

Concessioni e finanza di progetto

Prof. Gian Franco Cartei

SCHEDA DI SINTESI

1. Il quadro giuridico di riferimento: la posizione della Commissione Europea e le tipologie di Partenariato Pubblico-Privato

Secondo il **Libro verde** la Commissione le **operazioni di partenariato pubblico-privato**

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

Stato regolatore

Non esiste, una disciplina europea sui PPP, ma trattandosi pur sempre di fattispecie in cui un soggetto pubblico affida la prestazione di un'attività economica ad un terzo, il quadro normativo non può che essere quello proprio dei **principi del Trattato**, in particolare quelli di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, e più generalmente quelli posti a presidio del principio di concorrenza¹.

Il quadro unitariamente dalla **Commissione** si scompone nella distinzione tra **PPP di tipo contrattuale** e **PPP di tipo istituzionalizzato**. La distinzione riflette, in vero, una tipologia diversa di PPP, ma le problematiche sottese sono spesso comuni, riguardando l'applicazione al fenomeno partenariale del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

Le ipotesi di **PPP contrattuali** alludono, come noto, ai casi in cui il modello partenariale è basato sui legami contrattuali delle parti contraenti. E' il caso soprattutto della **concessione di lavori pubblici e di servizi**, la cui disciplina, come noto, se raffrontata a quella del contratto di appalto, si presenta parzialmente lacunosa sotto il profilo della procedura di aggiudicazione.

caratteri

“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”.

“compensi riscossi presso gli utenti del servizio, se necessaria completata da sovvenzioni

¹ *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, cit. punto 8; cfr. B. Raganelli, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico privato: un quadro generale*,

versate dall'autorità pubblica".

Alla luce dell'esperienza presente si esprime la necessità **evitare che** una formula contrattuale, inizialmente qualificata come concessoria, si trasformi (al termine della fase di negoziazione relativa ai rischi ed ai benefici) in un appalto pubblico con conseguente violazione della disciplina sulla procedura di aggiudicazione. Il punto sarà oggetto di successive considerazioni. Basti al momento segnalarlo per sottolineare che le due tipologie contrattuali seguono statuti ben distinti e non suscettibili di contaminazioni secondo la Commissione.

Parimenti, ampio spazio è dedicato dalla Commissione alle questioni relative alla fase di selezione del partner privato per sottolineare che la procedura prescelta non può limitare il principio di concorrenza o conferire al promotore del progetto un vantaggio competitivo capace di pregiudicare la parità di trattamento dei candidati. Allo stesso tempo si raccomanda che i principi di parità di trattamento degli operatori economici e di trasparenza siano rispettati anche nella fase successiva a quella di aggiudicazione contrattuale, di esecuzione dell'opera e di gestione dell'eventuale servizio.

PPP istituzionalizzato (PPPI), l'espressione allude alla creazione di un'entità terza con compiti di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico, detenuta congiuntamente dal partner privato e dal soggetto pubblico, di cui costituiscono l'esempio più noto le società miste. In tal caso gli aspetti più problematici della cooperazione tra partner pubblici e privati riguardano la compatibilità con la disciplina europea in materia di contratti pubblici, ed in particolare i criteri di scelta del soggetto privato, le modalità di affidamento del servizio ed i principi da applicare allo svolgimento dell'attività².

Il partenariato pubblico-privato nel Codice dei Contratti Pubblici

Art.3, comma 15 ter, «i “contratti di partenariato pubblico-privato” sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con **allocazione dei rischi** ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti».

La norma richiama, infatti, oltretutto a puro titolo 'esemplificativo', le figure concessorie, la locazione finanziaria e le società miste, ed allude alla possibilità che sia incluso tra i PPP anche l'affidamento a contraente generale a condizione, peraltro, che il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi.

Le incertezze che provengono dalla disposizione summenzionata sembrano deporre a favore di una lettura del PPP in cui soggetto pubblico e partner convivono in una relazione di sostanziale parità.

Così, tuttavia, non è: i PPP, infatti, postulano pur sempre una delimitazione di compiti e di responsabilità tra le parti contraenti, per cui il regime dell'attività svolta dal soggetto pubblico resta necessariamente riferibile ai caratteri ed alla disciplina dell'attività amministrativa, con tutti i principi tipici da cui è connotato, incluso il rispetto del principio di libera concorrenza, laddove la disciplina dell'attività svolta dal contraente privato segue lo statuto proprio

² Ivi, punti 53 ss.

dell'impresa. Qualunque soluzione/variante non può portare ad una sovrapposizione di ruoli.

In tal modo, l'elemento comune alle fattispecie di PPP sembra rintracciabile nella *gestione dell'opera* e nella connessa allocazione dei rischi tra le parti contraenti³.

2.

Finanza di progetto: le varianti

Art. 153 del Codice

A) al posto dell'unica procedura: tre procedure: a) 2 procedimenti alternativi caratterizzati dalla semplificazione della procedura di gara b) 1 procedimento, condizionato dall'inattività della p. A. che apre a 3 varianti.

B) chiarimenti: bando (non più avviso); commissione ; pubblicità; studio di fattibilità (non semplici proposte)

C) **Studio di fattibilità**: assicura la simmetria delle informazioni tra i concorrenti (Autorità LL. PP. n. 1 del 2009)

1: La FASE UNICA

L'amm.ne pubblica un bando ; aggiudica il contratto di concessione al concorrente con **la proposta migliore**, valutata con il criterio dell'**offerta economicamente più vantaggiosa**

A) La p. A. può chiedere al promotore di apportare al progetto preliminare le **modifiche** intervenute in fase di approvazione del progetto ed i conseguenti adeguamenti del P.e.f.

Quali modifiche ?

Anche la vecchia disciplina: "progetto eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse"

La giurisprudenza: due alternative:

1) nessuna modifica al progetto ed al Pef "Integrazione postuma: nuova proposta": violazione della par condicio.

2) modifiche: è già individuata quella migliore! Purchè sia mantenuto l'equilibrio economico finanziario

sicuramente

³ Significativo nel senso indicato nel testo appare, altresì, l'inserimento nella disciplina della finanza di progetto della previsione di cui all'art. 153 comma 13, secondo cui "Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla *gestione dell'opera*, da presentarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio [...]; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale".

modifiche prescritte in conferenza di servizi : cm. 10, c (rischio amministrativo collegato alla localizzazione dell'opera e legato ai pareri, autorizzazioni e nulla osta rilasciati dalle amministrazioni titolari di interessi pubblici specifici)

Considerazioni:

a) continuità con la giurisprudenza ora che il dato esegetico è più forte

b) **manca** la fase concorrenziale successiva: la p. A. si esporrebbe il rischio di pagare troppo l'opera pubblica: le rendite non giustificate dai rischi della gestione: prezzo, contributo pubblico in conto costruzione e gestione (**principio di economicità**)

B) Il criterio di selezione dell'offerta: Offerta Economicamente più Vantaggiosa

I criteri della O. E. V. estesi a : **qualità del progetto preliminare b) valore economico-finanziario del PEF c) bozza di convenzione**

2: LA PROCEDURA A DUE FASI

Il diritto di prelazione

Reintroduzione: **ma** → **compensazione economica (2.5% dell'investimento) superiore allo sforzo economico per migliorare l'offerta del promotore**
Incentivo economico alla partecipazione alla gara. Ragione

Comportamenti opportunistici

Le modifiche

Limiti alle richieste della p. A.:

soltanto quelle emerse : 1) conferenza di servizi 2) integrazioni della p. A.

esiste, infatti, una seconda fase concorrenziale: **sarà il mercato, mediante il confronto, a migliorare l'offerta.**

Offerta Economicamente più Vantaggiosa

→ **applicazione art. 83 senza estensione al progetto, PEF e convenzione: unicamente aspetti economici**

3: La PROCEDURA A TRE FASI

Dichiarazione di pubblico interesse

Sopravvive la disciplina previgente (avviso) : **discrezionalità amministrativa**

Offerta Economicamente più Vantaggiosa NO: "criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte"

dialogo competitivo

Conclusioni

- 1) La F. P. si conferma strumento duttile: più un risultato che una formula procedurale.
- 2) La nuova disciplina non elimina la precedente; ma ne riformula i contenuti.
- 3) Le tre varianti:
la *prima*: opere complesse; p. A. che ha fiducia nelle proprie capacità negoziali per cogliere l'innovazione ed eliminare le rendite;
la *seconda*: fiducia nel mercato per l'eliminazione delle rendite;
la *terza*: quando non si ha fiducia che esista un mercato:: provocare il mercato

3.

Finanza di progetto ed equilibrio economico-finanziario

1. L'importanza del piano economico-finanziario nelle operazioni di finanza di progetto

Le successive riflessioni fanno riferimento ad alcune ipotesi in cui le scelte dell'amministrazione riguardano l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della gestione dell'infrastruttura. Le ipotesi cui si allude sono molteplici e ben note alla prassi applicativa. Si pensi ai problemi posti dall'analisi del piano economico-finanziario nella fase della scelta del concessionario, dalla corresponsione di contributi pubblici al soggetto privato, dalla revisione della convenzione in seguito alle modifiche delle condizioni contrattuali nella fase di esecuzione del rapporto concessorio. In tutti questi casi l'amministrazione è chiamata ad una sorta di rapporto di collaborazione con il concessionario nel nome dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della relativa gestione.

L'importanza della gestione si riflette sul peso strategico attribuito al documento che più di ogni altro riflette l'analisi dei flussi di cassa di una specifica iniziativa: il **piano economico finanziario**. E' il piano, infatti, che, ai sensi della disciplina, consente di conoscere i dati economici iniziali e le prospettive reddituali attese dalla gestione dell'opera; ed è sempre il piano lo strumento che deve comprovare la sostenibilità finanziaria dell'operazione e, in ultima analisi, l'equilibrio economico-finanziario della gestione "per tutto l'arco temporale prescelto" (art. 143, settimo comma). La validità economico-finanziaria del piano decide, pertanto, dell'esito complessivo dell'operazione. Ed in questo senso, del resto, l'art. 153, quinto comma, del Codice prevede che, con riguardo ai criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'esame delle singole proposte sia obbligatoriamente esteso, oltre che alla qualità del progetto preliminare ed al contenuto della bozza di convenzione, anche "al valore economico-finanziario del piano".

La valenza strategica del piano è stata incisivamente sottolineata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha sottolineato come "la validità economico-finanziaria del progetto costituisca il presupposto dell'intera operazione di *project financing*"⁴ ed ha ritenuto ogni valutazione sulla effettiva e concreta redditività dell'operazione quale attività di interesse pubblico⁵. Ciò spiega perché sia stato posto a carico del concedente l'obbligo di verificare la

⁴ Consiglio di Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, in *Urbanistica e appalti*, 2009, p. 836, con nota di M. Allena.

⁵ Si richiama Consiglio di Stato, IV, 16 giugno 2008, n. 2979

coerenza e la congruità del piano rispetto al progetto; obbligo che per l'amministrazione implica, seppur nei termini limitati offerti da un'analisi potenziale, di verificare la serietà ed attendibilità della proposta circa la gestione dell'opera⁶ e di offrire certezza sulla realizzazione dell'operazione⁷. Allo stesso tempo occorre che la valutazione accerti il rispetto del *principio di equilibrio economico-finanziario*, per cui, se la verifica operata dall'amministrazione non dimostra la capacità di (auto)finanziamento dell'attività e la sostenibilità economico-finanziaria dell'intera operazione, la proposta dell'aspirante concessionario deve "essere valutata inidonea allo scopo" e, pertanto, giudicata inammissibile⁸.

2. Equilibrio economico-finanziario e fase di scelta del concessionario: l'adeguamento del piano. La pronuncia del Tar Toscana n. 1040 del 2010.

Secondo la disposizione di cui all'art. 153, terzo comma, lett. *a*, del Codice l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto di apportare al progetto preliminare le modifiche eventualmente intervenute nella fase di approvazione del progetto; in tal caso, sempre secondo la norma suddetta, la concessione è aggiudicata al promotore solo in seguito all'accettazione delle richieste modifiche progettuali "*nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario*". La disposizione risulta chiara nell'attribuire all'amministrazione il potere di chiedere delle modifiche all'offerta presentata all'aspirante promotore; sembra contenere, invece, elementi di incertezza circa l'ambito ed i limiti di tale potere di modifica.

In realtà, anche nel previgente art. 155, primo comma, lett. *a*, era stata prevista un'analogia possibilità allorché si alludeva al "progetto preliminare presentato dal promotore, *eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse [...]*". La modifica normativa intervenuta nel 2008 ad opera del c. d. Terzo correttivo supera definitivamente ogni dubbio circa la possibilità del concedente di aprire una fase di negoziazione endoprocedimentale con l'aspirante concessionario. Rimane, invece, tuttora, almeno in parte, irrisolta la questione della rilevanza delle modifiche chieste dal concedente in merito al progetto preliminare scelto in sede di gara, se possano essere sostanziali ed attenerne, altresì, ad elementi essenziali del progetto, o debbano comunque limitarsi ad integrazioni formali, prive, in ogni caso, di ripercussione sui contenuti dell'offerta originaria.

La soluzione della questione impone di non trascurare che le modifiche richieste intervengono in una fase in cui la scelta del promotore è già stata effettuata; si tratta, pertanto, di analizzare se l'amministrazione, in seguito alla designazione dell'offerta giudicata vittoriosa, possa interpretare al meglio le esigenze di interesse pubblico collegate alla realizzazione dell'opera ed alla fruizione dei servizi, oppure debba comunque tenere fermi i dati di partenza.

Fermo restando che "l'amministrazione non può rimettere in discussione le scelte

⁶ Tar Emilia Romagna, 20 maggio 2004, n. 762.

⁷ Inclusi gli eventuali apporti finanziari di parte pubblica; sul punto, riguardo alla illegittimità di un avviso pubblico che non indica con certezza le disponibilità finanziarie pubbliche, in modo da condizionare i contenuti del piano economico-finanziario, Tar Lazio, Roma, III bis, 13 febbraio 2007, n. 1321, www.giustamm.it

⁸ Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916 (punto 3 in diritto), www.giustizia-amministrativa.it; Consiglio di Stato, sez. V, n. 5503/2009, *cit.*; Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287 (punto 4 in diritto), www.giustamm.it.

fondamentali già effettuate con lo studio di fattibilità”⁹, a favore di un potere del soggetto concedente di richiedere una modifica del progetto e del piano economico-finanziario inizialmente presentati sembrano esprimersi alcuni riscontri esegetici, quali la disposizione di cui all’art. 153, terzo comma, lett. *a*, attribuisce al concedente “la possibilità di richiedere al promotore prescelto [...] di apportare al progetto preliminare da esso presentato le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto”, o il riferimento al “*conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario*”. In tal modo, sembra potersi evincere che l’intangibilità è riferita non al piano, perchè, in tal modo, si renderebbe superfluo ogni successivo suo adeguamento, bensì al suo equilibrio economico-finanziario, che deve essere garantito secondo una determinazione dei nuovi costi parametrata a quelli già definiti nell’offerta originaria. In tal senso si è proprio di recente espresso il giudice amministrativo, asserendo che: “la modificabilità del progetto implica, pressoché inevitabilmente, la modificabilità del relativo piano economico finanziario; se si ammette la prima, si deve necessariamente ammettere la seconda (senza che possa configurarsi una violazione della *par condicio*): il limite è quello del rispetto dell’equilibrio economico-finanziario, sul quale poggia la fattibilità e dunque l’attendibilità dell’iniziativa”¹⁰.

Il rispetto del principio di equilibrio postula, pertanto, a carico dell’amministrazione l’obbligo di vigilare sul valore economico del piano ed il divieto di proporre modifiche che, snaturando l’offerta iniziale, presentino il rischio di compromettere la sostenibilità economico-finanziaria dell’operazione.

3. Equilibrio economico-finanziario e contributo pubblico.

Il ricorso alla finanza di progetto da parte dell’aspirante concessionario può realizzarsi non solo mediante il capitale di rischio o nelle forme del capitale di debito, ma, altresì, mediante il conferimento di un contributo da parte del soggetto concedente. La prassi insegna che le forme di contributo sono rappresentate da apporti in conto capitale o in conto gestione -oppure da tipologie miste- sotto forma di disponibilità finanziarie (*canoni di servizio, canoni di disponibilità, contributi a fondo perduto, integrazione dei ricavi*) o di valori immobiliari, corrisposte in corso di esecuzione dei lavori o nel corso della gestione.

La possibilità che l’amministrazione fornisca un bene patrimoniale facilita senza dubbio la possibilità del ricorso alla disciplina della finanza di progetto. Allo stesso tempo, tuttavia, con la contribuzione pubblica si affaccia l’inconveniente che l’attenzione del privato si sposti dalla redditività della gestione al valore dell’immobile offerto in conto prezzo.

Merita ricordare che la legittimità del conferimento di un bene economico al concessionario è stata riconosciuta dalla stessa Commissione Europea, secondo cui nel modello concessorio il “tipo di retribuzione del co-contraente, consiste in compensi riscossi presso gli utenti del servizio, *se necessario completata da sovvenzioni versate dall’autorità pubblica*”¹¹. Allo stesso tempo, tuttavia, occorre sottolineare che, sin dalla comunicazione interpretativa del 2000, l’esecutivo comunitario ha asserito che, in considerazione che il regime della concessione di lavori pubblici si caratterizza per il trasferimento del rischio economico al privato, occorre

⁹ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, det. 14 gennaio 2009, n. 1, *Linee guida sulla Finanza di progetto dopo l’entrata in vigore del c.d. “Terzo Correttivo”* (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152), p. 20, www.avlp.it

¹⁰ Tar Toscana, 27 aprile 2010, n. 1040.

¹¹ Commissione delle Comunità Europee, *Libro verde relativo ai Partenariati Pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (punto 22), cit.,

che “*il prezzo versato copr(a) solo una parte del costo dell’opera e della sua gestione*”. Di conseguenza, se il soggetto concedente sopporta la maggior parte dell’alea legata alla gestione dell’opera “*l’elemento ‘rischio’ viene a mancare*” ed il contratto stipulato è riferibile alla tipologia del contratto di appalto pubblico di lavori¹²

Alla luce di tali interpretazioni, e dell’evoluzione del dettato normativo, pare che la disposizione di cui all’art. 143, quarto comma, del Codice debba interpretarsi restrittivamente, limitando la potestà di scelta del concedente ed assicurando che il rischio economico gravi sul soggetto privato.

Proprio perché il conferimento avviene in relazione ad una specifica finalità pubblica, occorre, altresì, che sia preceduto da un giudizio di congruità circa il livello ottimale di contributo conferibile in relazione a situazioni di incertezza sui ricavi di gestione, la cui determinazione spetta, siccome previsto dalla disposizione, alle previsioni ed alle analisi contenute nel piano economico-finanziario.

La recente riforma della disciplina della finanza di progetto in vero ha rafforzato la responsabilità dell’amministrazione nel valutare preventivamente la congruità del contributo pubblico. Secondo l’art. 153, primo comma, del Codice, infatti, l’affidamento della concessione avviene ponendo a base di gara uno *studio di fattibilità* predisposto dall’amministrazione aggiudicatrice, vale a dire quello strumento attuativo del programma triennale in cui, ai sensi dell’art. 128, secondo comma, devono riportarsi, altresì, le informazioni relative alle caratteristiche gestionali ed economico-finanziarie delle infrastrutture.

4. Le sopravvenienze

La reciproca convenienza alla sopravvivenza della concessione non impedisce che la fase esecutiva del contratto possa essere posta in pericolo ogniqualvolta il profitto d’impresa sia compromesso per il mutare delle condizioni di partenza. L’ipotesi è tutt’altro che infrequente e si verifica in tutti i casi in cui il mutamento delle circostanze originarie si rifletta negativamente sulla fruizione del servizio o sull’utilizzazione dell’opera pubblica. Il fenomeno è comunemente riferibile al problema delle c. d. *sopravvenienze*: dinanzi ad ogni evento sopravvenuto nella fase di esecuzione che alteri le originarie condizioni contrattuali con riflessi sull’equilibrio economico-finanziario si pone il problema di individuare il regime giuridico applicabile.

In tali casi sorge l’interrogativo su quali siano le potestà a disposizione della stazione concedente. Occorre escludere, infatti, che l’amministrazione rimanga indifferente dinanzi al pericolo che l’interesse pubblico possa restare compromesso. Allo stesso tempo, tuttavia, proprio la natura pubblica del soggetto concedente ed i caratteri dell’attività amministrativa non sembrano consentire l’uso di poteri di soccorso analoghi a quelli liberamente esplicabili tra soggetti di diritto privato.

La fattispecie delle sopravvenienze risulta, pertanto, ricadere nel regime giuridico di cui all’art. 143, ottavo comma del Codice, secondo cui le variazioni dei presupposti e delle condizioni di base che determinano l’equilibrio economico degli investimenti e della gestione “*apportate dalla stazione appaltante [...], nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l’esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell’equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni*”.

¹² Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario* (punto 2.1.2), *cit.*, p. 7

Occorre escludere, pertanto, l'esistenza di un obbligo generale di conservazione dell'equilibrio economico-finanziario, per cui ad ogni variazione dell'equilibrio originario delle prestazioni segua l'obbligo di revisione contrattuale, ed ammettere l'applicazione della norma solo nelle ipotesi tassativamente previste dalla disciplina del Codice. Merita precisare, in proposito, che le variazioni dell'equilibrio del piano debbono costituire la conseguenza di scelte direttamente imputabili alla stessa amministrazione, oppure scaturire da modifiche normative, ed in ogni caso riferibili alle ipotesi comunemente ascritte alla categoria del *factum principis*.

Tanto significa osservare che il diritto del concessionario di chiedere la revisione contrattuale non sembra esercitabile ogniqualvolta l'equilibrio del piano non risulti imposto dalle scelte pubbliche e dalla violazione di clausole convenzionali. L'impresa concessionaria non può, pertanto, chiedere di rinegoziare le condizioni contrattuali allorché attraversi una fase di difficoltà finanziaria per fattori estranei a comportamenti della pubblica Amministrazione, inclusi quelli legati al c. d. *rischio della domanda*, né può chiedere alla stazione concedente di assumere scelte e decisioni che non scaturiscano direttamente dall'adempimento degli obblighi convenzionali.

Allo stesso tempo, tuttavia, rispettate le condizioni poste dalla norma, pare ingiustificato limitarne l'applicazione alla sola fase di gestione ed esecuzione contrattuale, lasciando così fuori quella relativa alla costruzione dell'infrastruttura. Le perplessità ingenerate dalla lettura della disposizione, infatti, paiono superabili se consideriamo che la stessa norma richiama, a fianco della gestione, anche gli *'investimenti'*. Del resto, al di là del suddetto dato esegetico, appare improbabile che, effettuate le indagini in sede di progettazione preliminare previste dall'art. 93, terzo comma, dello stesso Codice, non sia applicabile il principio generale di cui all'art. 1664 c. c., che riconosce all'esecutore dell'opera il diritto a percepire un *equo compenso* nel caso di difficoltà di esecuzione dell'opera per cause geologiche o simili. La disposizione, riferita invero al contratto di appalto di diritto comune, appare applicabile, altresì, ai contratti pubblici di appalto e concessione in virtù delle norme di cui all'art. 2, quarto comma, e 3, undicesimo comma, del Codice. Infine, merita ricordare che la disposizione di cui all'art. 176, quinto comma, lett. *a*, dello stesso Codice, seppur riferita all'ipotesi peculiare del *general contractor*, allorché attribuisce al contraente generale la responsabilità dell'esecuzione dell'opera, pone espressamente a carico del soggetto aggiudicatore le eventuali varianti indotte, oltre che dalle ipotesi riferibili al *factum principis*, altresì, dalla *'sorpresa geologica'*.