lett. aaa); sul punto si vedano le Linee Guida ANAC, n. 9 del 28 marzo 2018, di attuazione del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato, secondo cui nel rischio di costruzione vanno ricompresi i rischi relativi alla progettazione e all'inadeguatezza della tecnologia utilizzata.

<sup>29</sup> Invero, un riferimento al rischio di costruzione sembra potersi ricavare, altresì, già dalla norma di cui all'art. 174, c. 1, lett. c) sulla nozione di partenariato pubblico-privato allorché afferma che «alla parte privata spetta il compito di realizzare e gestire il progetto [...]».

<sup>30</sup> Art. 1, lett. d), Direttiva 93/37/CEE sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

da un prezzo», merita di essere revocata in dubbio siccome rappresentazione non fedele della realtà effettuale in tutti i casi in cui l'alea relativa alla gestione non viene integralmente trasferita al concessionario. Così come non appare riflettere del tutto la realtà giuridica neppure l'affermazione altrettanto comune che pone l'accento sulla natura di rischio imprenditoriale del rischio operativo e sulla aleatorietà, intesa come imponderabilità, della domanda di prestazioni cui è esposto il rapporto concessorio<sup>31</sup>.

La questione non è affatto secondaria: il rischio e la sua misura, come noto, contribuiscono, infatti, ad individuare il trasferimento effettivo della responsabilità della gestione e, come tale, a segnare la differenza tra il contratto di concessione e quello di appalto<sup>32</sup>. La stessa scelta della locuzione «rischio operativo» in luogo di quella originariamente proposta di «rischio operativo sostanziale» non fu il frutto di una scelta casuale, ma dell'intento di eliminare il pericolo legato a stime quantitative soggettive<sup>33</sup>.

Per contro, l'impressione che si ricava è che la dimensione e la misura del rischio non siano sempre determinabili secondo criteri prestabiliti e tradizionalmente accettati, ma, seguendo le variabili dettate da circostanze esterne al contratto, si prestino a valutazioni di carattere discrezionale<sup>34</sup>. In tal senso, anche il principio oramai canonizzato, secondo cui il rischio deve essere attribuito alla parte che meglio appare in grado di gestirlo non sembra appagante<sup>35</sup>. Si tratta, infatti, di un principio che concerne la ripartizione dei rischi, ma non la loro la loro misura e determinazione. A loro volta le formule descrittive contenute nelle comunicazioni della Commissione paiono oscillanti<sup>36</sup>, così come non paiono

<sup>31</sup> Così, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042 (punto 8.2 in diritto), in *DeJure.it*.

<sup>32</sup> G. Montedoro, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva-quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato*, in *Nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva n. 18 del 2004*, a cura di M.A. Sandulli e R. Garofoli, Milano, 2005, 134.

<sup>33</sup> S. Levstik, *Proposta di Direttiva sulle Concessioni: una prima analisi ricognitiva*, in *Negoziazioni pubbliche (Scritti su Concessioni e Partenariati Pubblico-Privati)*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Botto, Milano, 2013, 143.

<sup>34</sup> Sembra confermare quanto affermato nel testo quanto scritto nel *Libro verde relativo ai Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit., punto 1.1, secondo cui «La ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi».

<sup>35</sup> Si tratta di affermazione assai diffusa; da ultimo anche Corte dei conti Europea, *Partenariati pubblico-privato nella UE: carenze diffuse e benefici limitati*, n. 09/2018, 13; in tema vedi già Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario* (punto 2.1.2), cit.; Autorità Nazionale Anticorruzione, Det. 23 settembre 2015, n. 10, *Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi* ai sensi dell'art. 153, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; più di recente, altresì, Autorità Nazionale Anticorruzione, *Linee Guida n. 9, recanti «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato»*, cit., (punto 1.1).

<sup>36</sup> Oscillazioni che si rilevano anche nella comunicazione della Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, in *Foro. it.*, 2000, IV, 400 (punto 2.1.2), con nota di A. Barone e U. Bassi, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*.

risolutive neppure le formulazioni esplicative contenute nella Direttiva del 2014, le quali paiono convergere su un unico aspetto, chiaro ma scontato: il rischio non può essere eliminato. Ma quale e quanta parte di rischio possa essere limitata, così restando a carico dell'amministrazione, non è, però, indicata malgrado le possibili conseguenze in termini di qualificazione del contratto<sup>37</sup>.

A ben vedere anche la *ratio decidendi* alla base delle pronunce della Corte di Giustizia stenta ad individuare un criterio semantico unitario: all'indirizzo, infatti, che associa il rischio concessorio al «rischio di esposizione all'alea del mercato [...]» in senso stretto<sup>38</sup>, si contrappone altro orientamento in cui il giudice europeo non esita ad affermare che il rischio in questione possa essere anche soltanto meramente «significativo» o, comunque, «molto ridotto»<sup>39</sup>.

In questi termini il contratto di concessione è destinato a restare sempre in bilico sul filo teso della corretta qualificazione giuridica. E l'esperienza del passato non ha mancato di registrare discutibili ripartizioni dei rischi tra i contraenti. Si comprendono, pertanto, le perplessità espresse all'epoca dalla Commissione<sup>40</sup> e confermate dal Consiglio di Stato in occasione dello Schema di Decreto legislativo recante «Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50»<sup>41</sup>.

In considerazione che il rischio resta l'elemento scriminante del contratto di concessione occorre individuare un criterio che ne assicuri la permanenza nella sfera del concessionario. A tal fine, occorre porre a premessa sistematica l'indi-

<sup>37</sup> Si richiama quanto affermato nei cons n. 18 e 19.

<sup>38</sup> Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Stadler* (punto 37), cit., secondo cui il rischio concessorio si traduce «nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio»; Corte di Giustizia, 10 novembre 2011, in causa C-348-10 (punto 48), *Norma A SIA*, in *GU C 246 dell'11.09.2010*; Corte di Giustizia, sez. VII, 10 maggio 2015, in causa C-269/14, *Kansanelakelaitos*, in *EUR-Lex.it*.

<sup>39</sup> Corte di Giustizia, sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-206/08, *Eurawasser*, (punti 74, 77 e 78), in *www.dirittodeiservizi pubblici.it*; analogamente Corte di Giustizia, sez. III, 25 marzo 2010, in causa C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, ivi, (punto 75 ss.), in *Publ. Proc. Law Rev.*, 2010, 125 ss; R. Caranta, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, cit., 430; si veda anche Corte di Giustizia, 10 novembre 2011, in causa C-348-10 (punto 45), in *Urb. App.*, 2012, 287 ss., con nota di R. Caranta, *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*; sul punto anche la Risoluzione del parlamento Europeo *sui nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici*, 18 maggio 2010 (2009/2175/INI), paragrafo n. 13; si v. già la nota sentenza Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Urb. App.*, 2006, 31 ss, con nota di P. LOTTI, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*.

<sup>40</sup> Commission Staff Working Document, *Impact Assessment of an Initiative on Concessions*, Brussels, 20 dicembre 2011, SEC(2011), 1588 final (par. 4.1.1. nota 60), secondo cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia «is still not sufficiently clear, in particular regarding the level of operating risk to be transferred to the economic operator so that a contract can qualify as a concession (it seems that case C-437/07, *COM vs. Italy* [2008] I-00153 and case C-300/07, *Oymanns* [2009], are difficult to interpret along with case C-206/08 *Eurawasser* on this particular issue)».

<sup>41</sup> Cons. Stato, Parere n. 351, reso in data 13 febbraio 2017, in *Giust. Amm.*.

cazione contenuta nella norma di cui all'art. 175, c. 2, del Codice, sulla «efficiente allocazione del rischio operativo», in cui il riferimento all'efficienza, trattandosi di un rischio di natura economica, appare un criterio di misura da valutare in termini non tanto giuridici, quanto piuttosto economico-finanziari. In tal senso, il concetto di rischio operativo è sì nozione giuridica, il cui contenuto ed articolazione si esplicitano nelle clausole contrattuali, ma per il suo trasferimento occorre guardare al bando, al provvedimento di aggiudicazione e, soprattutto, al piano economico-finanziario ed ai relativi indici economici e di redditività che concorrono a definirlo sin dal momento dell'offerta<sup>42</sup>. È il piano, infatti, lo strumento con cui si attua la concreta distribuzione del rischio tra le parti contraenti ed il piano, e conseguentemente il rischio e la sua distribuzione, è oggetto di valutazione tecnica, la quale, pertanto, non può trascurare le discipline tecniche ed economiche chiamate a disciplinarlo, pena altrimenti la sua illegittimità<sup>43</sup>. E sotto tale profilo emblematica ed attuale appare la previsione già contenuta nel Codice previgente, secondo cui «L'equilibrio economico finanziario [...] rappresenta il presupposto per la corretta allocazione dei rischi»<sup>44</sup>.

Al contempo merita precisare che il rischio che rileva è il rischio di gestione. Come accennato, la controprestazione contrattuale della realizzazione dell'infrastruttura da parte del concessionario è il diritto di gestire l'opera. È la gestione, pertanto, che grava sull'affidatario. Tale rilievo aiuta a chiarire quale sia anche nel Codice vigente il ruolo assegnato al contributo pubblico di sostegno fornito dal soggetto concedente ai sensi dell'art. 177, c. 6 ed oggetto di una obbligazione autonoma rispetto a quella avente per oggetto la gestione del servizio.

In vero, la componente del prezzo/contributo pubblico era già stata oggetto di previsione ad opera della disciplina previgente e richiamata nelle comunicazioni della Commissione. Nel tempo è divenuta un elemento fondamentale che ha posto la questione del rapporto di tale componente con il diritto di gestione, in linea di principio unica contropartita del concessionario per la costruzio-

<sup>42</sup> E ciò al fine di consentire all'amministrazione di valutare la sostenibilità dell'offerta; da ultimo sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 23 febbraio 2023, n. 1867 (punto 12.5 in diritto), in *Giustamm.it*; sulla necessità che anche il piano economico-finanziario dell'amministrazione contenga tutte le informazioni utili a conoscere i rischi assunti dall'operatore, da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809 (punto 2.9 in diritto), in *Urb. App.*, 2022, 6, 807.

<sup>43</sup> Si richiama sul punto Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2022, n. 795 (punto 7.2 in diritto), in *Eius.it*; in un senso analogo a quello espresso nel testo si v., altresì, Cons. Stato, Sez. V, 13 aprile 2022, n. 2809 (punto 2.8 in diritto), cit.; considerazioni analoghe possono formularsi per le concessioni di servizi pubblici locali di rilevanza economica ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 201 del 2022; per un cenno sulla rilevanza dell'efficienza economica con particolare attenzione al profilo dei piani economico-finanziari G. Scaccia, *Oggetto*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 59.

<sup>44</sup> Art. 165, c. 2 del Codice del 2016.

ne dell'infrastruttura<sup>45</sup>, in quanto il contributo pubblico, siccome elemento di attenuazione, può incidere in misura rilevante sul rischio assunto dall'affidatario.

Non a caso nel Codice del 2006 esisteva una precisa delimitazione al conferimento di un contributo da parte del concedente che avveniva in relazione a finalità pubbliche specifiche: la norma di cui all'art. 143, c. 4, infatti, lo limitava alle ipotesi in cui al concessionario era imposto di praticare agli utenti prezzi inferiori a quelli di mercato o era necessario in relazione alla qualità del servizio da prestare<sup>46</sup>. L'applicazione restrittiva della disposizione era determinata dalla preoccupazione di non snaturare la disciplina della concessione ed evitare che l'attenzione dell'operatore privato si focalizzasse più sul valore dell'immobile o del diritto offerto in conto prezzo che sulla redditività della gestione.

Nel Codice del 2016 la norma di cui all'art. 165, c. 2, ha confermato la possibilità del conferimento di un contributo pubblico funzionale al raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario, superando così la lettura restrittiva del precedente, ma ponendo un tetto, comprensivo di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori fonti di finanziamento a carico della parte pubblica, del quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo<sup>47</sup>. Anche nella disciplina vigente la norma di cui all'art. 177, c. 6, oltre a confermare l'atipicità del contributo, prevede che il conferimento del contributo sia funzionale al conseguimento dell'equilibrio-economico-finanziario, ma con una novità: l'abolizione del suddetto tetto. Con la conseguenza che il concedente, almeno in linea di principio, può spingersi ben oltre quella soglia senza alcun effetto in punto di legittimità, le uniche conseguenze restando, infatti, quelle riguardanti il trattamento statistico e contabile dell'operazione economica<sup>48</sup>.

Fermo restando che la valutazione di congruità del contributo resta affidata al piano economico-finanziario, la previsione suscita una legittima perplessità tra coloro che avevano criticato come elevata già la soglia posta nel Codice previgente<sup>49</sup>. Merita rilevare sul punto che, se il contributo pubblico può apparire pienamente giustificato in presenza di clausole contrattuali che pongano limitazioni o vincoli tariffari al concessionario, del tutto diversa appare la valutazione in pre-

---

<sup>45</sup> Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit., (punto 2.1).

<sup>46</sup> Si richiama L. Limberti, *La disciplina del contributo pubblico nelle concessioni*, in *Finanza di progetto (Temi e Prospettive). Approfondimenti sistematici ed interdisciplinari*, a cura di G.F. Cartei e M. Ricchi, Napoli, 2010, 169 ss.

<sup>47</sup> M. Ricchi, *Concessioni e PPP, nel codice 2016 due discipline in base ai tipo di rischio. Il Correttivo cancella rigidità e refusi*, in *Dossier Edilizia e territorio*, 2017, 76.

<sup>48</sup> L. Martiniello, *Profili di contabilizzazione pubblica delle operazioni di PPP ed utilizzazione delle risorse del PNRR*, cit., 284 ss

<sup>49</sup> Cons. Stato, Parere n. 351/ 2017, *cit.*, in cui si sostiene che l'aumento del limite al quarantanove per cento del contributo pubblico sarebbe in palese contrasto con i criteri di ripartizione del rischio.

senza di conferimenti economici direttamente a sostegno dell'attività di gestione oggetto del contratto.

La questione merita di essere affrontata ricordando che la possibilità del conferimento di un intervento pubblico di sostegno è comunemente riferito al costo di realizzazione dell'infrastruttura e non al rischio relativo ai profitti di gestione del servizio. A dire il vero, limitazioni alla possibilità di conferimenti pubblici in conto capitale per la copertura del costo di realizzazione dell'infrastruttura non apparivano giustificate neppure in passato. Oltretutto, l'assimilazione del contributo ad un vero e proprio corrispettivo appare dubbia in considerazione che esso risulta correlato pur sempre ad un interesse pubblico dello stesso concedente. In tal caso, si tratta, per riprendere le parole della Commissione nella comunicazione interpretativa del 2000, di un «prezzo in contropartita dei lavori effettuati»<sup>50</sup>.

Diversa appare la soluzione del prezzo con riguardo al rischio di gestione, giacché il diritto alla gestione comporta necessariamente la responsabilità della medesima ed i profitti da cui deve provenire la remunerazione del concessionario. Da ciò, in linea di principio, la necessità che il contributo pubblico si arresti al costo dell'infrastruttura e non riguardi la gestione ed i suoi profitti. Tuttavia, salva la necessità che la remunerazione del concessionario avvenga attraverso i proventi riscossi dagli utenti dell'opera, nulla vieta che il contributo possa riguardare in parte anche la fase della gestione allorché, per i caratteri del servizio o determinate scelte tariffarie imposte dal concedente, sia necessario per il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario.

##### 5. *L'ambito ed i confini del rischio operativo*

La nozione in esame pone un interrogativo anche sotto un'altra prospettiva. Secondo la disposizione di cui all'art. 177, c. 2, il rischio operativo si considera assunto dal concessionario quando «in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione». La formula normativa, già desumibile dalle disposizioni di cui all'art. 3, c. 1, lett. ff) e 165, c. 1, del Codice del 2006 risulta mutuata dalla Direttiva del 2014<sup>51</sup>, così come il riferimento che la parte del rischio a carico dell'affidatario deve «comportare una effettiva esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

---

<sup>50</sup> Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit., (punto 2.1.2).

<sup>51</sup> Cons. n. 17, 18, 19 e 20.

Se il significato intuitivo della prescrizione appare chiaro, meno evidente risulta il suo criterio applicativo.

A quale criterio di normalità si riferisce, infatti, la norma? Allude genericamente ad eventi o modifiche del quadro economico generale? Qualunque risposta sembra escludere che possa affidarsi ad un mero criterio giuridico: detta normalità costituisce, infatti, un concetto che attinge ad una dimensione essenzialmente economica, come pare suggerire, del resto, oltre la natura stessa del rischio, il riferimento testuale alle fluttuazioni del mercato. Ma anche così intesa, tuttavia, la norma mantiene un carattere di indeterminatezza in passato già avvertito dallo stesso legislatore del d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, contenente disposizioni integrative e correttive al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, allorché aveva precisato che la normalità in questione debba intendersi come «insussistenza di eventi non prevedibili»<sup>52</sup>.

La questione appare cruciale perché concerne l'area gravata dal rischio operativo, oltre la quale il concessionario non può più essere ritenuto inadempiente e può chiedere al soggetto concedente la revisione del contratto. Lo attesta il medesimo legislatore delegato che ha ritenuto necessario inserire la disposizione di cui all'art. 177, c. 3, secondo cui il rischio operativo è quello che «deriva da fattori eccezionali non prevedibili e non imputabili alle parti». Trattandosi di formula definitoria occorre prestarvi attenzione.

La parte della norma che rileva non riguarda tanto la necessità che si tratti di fattori non prevedibili: per definizione, infatti, i fattori determinanti il rischio sono accadimenti ignoti alle parti contraenti nonostante il ricorso ad una ragionevole diligenza, così come gli stessi debbono essere estranei alla loro sfera di controllo e, pertanto, non disponibili. Si tratta in entrambi i casi di riferimenti già presenti nella direttiva del 2014 e nel Codice abrogato. Diversa considerazione merita, invece, il riferimento ai «fattori eccezionali», in quanto la disposizione, se intesa alla lettera, sembra prestarsi all'interpretazione equivoca che il rischio operativo sia soltanto quello provocato da fattori, oltre che imprevedibili, straordinari<sup>53</sup>.

Occorre per contro osservare che, se l'intendimento del legislatore fosse quello di limitare il rischio operativo ad accadimenti eccezionali difficilmente esso risulterebbe coerente con le indicazioni provenienti dalla Direttiva europea e dalla Corte di Giustizia, le quali hanno sempre inteso il rischio operativo come un rischio in senso ampio e non ristretto ad eventi eccezionali<sup>54</sup>. Nel silen-

---

<sup>52</sup> Si veda l'inciso inserito nell'art. 3, c. 1, lett. zz); sul carattere aperto e financo indeterminato della espressione «condizioni operative normali», si richiama A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti*, cit., 225.

<sup>53</sup> L'altra parte della disposizione, secondo cui «Non rilevano rischi connessi a cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali dell'operatore economico o a cause di forza maggiore», non presenta particolari problemi interpretativi, trattandosi di una previsione già presente nel cons. n. 20 della Direttiva.

<sup>54</sup> Si richiamano le già citate pronunce Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Stadler*, cit.; Corte di Giustizia, 10 novembre 2011, in causa C-348-10 (punto 48), *Norma A SIA*, cit.; Corte di Giusti-

zio della Relazione occorre chiedersi, pertanto, come interpretare l'eccezionalità cui allude la norma e se questa non debba essere riferita alla frequenza degli accadimenti piuttosto che alla loro gravità. Diversamente dovremmo concludere che il rischio operativo sussista solo in presenza di eventi eccezionali, escludendolo così negli altri casi, laddove l'interpretazione logico-sistematica suggerisce che il rischio debba riguardare la totalità della gestione. In tal senso, pertanto, il dato giuridico pregnante resta quello delle «condizioni operative normali» e non i «fattori eccezionali», le quali, pertanto, segnano i confini del rischio operativo, oltre i quali il concessionario può ben ritenersi esonerato dal rischio e sciogliersi dai vincoli contrattuali, chiedendone la revisione<sup>55</sup>.

A tal fine, gli strumenti per verificare la natura e l'intensità dell'evento risultano previsti dal nuovo Codice. La pubblica Amministrazione è titolare di un generale potere di controllo sull'operato del concessionario, potere che è preordinato a verificare «in particolare la permanenza in capo all'operatore economico del rischio operativo trasferito»<sup>56</sup>. Nulla vieta che tale potere di vigilanza sia utilizzato per l'acquisizione di dati e informazioni se l'accadimento intervenuto ha determinato uno squilibrio tale da pregiudicare l'equilibrio economico dell'attività<sup>57</sup>. La norma di cui all'art. 175, c. 6, infatti, non sembra doversi leggere solo come previsione volta ad evitare la violazione della disciplina contrattuale, ma anche come strumento per verificare se sussistono ancora gli estremi per invocare l'esistenza del rischio come indicato nella disciplina negoziale originaria.

Per l'altro verso, la norma di cui all'art. 177, c. 5, prevede che l'assetto di interessi dedotto nel contratto «deve garantire la conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, intendendosi per tale la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria». L'importanza dell'equilibrio economico-finanziario, come noto, non si limita al significato prospettico presentato nei documenti di gara<sup>58</sup>, ma deve sussistere per l'intera gestione, costituendo la concessione un contratto di durata<sup>59</sup>. Di conseguenza, in mancanza del suddetto equilibrio, occorre verificare se ciò avviene per un fatto impu-

zia, sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-206/08, *Eurawasser*, cit.

<sup>55</sup> Analogamente M. Baldi, *Partenariato pubblico-privato e concessioni*, cit., 293.

<sup>56</sup> Così la disposizione di cui all'art. 175, c. 6 del Codice.

<sup>57</sup> La disposizione ha una chiara affinità con l'art. 28 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 in tema di vigilanza sulla gestione dei servizi pubblici locali, con il quale condivide una comune ispirazione regolatoria; sulla norma di cui all'art. 28 del d.lgs. n. 201/2022 F. Izzo, *Vigilanza e controlli sulla gestione*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., 454 ss.; forme di controllo sono oggetto anche del contratto di servizio, in tema S. Torricelli, *Contratto di servizio*, cit., 398.

<sup>58</sup> Per cui, come recita l'art. 185, c. 5, «Prima di assegnare il punteggio all'offerta economica la commissione aggiudicatrice verifica l'adeguatezza e la sostenibilità del piano economico-finanziario».

<sup>59</sup> Da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 30 gennaio 2023, n. 1042 (punto 8.4 in diritto), cit.; sul tema sia consentito rinviare a G.F. Cartei, *Piano economico finanziario e sostenibilità dell'offerta nella disciplina del contratto di concessione*, in *Giur. it.*, 2022,1931 ss.

tabile al concessionario, oppure per un accadimento la cui entità e causa lo esonerano dagli obblighi contrattuali.

#### 6. *L'esecuzione e la revisione del contratto. I termini della questione e le novità del Codice*

La revisione del contratto di concessione è questione annosa e tuttora controversa<sup>60</sup>. Se n'era già occupato, sulla falsariga della legge 11 febbraio 1994, n. 109, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevedendo la possibilità per il concessionario di ottenere, pena l'esercizio del diritto di recesso, la rideterminazione delle condizioni di equilibrio<sup>61</sup>. Trattandosi, tuttavia, di ipotesi di stretta interpretazione, dubbia era apparsa la loro applicazione a fattispecie ulteriori, così come problematica era sembrata la legittimità dell'applicazione dei principi civilistici ai contratti della pubblica amministrazione<sup>62</sup>. A sua volta, la disciplina introdotta dal Codice previgente, superando quanto previsto da quello del 2006, ha richiamato la possibilità di revisione contrattuale a seguito del «verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidano sull'equilibrio del piano economico-finanziario»<sup>63</sup>. Chiaro era risultato l'ampliamento delle cause di revisione contrattuale, ma anche in tal caso incerta era parsa la loro applicazione.

Alla base di tale incertezza v'è la considerazione che numerose sono le evenienze in cui circostanze sopravvenute sovvertono l'assetto degli interessi prestabilito ponendo a rischio l'esecuzione contrattuale e, pertanto, l'esistenza stessa del servizio<sup>64</sup>. Per restare a dati di comune esperienza, si pensi ai casi delle oscillazio-

---

<sup>60</sup> Nella prospettiva economico-finanziaria lo segnala da ultimo M. Tranquilli, *Project finance e concessioni: equilibrio economico-finanziario e riequilibrio del PEF*, in *Finanza di progetto, PPP e concessioni. Interpretazioni generative e sviluppo integrato*, cit., 272 ss.. Nella prospettiva della ambientazione giuridica del diritto civile si richiamano le osservazioni di I. Pagni, *Autonomia contrattuale, rinegoziazione, solidarietà nei rapporti contrattuali: gli spazi dell'intervento del giudice*, in *Processo civile e Costituzione. Omaggio a N. Trocker*, Milano, 2023, 563 ss.

<sup>61</sup> Si tratta dell'obbligo legale di revisione del contratto previsto dall'art. 143, c. 8 e 8-bis; si richiama sul punto S. Castenasi, *Profili civilistici del project financing*, in *Il partenariato pubblico-privato (Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni)*, cit., 128.

<sup>62</sup> Sul tema si veda la complessa disamina operata dalla pronuncia del Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 2016, n. 3653, in *Massima redazionale Wolters Kluwer*, 2016, la quale, seppur escluda che la disciplina civilistica rappresenti la disciplina ordinaria delle concessioni, ammette il ricorso all'art. 1467 c.c.; sulla questione dei principi applicabili, F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, in questa *Rivista*, 2020, 20 ss.; sia consentito, altresì, rinviare a G.F. Cartei, *I freni negli interventi infrastrutturale. Strumenti di partenariato pubblico-privato e qualità di redazione normativa del Codice dei contratti pubblici*, in *Anal. giur. ec.*, 2020, 247 ss.

<sup>63</sup> Articoli 165, comma 6, e 182, comma 3, del Codice previgente.

<sup>64</sup> Per un'ipotesi particolare di sopravvenienza intervenuta prima della stipula del contratto, ancorché dopo la sua aggiudicazione, la quale ha dato egualmente luogo ad una revisione del contratto di concessione, v. Tar Toscana, 25 febbraio 2022, n. 228, in *Urb. App.*, 2022, 4, 549.

ni che possono subire i costi di costruzione e di investimento, così come i costi di gestione, i costi di remunerazione del capitale e i ricavi in conseguenza di eventi gravi o gravissimi come quelli prodotti dalla pandemia da *Covid-19* e dal conflitto russo-ucraino.

In tali circostanze può risultare dubbio se la nozione – e conseguente disciplina – di rischio operativo legato alla gestione del servizio trovi comunque applicazione, oppure lasci spazio a forme di riequilibrio del sinallagma contrattuale originariamente pattuito. Qualunque soluzione deve porre a premessa che la sopravvivenza del contratto è di comune interesse per entrambe le parti: per il concessionario cui preme il profitto d'impresa, per il concedente cui sta a cuore l'interesse pubblico alla fruizione del servizio e le externalità positive che discendono dalla sua prestazione. Malgrado tale convergenza di interessi, l'autonomia contrattuale dei contraenti di cui all'art. 1322 c.c. deve recedere dinanzi ai principi e vincoli del diritto europeo<sup>65</sup>, inclusi quelli di bilancio, nonché alla qualificazione soggettiva del concedente, la quale, come noto, si oppone ad ogni soluzione lasciata alla libertà negoziale a causa dello statuto pubblicistico dell'amministrazione e delle norme imperative che ne disciplinano l'operato<sup>66</sup>.

È pur vero, tuttavia, che, malgrado il noto principio di intangibilità del contratto, la disciplina europea non considera imm modificabile la disciplina contrattuale<sup>67</sup>: proprio la direttiva 2014/23/UE consente, infatti, di apportare modifi-

<sup>65</sup> Per tutte si v. Corte di Giustizia, Sez. III, 19 giugno 2008, in causa C-454/06, *Presstext Naerichtentagetur*, in *Eur-Lex.it*; merita ricordare sul punto che la stessa Commissione già nella comunicazione interpretativa del 2000 ha affermato che «qualora il concessionario riceva, in maniera diretta o indiretta, durante la vigenza del contratto o anche alla scadenza di questo, una remunerazione (sotto forma di rimborso, ripianamento perdite o altro) diversa da quella derivante dalla gestione, il contratto non potrebbe più essere qualificato come concessione», in *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, cit., (punto 2.1.2, 7 nota n. 9); sulla limitazione delle facoltà di scelta discrezionale dell'amministrazione quale principio generale della disciplina europea dei contratti pubblici a tutela delle regole di concorrenza, si richiama di recente l'analisi di P. Kunzlik, *Neoliberalism and the European Public Procurement Regime*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 203, 312 ss.

<sup>66</sup> Sul profilo, invero appena accennato nel testo, si richiamano per tutti le osservazioni di F.G. Scoca, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, 431 ss.; *Idem*, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, ivi, 1995, 21 ss.; sui limiti posti all'autonomia privata della pubblica Amministrazione in forza della funzionalizzazione che caratterizza l'attività amministrativa si richiamano, tra gli altri, V. Cerulli Irelli, *Diritto privato e amministrazione pubblica*, Torino, 2008, 49 ss.; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1996. Di recente, sulle limitazioni che incontrano i principi del diritto civile in sede di esecuzione del contratto in conseguenza dei poteri riconosciuti alla pubblica Amministrazione e le incertezze sulla disciplina in concreto applicabile in conseguenza del rilievo dato alla dimensione funzionale dell'attività amministrativa, A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 232 ss. e 342 ss. Sulla inapplicabilità in modo immediato ed integrale delle disposizioni del codice civile al contratto di concessione in ragione delle sue peculiarità originarie dall'inerenza all'esercizio di pubblici poteri, Cons. Stato, Sez. IV, 3 dicembre 2015, n. 5510 (punto 3 in diritto), in *Massima redazionale Wolters Kluwer*, 2015; Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653 (punto 3 in diritto).

<sup>67</sup> Corte di Giustizia UE, sez. VIII, sentenza 7 settembre 2016, *Finn Frogne AS c. Danimarca*, in causa C. 549-14 (punti 27 ss.), in *EUR-Lex.it*;

che all'assetto negoziale al sopravvenire di circostanze esterne al contratto tali da determinare la lesione dell'equilibrio contrattuale nel corso della sua esecuzione. In particolare, espresso risulta il riferimento nella parte motiva della disciplina europea a "circostanze esterne non previste dai contraenti" che rendono necessario il ricorso a soluzioni improntate ad "una certa flessibilità per adattare la concessione alle circostanze senza ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione"<sup>68</sup>. Sul punto occorre tornare. Basti al momento ricordare, altresì, la possibilità di prevedere modifiche alla concessione per mezzo di clausole di revisione o di opzione e adattamenti resi necessari a seguito di difficoltà tecniche apparse durante l'esecuzione o la manutenzione<sup>69</sup>.

Tali aspetti non sono sfuggiti neppure alla giurisprudenza amministrativa allorché ha rilevato che l'equilibrio economico-finanziario delle concessioni deve «essere valutato non già in una prospettiva statica come negli appalti (ove è certo il corrispettivo), ma in una prospettiva necessariamente dinamica proprio in ragione dei rischi assunti dal concessionario [...]»<sup>70</sup>.

In questa prospettiva interpretativa occorre collocare il rimedio sinallagmatico previsto dall'art. 192, prima parte del c. 1, del Codice, secondo cui: «Al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto». La disposizione in esame conferma alcuni dati interpretativi: il rischio operativo è un rischio economico prima che giuridico<sup>71</sup>; la concessione è contratto commutativo e non aleatorio<sup>72</sup>; il rischio contrattuale assume una rilevanza causale ampia, ma non esclusiva<sup>73</sup>; il risultato economico che compromette l'equilibrio economico-

---

<sup>68</sup> Cons. n. 76.; sull'esigenza di flessibilità nella disciplina sulla esecuzione delle concessioni, A. Benedetti, *Le concessioni e il partenariato pubblico-privato*, in *Il nuovo corso dei contratti pubblici, Gli speciali del For. It.*, cit., 266.

<sup>69</sup> Cons. n. 78.

<sup>70</sup> Cons. Stato, Sez. II, 3 dicembre 2020, n. 12966 (punto 15.4 in diritto), in *Giustamm.it*.

<sup>71</sup> Sulla distinzione si rinvia per tutti a G. Scalfi, *Alea*, in *Dig. Disc. priv. (sez. civ.)*, Torino, 1987, vol. I, 255.

<sup>72</sup> Si v. la già richiamata pronuncia del Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3653 (punto 4 in diritto); Tar Toscana, I, 25 febbraio 2022, n. 228, cit.; sulla qualificazione del contratto di concessione non esiste unanimità di vedute tra gli interpreti; nel senso proposto nel testo E. Boscolo, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, in *Riv. giur. ed.*, 2022, 291; A. Botto-S. Castrovincini Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, cit., 224; in senso contrario, F. Cintioli, *Le conseguenze della pandemia da Covid-19 sulle concessioni di servizi e sull'equilibrio economico e finanziario*, cit., 15 ss.

<sup>73</sup> L'aleatorietà è carattere, infatti, non relegabile nella categoria dei soli contratti aleatori, ma fenomeno riguardante la generalità dei contratti; la disciplina dei quali varia secondo l'intensità del fenomeno e, quindi, secondo che l'alea sia normale oppure esorbitante; sul punto V. Ferrari, *Il problema dell'alea contrattuale*, Napoli, 2001, 10.

finanziario non può dipendere da eventi contrattualmente previsti, ma da eventi estranei alla dinamica negoziale e alla sfera di disponibilità del concessionario<sup>74</sup>.

A tali dati occorre aggiungere il *caveat* contenuto nell'art. 189, c. 4 del Codice, secondo cui la modifica di un contratto di concessione è considerata «essenziale» – e, come tale, postula una nuova procedura di aggiudicazione- allorché «[...] la modifica cambia l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale».

Appare difficilmente contestabile che ogni questione interpretativa relativa al regime applicabile all'attività di rinegoziazione investe il presupposto giuridico che legittima la richiesta di revisione costituito, come rilevato anche nella *Relazione*, dalla definizione dei fatti che possono condurre alla revisione del piano economico-finanziario: gli eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili. Si tratta di formula diversa e, almeno nella sua formulazione letterale, più restrittiva di quella del vecchio art. 165, c. 6, del Codice previgente che parlava genericamente di «fatti non riconducibili al concessionario», e lessicalmente identica a quella contenuta nell'art. 1467 c.c. in materia di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità.

## 7. *Revisione del contratto e clausole generali: la valutazione del concedente*

Quale significato attribuire al presupposto abilitante alla richiesta di revisione del contratto non è questione di semplice soluzione. La disposizione, infatti, allude genericamente ad eventi sopravvenuti straordinari ed imprevedibili. Viene da chiedersi quale sia la linea di demarcazione con gli eventi ordinari e prevedibili. E quale quella con gli eventi di forza maggiore. E non si tratta dell'unica incertezza interpretativa: a rendere indeterminato il parametro di valutazione, infatti, contribuisce anche il riferimento all'equilibrio economico-finanziario che deve risultare inciso in modo significativo.

Appare evidente la rinuncia da parte dei redattori del Codice ad una disciplina analitica: siamo, infatti, in presenza di sintagmi, variamente riferibili alle clausole generali o ai concetti giuridici indeterminati<sup>75</sup>, la cui elasticità di significato sfugge ad un preciso ambito definitorio per essere plasmata sulle circostanze di ciascun caso concreto, rimettendo al giudice un potere interpretativo sull'ap-

<sup>74</sup> Sulla compatibilità della disciplina della rinegoziazione con la responsabilità erariale, A. Giordano, *In tema di rinegoziazione delle concessioni pubbliche. Profili giuscontabili nel prisma dello schema di Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. Cor. Conti*, 2023, 95 ss.

<sup>75</sup> Sulla presenza tra i concetti giuridici indeterminati anche di concetti empirici o descrittivi, M. Clarich e M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 15 ss.; sui concetti giuridici indeterminati quali parametri che finiscono per essere modellati sull'interesse pubblico, da ultimo C. Cudia, *L'acquisto della cittadinanza per residenza in Spagna. La rivincita dei concetti giuridici indeterminati sulla discrezionalità amministrativa*, in *Dir. pub.*, 2023.

plicazione del contratto attraverso, per riprendere le parole della Relazione, un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni<sup>76</sup>. Appare superfluo sottolineare che tale elasticità si riflette inevitabilmente, altresì, sulla nozione medesima di rischio operativo: il tema delle sopravvenienze riguarda, infatti, da vicino la distribuzione del rischio, la sua gestione ed il suo eventuale adeguamento; più dilatiamo il significato delle sopravvenienze, più restringiamo la nozione di rischio e la sua operatività.

Il dato certo è che il risultato economico non può dipendere da eventi contrattualmente previsti, ma da eventi estranei alla dinamica negoziale. Escluse, pertanto, appaiono le evenienze di ordinaria contingibilità così come le variazioni di lieve entità degli equilibri originari, per le quali pare indiscutibile la conservazione del vincolo contrattuale e l'integrale applicazione della disciplina del rischio operativo. A diverse conclusioni sembra doversi pervenire in altre circostanze in cui varia il quadro fattuale di riferimento.

A ben vedere la disposizione non allude a sopravvenienze eccezionali per intensità, sussumibili, come tali, nella nozione di forza maggiore<sup>77</sup>, ma a circostanze che non si ripetono con regolarità statistica e, come tali, risultano non conoscibili dalle parti<sup>78</sup>.

Merita richiamare sul punto quel passo contenuto nella parte motiva della direttiva 2014/23/UE nella parte in cui si ammette la possibilità che intervengano circostanze esterne ed imprevedibili che indicano la necessità di una 'certa flessibilità' per adattare la concessione alla nuova situazione di fatto senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione. Implicito, ma chiaro appare il riferimento alla modifica del contratto di concessione. E non pare casuale che il legislatore europeo nel definire tali circostanze adopri la formulazione generale di «circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente pre-

---

<sup>76</sup> Sulle varie espressioni comunemente riferibili alla categoria delle clausole generali e non tutte rigorosamente riferibili alla suddetta nozione la riflessione giuridica si è da tempo espressa; si richiamano sul punto le puntuali e tuttora attuali osservazioni di S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 712 ss.; dello stesso Autore, con riflessioni risultate utili per la stesura del presente lavoro, si richiama la nota monografia *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 150 ss. e 184 ss.; L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 9 ss.; sulla confusione terminologica in materia v. più di recente M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, ivi, 2011, 347 ss.

<sup>77</sup> E costituite da eventi naturali, da circostanze legate a crisi economiche eccezionali o, come nel recente passato, da una crisi sanitaria e, di recente, da una crisi bellica.

<sup>78</sup> In vero, non sembra potersi escludere neppure che anche in presenza di un evento noto e, quindi, prevedibile al momento della gara, ma dagli effetti non noti e imprevedibili, si possa legittimamente dar luogo alla rideterminazione delle condizioni di riequilibrio; si richiama la pronuncia Cons. Stato, Sez. II, n. 12966/2020, cit., in cui si riconosce che la vicenda epidemiologica del covid-19, pur presente e, dunque, conosciuta, al momento della gara, può legittimamente costituire, in presenza di effetti non noti e imprevedibili, causa di riequilibrio.

parazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice [...]» senza ricorrere a particolari accezioni o aggettivazioni<sup>79</sup>.

A sua volta la presenza di concetti giuridici indeterminati sembra postulare un'adeguata considerazione delle circostanze relative al mutamento della situazione di fatto. Al riguardo, il dato esegetico rilevante va individuato nell'art. 177, c. 2, allorché la disposizione precisa che il rischio operativo è assunto pur sempre 'in condizioni operative normali'; laddove appare chiaro che la concreta rilevanza della normalità cui si riferisce la norma sembra doversi individuare non nell'operazione economica in sé, ma nel contesto in cui questa si realizza, al quale si chiede di mantenere un carattere di normalità intesa come mancanza di alterazione rilevante dei connotati fattuali originari. L'alternativa interpretativa, cui non si intende aderire, è riferire il rischio operativo e la sua applicazione ad ogni ipotesi ed evenienza, salvo il solo della forza maggiore, limitando, pertanto, unicamente alla medesima i casi in cui il concessionario può richiedere la revisione.

Ogni valutazione deve completarsi, ad ogni modo, con un altro elemento: l'equilibrio economico-finanziario. La norma precisa che per la revisione contrattuale non basta il mero mutamento delle condizioni del mercato o altre evenienze i cui effetti ricadono genericamente sul servizio: occorre, infatti, che l'equilibrio economico-finanziario risulti 'significativamente' inciso<sup>80</sup>. L'equilibrio contrattuale è l'equilibrio prodotto dall'utile ricavato dalla gestione dell'opera o del servizio su cui incidono vari fattori soggetti a modifiche ed oscillazioni talora al di fuori del controllo delle parti. La disciplina, pertanto, richiede, quali dati oggettivi dai quali dipende la richiesta di revisione, la variazione di quelli contenuti nel piano economico-finanziario e riferiti, ai sensi della norma di cui all'art. 177, c. 5, alle condizioni della convenienza economica e sostenibilità finanziaria.

#### 8. *Esecuzione e principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale di cui all'art. 9 del Codice. Il raffronto con il contratto di appalto*

Un utile ausilio interpretativo – logico e analogico – della disciplina sulla revisione proviene dalla norma di cui all'art. 9, c. 1, sul principio generale di conservazione dell'equilibrio contrattuale<sup>81</sup>. Nella sua valenza di parametro ermeneu-

<sup>79</sup> Si allude al cons. n. 76, il quale contestualizza il significato da attribuire alle circostanze imprevedibili precisandosi che si deve tener conto «dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile.»

<sup>80</sup> Si v. la pronuncia del Cons. Stato, Sez. II, n. 12966/2020, cit. utilizza l'espressione «apprezzabili alterazioni nell'equilibrio economico finanziario del rapporto».

<sup>81</sup> Colloca il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel principio costituzionale di buon andamento, G. Montedoro, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ispiratori del nuovo codice dei con-*

tico<sup>82</sup>, tale principio chiarisce gli elementi ispiratori che sottendono la disposizione di cui all'art. 192, i quali non si limitano ad una comune logica manutentiva, ma investono dati testuali quali, in primo luogo, quello riferito agli accadimenti straordinari e imprevedibili.

Al riguardo, merita osservare che, mentre la norma di cui all'art. 192 nulla aggiunge sul presupposto legittimante la revisione contrattuale a parte il riferimento al rischio regolatorio, la disposizione generale di cui all'art. 9 declina le caratteristiche delle circostanze sopravvenute suscettibili di legittimare la richiesta di una ridefinizione del regolamento contrattuale, precisandosi che esse devono risultare «estraneae alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato» e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio contrattuale. Il ricorso anche in tal caso a concetti giuridici indeterminati conferma che il presupposto legittimante la richiesta di revisione contrattuale debba ricercarsi sì in fatti di peculiare entità ed onerosità, ma senza che debbano ricorrere situazioni di estrema ed irreparabile gravità, quali sono quelle riconducibili alla forza maggiore<sup>83</sup>.

In presenza di tali presupposti, e nei limiti imposti dall'originario equilibrio negoziale, la parte svantaggiata può chiedere la revisione del contratto. Ancorché, a differenza dell'art. 9, la disposizione non definisca come diritto la posizione soggettiva del richiedente, che si tratti di un diritto – e nella forma del diritto potestativo- pare ricavarsi dal raffronto con la disciplina previgente, la quale si limitava a prevedere l'onere di avviare delle trattative<sup>84</sup>. La qualificazione giuridica sem-

---

*tratti pubblici*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sul principio suddetto e la sua applicazione si richiama tra i primi e più analitici commenti l'analisi di B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. Morbidelli, Firenze, 2023, 79 ss.; sul principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale quale disciplina generale si v. G. Napolitano, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2023, 298; da ultimo G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, in questa Rivista, 2024, 25 ss.

<sup>82</sup> Sulla valenza del principio di cui all'art. 9 si richiamano le osservazioni A. Bianchi, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9)*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei e D. Iaria, Napoli, 2023, 107 ss.

<sup>83</sup> Merita richiamare sul punto la già citata pronuncia del Cons. Stato n. 3653/2016, cit., spesso richiamata nei saggi di riflessione sull'argomento, in cui il giudice amministrativo, riguardo alla nozione di alea contrattuale, afferma che «Solo nel caso in cui il mezzo (cioè la gestione per il tempo contrattualmente definito) si dimostri, in virtù di un avvenimento «straordinario ed imprevedibile», essere divenuto strutturalmente inidoneo a far conseguire, anche solo potenzialmente, un possibile equilibrio tra le attribuzioni patrimoniali, solo in questo caso potrà escludersi l'alea normale del contratto, il rischio (collegato all'andamento della gestione), accettato dal privato e tanto più immanente (come ipotesi "normale" e/o prevedibile) quanto più ampio è il tempo di gestione contrattualmente previsto» (punto 4 in diritto).

<sup>84</sup> Diverso l'avviso B. Giliberti, *Articolo 192. – Revisione del contratto di concessione*, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Perfetti, Milano, 2023, 1524; parla di facoltà e non di diritto F. Pellizzer, *Articolo 192, Revisione del contratto*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Piacenza, 2023, 904. In vero la disposizione contenuta nell'art. 165, u. c. del Codice previgente prospettava una qualificazione giuridica incerta quanto alla posizione soggettiva del concessionario; secondo tale disposizione, infatti «Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economi-

bra discendere dalla formulazione della norma, e ciò al netto del fatto che siamo nel campo dell'esecuzione contrattuale, luogo di elezione del diritto soggettivo e di applicazione del Codice civile, ai sensi dell'art. 12 del Codice<sup>85</sup>. Tale diritto è esercitabile, sempre stando alla lettera dell'art. 9, purché la parte svantaggiata «non abbia volontariamente assunto il relativo rischio» nel regolamento contrattuale. In assenza di tale circostanza occorre ritenere che sussista a carico dell'amministrazione l'obbligo di revisione, obbligo peraltro che impone una specifica condotta secondo i principi di correttezza e buona fede oggettiva quali criteri – nonché clausole generali – idonei a definire la formazione di una regola contrattuale che consenta la realizzazione dell'operazione economica sottesa dalla concessione<sup>86</sup>.

Merita sul punto formulare una precisazione: l'obbligo in questione si sostanzia in un obbligo di contrattare e non di contrarre<sup>87</sup>. Da ciò segue un interrogativo: che cosa concretamente è garantito al titolare del diritto alla revisione e fin dove può spingersi il compito del giudice in caso di mancato accordo delle parti? In altre parole, l'oggetto del diritto in questione è costituito unicamente dalle trattative?

Un raffronto con il contratto di appalto chiarisce i termini della questione e la sua soluzione: nell'appalto la disposizione di cui all'art. 120, c. 8, prevede che, se non si perviene all'accordo entro un termine ragionevole, «la parte svantaggiata può agire in giudizio per ottenere l'adeguamento del contratto all'equilibrio originario, salva la responsabilità per la violazione dell'obbligo di rinegoziazione»; per contro, la norma di cui all'art. 192, c. 4, prevede che in caso di mancato accordo «[...] le parti possono recedere dal contratto. In tal caso, al concessionario sono rimborsati gli importi di cui all'art. 190, quarto comma, lett. a) e

---

co finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio»; ad ogni modo l'orientamento giurisprudenziale sotto la vigenza del Codice previgente esclude la presenza di un diritto soggettivo alla revisione da parte del concessionario; sul punto merita richiamare la recente pronuncia del Cons. Stato, Sez. VII, 24 luglio 2023, n. 7200 (parte 2 in diritto) in *Quotidiano Giuridico*, 2023, la quale, nel rilevare l'inesistenza di un obbligo di rinegoziazione del rapporto negoziale, ha asserito che «[...] l'ordinamento non garantisce il diritto ad una revisione che riconosca le condizioni pretese dalla parte contraente»; analogamente Tar Marche, Sez. I, 20 giugno 2023, n. 371 (punto 7.2 in diritto), in *Giustamm.it*; Tar Lombardia, Milano, IV, 18 dicembre 2023, in *Urb. App.*, 2024 413 ss., con nota di G. Agati.

<sup>85</sup> Occorre, tuttavia, tener presente che un profilo problematico secondo taluno è quello della giurisdizione, in particolare dell'applicazione dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo in tema di giurisdizione esclusiva; in tal senso, da ultimo Tar Marche, sez. I, n. 371/2023 (punto 7.3 in diritto), cit.; si richiamano al riguardo F. Fracchia e W. Giulietti, *Aspetti problematici dell'esecuzione dei contratti nel prisma della nuova giurisdizione sull'accesso civico*, in *questa Rivista*, 2020, 203 ss.; seppur con riferimento alla materia della revisione dei prezzi nel contratto di appalto, di recente si v. R. Berloco, *Sopravvenienze e appalti di lavori pubblici: la revisione dei prezzi tra interesse legittimo e diritto soggettivo*, in *Riv. trim. app.*, 2023, 93 ss.

<sup>86</sup> In particolare, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c. e del medesimo art. 9 del Codice che alla buona fede si richiama espressamente; in senso conforme E. Boscolo, *Stabilità e adattamento nei rapporti concessori tra revisione e autotutela*, cit., 293.

<sup>87</sup> Così giustamente anche G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, cit., 48, che con riguardo alla rinegoziazione parla di obbligazione di scopo.

b), a esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse».

Di conseguenza, se nel caso del contratto d'appalto l'obbligo di rinegoziazione è assistito dal ricorso alla giurisdizione (civile) per ottenere una sentenza ex art. 2932 c.c. di adeguamento del contratto alle sopravvenute circostanze, nel caso del contratto di concessione il fallimento per qualsivoglia causa delle trattative non sembra dare origine ad alcuna pretesa azionabile se non, oltre al diritto potestativo di recesso, i rimborsi previsti dalla disposizione.

Al di là della pratica applicazione ai contratti pubblici dell'intervento correttivo del giudice<sup>88</sup>, specie se costruito sulla base incerta di clausole generali<sup>89</sup>, resta, tuttavia, il dubbio che la conclusione proposta sia l'unica possibile, e soprattutto sia coerente con la *ratio* conservativa della norma in esame, la quale, se intesa come mero impegno di avviare trattative, sarebbe priva di significato se le stesse fossero affidate al mero arbitrio delle parti.

In questo senso, e nel nome del principio del risultato nella esecuzione del contratto<sup>90</sup>, la conclusione positiva delle trattative – e l'eventuale intervento del giudice – può essere agevolata dalla previsione che le medesime debbono pur sempre essere orientate nella misura strettamente necessaria a ricondurre il contratto «ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto». Con ciò pare possibile affermare che, oltre ai noti principi – pubblicistici e civilistici- della buona fede e della correttezza, i parametri contenuti nel piano economico-finanziario costituiscono vincoli alle trattative in grado di limitare i pericoli di fallimento delle medesime<sup>91</sup>.

Al di là della pratica applicazione alla fattispecie in esame della soluzione prospettata, sembra restare comunque salva la possibilità di inserire apposite clausole di

---

<sup>88</sup> In generale, sulle ragioni che inducono a dubitare della possibilità di una modifica giudiziale del contratto si richiamano le osservazioni di I. Pagni, *Autonomia contrattuale, rinegoziazione, solidarietà nei rapporti contrattuali: gli spazi dell'intervento del giudice*, cit., 563 ss., la quale afferma che «non si possa costruire sul ricorso alle clausole generali un intervento correttivo da parte del giudice che si sostituisca alle parti nell'individuazione del risultato della rinegoziazione»; con specifico riferimento ai contratti pubblici ne dubita B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, cit., 89 ss., la quale osserva che il giudice si troverebbe ad operare valutazioni di opportunità che implicano la ponderazioni di interessi di natura pubblicistica; G. Severini, *Articolo 9*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 63; A. Bianchi, *Prime osservazioni sull'autonomia contrattuale e la conservazione del contratto (articoli 8 e 9)*, cit., secondo cui la norma pone, altresì, il problema dell'individuazione della giurisdizione e della corretta applicazione dell'art. 133 del Codice del processo amministrativo.

<sup>89</sup> E. Gabrielli, *Sopravvenienza e rinegoziazione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2024, 21 ss.

<sup>90</sup> Il riferimento è, ovviamente, alla norma di cui all'art. 1 del Codice; sul principio del risultato si richiama G.F. Ferrari, *Art. 1. Principio del risultato*, in *Codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Piacenza, 2023, 41 ss.; D. Iaria, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato (Artt. 1, 2, 3 e 4)*, in *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., 5 ss.; F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *I principi nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 21 ss.

<sup>91</sup> R. Mangani, in *Commentario sui contratti pubblici*, a cura di A. Botto e S. Castrovinci Zenna, Torino, 2024, 1507

revisione contrattuale<sup>92</sup>. La norma di cui all'art. 9, c. 4, allude a clausole di rinegoziazione specie quando il contratto – ed è proprio il caso del contratto di concessione- «risulta particolarmente esposto per la sua durata, per il contesto economico di riferimento o per altre circostanze, al rischio delle interferenze da sopravvenienze».

Merita segnalare, infine, che la disposizione di cui all'art. 9, c. 1, pone un limite finanziario alla rinegoziazione costituito dalle «somme indicate nel quadro economico dell'intervento, alle voci imprevisti e accantonamenti e, se necessario, utilizzando le economie da ribasso d'asta»<sup>93</sup>. Siamo in presenza di un vincolo normativo non riproposto dalla disposizione di cui all'art. 192, per la revisione del contratto di concessione. La ragione di tale omissione appare plausibile e deve essere ricercata nella natura della concessione quale «accordo complesso di lunga durata»<sup>94</sup>, come tale più esposto ad interferenze che possono giustificare il superamento dei limiti suddetti e la ricerca di soluzioni, quali possono essere quelle di una proroga della durata della concessione<sup>95</sup>, o di una riformulazione dei contenuti del piano economico-finanziario.

### 9. *Revisione del contratto e poteri del concedente*

Problema a parte appare quello se la amministrazione concedente possa discostarsi dal limite già ricordato dei livelli di equilibrio e di traslazione del rischio originariamente stabiliti. Occorre preliminarmente tener conto che in gioco non c'è soltanto un'operazione economica incarnata nel diritto del concessionario a veder riconosciute le proprie pretese. Anche l'interesse pubblico del concedente ricopre, infatti, una propria rilevanza, specie in caso di fallimento delle trattative; fallimento che rappresenta non solo la sospensione dell'attività, ma la sua interruzione, con la necessità per l'amministrazione dell'indizione di una nuova procedura ad evidenza pubblica spesso con valori economici più gravosi per entrambe le parti.

In una prospettiva in chiave funzionale si può affermare che tramite il contratto e il suo adempimento il soggetto concedente persegue una oggettiva finalità

---

<sup>92</sup> Possibilità riconosciuta espressamente dall'art. 9, quarto comma, allorché la disposizione si riferisce espressamente anche agli enti concedenti, con esclusione della revisione prezzi e ciò a causa della natura del rischio operativo; sul punto si v. Anac, Parere n. 91 del 12 ottobre 2022.

<sup>93</sup> Parla di diritto condizionato sul piano finanziario B. Marchetti, *Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale nel nuovo Codice dei contratti pubblici: prime osservazioni*, cit., 87; analogamente G.D. Comporti, *La rinegoziazione dei contratti pubblici: una via per il ripensamento di antichi paradigmi*, cit., 47.

<sup>94</sup> Considerando n. 68, Direttiva 2014/23/UE.

<sup>95</sup> Consentita dalla norma di cui all'art. 178, u.c.

di pubblico interesse<sup>96</sup>. E nella medesima prospettiva, meritevole di un approfondimento che esorbita dalle presenti considerazioni, occorre soggiungere che ciò che per il concessionario costituisce un'attività economica per l'amministrazione rappresenta un pubblico servizio, la cui continuità ed esistenza rappresenta non solo un principio giuridico, ma anche un fine istituzionale e un interesse per la collettività<sup>97</sup>.

Per quanto la questione in esame non sia di univoca soluzione e si presti ad equivoci (ed abusi) interpretativi<sup>98</sup>, sembra opportuno interrogarsi se nelle trattative la pubblica amministrazione possa valutare la tutela dell'interesse pubblico alla sopravvivenza del servizio anche al di là del limite legale del ripristino dei livelli di equilibrio originari, secondo criteri di valutazione e scelta discrezionali.

La disposizione in esame, in vero, sembra escluderlo: a differenza della rinegoziazione del contratto di cui all'art. 9, la quale è consentita peraltro «senza alterarne la sostanza economica»<sup>99</sup>, la revisione di cui all'art. 192 è, come ricordato, ammessa soltanto nella misura «strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto». La *ratio* della disposizione, pertanto, appare univoca: occorre ridurre i margini di discrezionalità della decisione dell'amministrazione. E che tale limite costituisca un vincolo per ogni attività di revisione negoziale lo conferma la previsione di cui all'art. 189, c. 4, la quale qualifica come sostanziale – e, quindi, insuperabile – ogni modifica che cambi l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale.

Questione diversa è se la parte legittimata a chiedere la revisione sia soltanto il soggetto affidatario, oppure anche il soggetto concedente. Stando alla lettera della disposizione, il diritto alla rinegoziazione spetta, infatti, al solo concessionario. Anche l'art. 9, del resto, pare identificare la «parte svantaggiata» unicamente nell'operatore economico<sup>100</sup>. Diversa appare, invece, la questione se, a causa di accadimenti particolarmente favorevoli che producano un sensibile miglioramen-

---

<sup>96</sup> Eco di questa impostazione si può cogliere anche in giurisprudenza; basti richiamare esemplificativamente Cons. Stato, Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5421 (punto 2.7 in diritto), in *Diritto dei Servizi Pubblici*, 2013, in cui si afferma che «il rapporto trilaterale che nelle concessioni si instaura rende l'interesse pubblico, comunque, predominante anche nel corso dell'esecuzione del rapporto scaturente dalla concessione».

<sup>97</sup> Tale profilo è opportunamente segnalato nella riflessione giuridica straniera; di recente T. Cano Campos, *Los costes excepcionales de ejecución e los contratos públicos: entre el ius variandi y el riesgo imprevisible*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 19, 2023, 113 ss.; analogamente in precedenza J. Esteve Pardo, *Lecciones de derecho administrativo*; Madrid, 2016, 335; C.H. Bovis, *Risk in public-private partnerships and critical Infrastructure*, in *The European Journal of Risk Regulation*, 2015, 48 ss.

<sup>98</sup> Occorre non sottovalutare, inoltre, che la revisione – al pari, peraltro, della rinegoziazione – non corrisponde agli interessi delle imprese concorrenti già soccombenti e che potrebbero avere interesse alla sua riapertura; utili spunti in tal senso in G. Severini, *Articolo 9*, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 65.

<sup>99</sup> Limite anch'esso stringente a tutela delle regole sulla evidenza pubblica, come ricorda G. Severini, in *Codice dei contratti pubblici*, cit., 65.

<sup>100</sup> F. Pellizzer, *Articolo 192, Revisione del contratto*, cit., 899, il quale ritiene che non vi sia motivo per disconoscere tale facoltà anche all'amministrazione.

to delle condizioni finanziarie originarie del concessionario, il concedente possa richiedere un determinato riconoscimento economico sui maggiori profitti prodotti dagli introiti derivanti dal servizio. Le evenienze possono essere le più diverse, dal miglioramento dei parametri finanziari disciplinanti il contratto di finanziamento del concessionario alle modifiche della disciplina fiscale, inclusa l'approvazione di varianti progettuali che abbattano il costo di costruzione dell'opera rispetto a quanto originariamente previsto. In tali casi può ritenersi ammesso un diritto alla revisione del contratto a vantaggio del concedente, oppure deve ritenersi che l'operatore privato, così come avrebbe affrontato le perdite in presenza di circostanze sfavorevoli, incameri i maggiori profitti derivanti da notevoli incrementi di redditività del servizio erogato?

Il Codice del 2006, in vero, ammetteva tale possibilità<sup>101</sup>; non così, invece, il Codice previgente che la limitava al solo concessionario. Nel silenzio del Codice attuale al concedente, comunque, resta comunque una possibilità: affidare la disciplina di notevoli incrementi di redditività ad apposite clausole contrattuali aventi per oggetto la condivisione dei benefici economici ottenuti dal concessionario.

---

<sup>101</sup> Art. 143, c. 8, secondo cui «Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino più favorevoli delle precedenti per il concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a favore del concedente».

*Il rischio operativo e i suoi confini*

Il saggio intende analizzare il rischio nella materia dei contratti pubblici. In particolare, dopo aver fatto chiarezza sul tema della ripartizione dei rischi nella contrattualistica pubblica, l'Autore approfondisce il rischio operativo in relazione al contratto di concessione. Sono messi in evidenza luci e ombre dell'evoluzione normativa – a partire dalla legge 109/1994 – del concetto di rischio operativo, cercando di fornire possibili soluzioni ai molteplici problemi interpretativi delle disposizioni attualmente vigenti. L'Autore, inoltre, svolge un'attenta analisi dell'istituto del partenariato pubblico-privato per fornire un quadro completo della corretta determinazione dell'allocazione del rischio. Le considerazioni conclusive sono dedicate al controverso tema della traslazione del rischio nel contratto di concessione ed alla sua misura, elemento di discriminazione con il contratto di appalto.

*Operational risk and its borders*

The essay aims to analyze risk in the field of public contracts. In particular, after clarifying the issue of risk sharing in public contracts, the author focuses on studying the operational risk of the concession contract. The lights and shadows of the regulatory evolution – starting from law 109/1994 – of the concept of operational risk are highlighted, trying to provide possible solutions to the multiple interpretative problems of the provisions currently in force. The author, moreover, focuses on the public-private partnership to provide a thorough frame for the correct share of the risk. The final considerations are dedicated to the controversial theme of risk transfer and its measure in the concession contract, an element of discrimination in procurement contracts.

