

Capitolo 1.....	2
Definizione del fenomeno del project financing e rapporti con il dialogo competitivo	2
1.1 Premessa: origini e finalità dell’istituto	2
1.2 La finanza di progetti in Italia nell’ambito del PPP (<i>Partenariato Pubblico-Privato</i>).....	14
1.3 La definizione del fenomeno del <i>project financing</i>	26
1.4 Le caratteristiche dell’istituto	32
1.5 Compatibilità tra dialogo competitivo e <i>project financing</i>	38
Capitolo 2.....	46
Il project financing sotto la vigenza della Merloni ter.....	46
2.1 I limiti alla concessione ex L. 415/98	46
2.2 Il dibattito dottrinale al modulo concessorio ex L. 415/98.....	49
2.3 La disciplina comunitaria ex Dir. n. 93/37/CEE e la Comunicazione interpretativa n. 94/4.....	52
2.4 La disciplina liberalizzatrice della durata della concessione e del prezzo ex art.19 della L. 166/02.....	57
2.5 Il diritto di prelazione del promotore nel sistema della concorrenza.....	63
Capitolo 3.....	73
Il Project financing nella Merloni quater.....	73
3.1 Introduzione alla Merloni-quater: la L. Finanziaria 2002.....	73
3.2 La Merloni-quater	77
3.3 Le modifiche agli artt. 37-bis e ss. in tema di promotore finanziario e società di progetto	79
3.4 Segue: il promotore d’infrastrutture e la società di progetto del contraente generale.....	91
Capitolo 4.....	98
La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo decreto correttivo....	98
4.1 Premessa	98
4.2 Il coinvolgimento di terzi nella programmazione: il promotore monofasico	101
4.2.1 (segue) Il criterio per comparare le offerte	112
4.2.2 (segue) L’iter procedimentale del procedimento monofase	117
4.3 Il promotore bifasico.....	122
4.4 Il promotore additivo	128
4.5 La dichiarazione di pubblico interesse.....	134
Bibliografia	138

Capitolo 1

Definizione del fenomeno del project financing e rapporti con il dialogo competitivo

1.1 Premessa: origini e finalità dell'istituto

Il *project financing*, ossia (per utilizzare l'espressione impiegata dal legislatore) la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione¹, costituisce un modello per il finanziamento e la realizzazione di opere pubbliche del tutto nuovo nella disciplina di settore che, nelle aspettative dei suoi sostenitori, dovrebbe porre rimedio alla scarsità di fondi pubblici e al *gap* infrastrutturale che divide l'Italia dagli altri Paesi industrializzati². Il *project financing* nasce e viene disciplinato nell'ambito dei sistemi giuridici di *common law*³, e più precisamente nasce negli Stati Uniti negli anni '20 e viene inizialmente impiegato nei settori petrolchimico e petrolifero, e solo successivamente si è diffuso anche negli ordinamenti come il nostro

¹ A. VACCA, C. SOLUSTRI, *Il project financing per le opere pubbliche*, Esselibri, Napoli, 2003, 3

² C. MALINCONICO, *Il project financing*, in Trattato dei contratti pubblici, a cura di Sandulli, De Nicolis e Garofoli, Milano, 2005, 3 e ss.

³ G.B. NUZZI, *Il project financing in Italia: esperienze e prospettive*, in *Dir. comm. intern.*, 1998, p. 695

di *civil law*⁴. In buona sostanza - come afferma un autorevole studioso - il *project financing* è: “un’operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare il flusso di cassa dell’unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell’unità economica come garanzia collaterale del prestito”. Questa definizione mette in luce le caratteristiche dell’operazione di *project financing*:

- a) idoneità dell’attività economica finanziata a produrre flussi di cassa di segno positivo sufficienti a coprire i costi operativi;
- b) restituire le somme ricevute in prestito per la realizzazione del progetto e fornire un apprezzabile margine di profitto al promotore⁵ dell’iniziativa⁶.

Dal punto di vista prettamente economico-finanziario quanto sopra delineato altro non è che una tecnica di finanziamento alternativa rispetto alle tradizionali forme di finanziamento di impresa. Se per il finanziamento di impresa generalmente le banche analizzano

⁴ G.L. RABITTI, *Project finance e collegamento contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 224

⁵ C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in U. Draetta-C. Vaccà, *Il project financing*, Milano, 1997, p. 4;

⁶ G. FALCONE, *Finanziamento delle infrastrutture e intervento del capitale privato nel campo delle opere di pubblica utilità*, in W. Ternau, *Project Financing. Aspetti economici, giuridici, fiscali e contrattuali*, Milano, 1996, p. 78

l'affidabilità creditizia di un soggetto economico in proporzione alla consistenza patrimoniale dell'impresa e in base alla titolarità dell'impresa di beni sui quali garantirsi; nelle operazioni di *project financing* la banca, viceversa, accentra la propria attenzione sulla qualità del progetto che le viene prospettato al solo scopo di verificare la capacità di tale progetto di generare un flusso di cassa in grado di rimborsare il prestito erogato⁷, in quanto con il *project financing* si finanzia non una persona bensì un progetto, un'idea. Pertanto, l'attenzione dei finanziatori si pone sulle previsioni di *cash-flow* generate dal progetto e quindi la principale garanzia, ma non l'unica, è costituita dai profitti che l'opera sarà in grado di generare una volta giunta a compimento; in buona sostanza laddove normalmente i finanziatori sopportano solo il rischio della solvibilità del mutuatario il c.d. *corporate risk*, nel *project financing* essi condividono anche i fondamentali rischi sulla buona riuscita dell'impresa⁸. Quindi, per costruire operazioni di *project financing*

⁷ U. DRAETTA, *Project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Dir. comm.*, 1994, p. 497

⁸ La Finanza di Progetto (o *project financing*) è in generale un concetto proveniente dall'economia aziendale, ove è definito come operazione la quale finanzia una particolare unità economica, che consente al finanziatore, sin dall'inizio, di fare affidamento su un certo flusso di cassa e su un certo livello di utili ipotizzati sufficienti a consentire il rimborso del prestito concesso per realizzarla. In altri termini, volendo realizzare un progetto, di solito di impegno assai rilevante, che trascende le capacità del singolo operatore, e comunque del patrimonio di chi vi partecipa, si realizza un'apposita struttura per procedere: la struttura stessa realizzerà il

servono delle banche in grado di valutare i progetti e di strutturare le forme e le tecniche finanziarie ottimali per massimizzare il *cash-flow* ed i parametri di redditività: l'opposto della gestione assicurativa del credito che sinora è prevalsa nel nostro paese. Per entrare in operazioni di *project financing* le banche devono sviluppare competenze e tecniche operative finora assenti nel mondo bancario, passando dalla *corporate finance* al *project finance*: in pratica significa passare dal finanziamento d'impresa al finanziamento di progetto⁹. Dal punto di vista più strettamente giuridico il *project financing* è “una sommatoria di singoli contratti (contratti di fornitura, di appalto, di finanziamento, di garanzia, di società, di concessione, di gestione, di *management*) che ne costituiscono la struttura¹⁰“, vi è chi lo definisce anche “uno schema

progetto in questione, ne introiterà i flussi di cassa e potrà con gli stessi sia remunerare l'imprenditore sia restituire i finanziamenti ottenuti. Nulla impedisce poi che la Finanza di Progetto venga applicata come tale alla realizzazione di opere pubbliche, e a tal fine il legislatore vi ha dedicato una disciplina apposita, prevista a livello nazionale dapprima nell'art. 37-bis, L. 11 febbraio 1994, n. 109, e negli articoli successivi, ed ora sostituita dagli artt. 152,160, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. In termini soltanto descrittivi, la procedura di Finanza di Progetto applicata ad un'opera pubblica comprende tre distinti momenti: in un primo tempo, l'amministrazione individua il soggetto cd. promotore, ovvero colui il quale, presentando un compiuto progetto ed una correlativa offerta, si dice disponibile a realizzare in proprio l'opera; in un secondo tempo, attraverso una gara, l'amministrazione seleziona alcuni altri operatori i quali offrono identica disponibilità; da ultimo, attraverso una procedura negoziata, mette a confronto il promotore con altri soggetti selezionati, invitandoli a migliorare le rispettive offerte, per poi scegliere all'esito. T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. I, 18/01/2007, n.87

⁹ A. IMPERATORI, in *Commentario*, a cura di A. Carullo-A. Clarizia, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, tomo II, Padova, 1999, p. 1130

¹⁰ M. MISCALI *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, in U. Draetta-C. Vaccà, *Il project financing*, Milano, 1994, p. 84 ss

multi-contrattuale invalso nella prassi del commercio internazionale, che designa una particolare fonte di finanziamento di progetti industriali di grosse dimensioni, con ripartizione dei rischi tra una molteplicità di soggetti¹¹“. Scopo ulteriore che perseguono le parti mediante lo schema del collegamento negoziale è rappresentata dal “frazionamento del rischio derivante dalla realizzazione del progetto¹²“.

Il *Project Financing* nasce negli ordinamenti anglosassoni¹³, ma ha trovato rapida affermazione in molti altri paesi, dove il suo contributo alla realizzazione di opere di interesse generale, assume sempre maggiore rilievo.

Autorevole dottrina ha definito il *Project financing* come: “la possibilità di realizzare opere pubbliche mediante l’individuazione e l’utilizzo di risorse a totale o parziale carico di soggetti privati”¹⁴

In tale approccio due fattori assumono rilevanza essenziale¹⁵:

¹¹ U. DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Dir. comm.*, 1994, p. 499

¹² G.L. RABITTI, *Project finance e collegamento contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 241

¹³ L’istituto è di matrice anglosassone (ma di diffusione anche in Francia, Portogallo, Brasile, ecc.), anche se la sua attuazione differisce dal modello originario per un ruolo pregnante del promotore anche nell’esecuzione e gestione (e non solo nella promozione dell’opera da realizzarE) Cfr. A. De Roberto, *Commento agli articoli 37-bis-37-quater della Legge 109/94*, in AA.VV., *Commento alla Legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter*, Milano, Giuffrè, 1999, 600, nota 1.

¹⁴ Cfr CARINGELLA in AA.VV. *La nuova legge sui lavori pubblici- Commentario* a cura di F. CARINGELLA, 1999, 1245.

1. I flussi di cassa derivanti dal progetto, i quali costituiscono la principale garanzia per il rimborso del finanziamento al sistema creditizio;
2. La gestione dei rischi legati all'iniziativa, la quale permette di limitare la possibilità che i flussi di cassa previsti vengano meno.

La sostenibilità economico-finanziaria del progetto, quindi, è valutata dai finanziatori principalmente (ma non esclusivamente) per la sua capacità di generare flussi, a fronte di un determinato livello di rischio, piuttosto che sul merito creditizio dei singoli azionisti.

Tutto ciò ha precise conseguenze, dal punto di vista organizzativo e contrattuale.

Il finanziamento, infatti, non è diretto ad un soggetto preesistente, bensì a beneficio di una “società di progetto” (anche detta SPV, *Special Purpose Vehicle o Project Company*), all'uopo costituita, la cui esclusiva finalità è la realizzazione e la gestione del progetto stesso.

¹⁵ La finanza di progetto è un approccio multidisciplinare, teso al finanziamento, realizzazione e gestione di specifici progetti di infrastrutture e opere di pubblica utilità, caratterizzati da ampi livelli di complessità, tali da ricorrere ad un elevato coinvolgimento di finanziamenti provenienti dal settore bancario. De Roberto A., *op. ult. cit.*

La società di progetto è un'entità giuridicamente distinta da quella del soggetto promotore dell'iniziativa, con la conseguente separazione dei flussi generati dal progetto da quelli relativi alle altre attività del promotore¹⁶.

Inoltre, la costituzione di una SPV consente agli enti finanziatori l'applicazione di formule di controllo molto stringenti e l'imposizione di vincoli contrattuali e societari necessari alla strutturazione di un'operazione di *project financing*.

È possibile sintetizzare le principali caratteristiche del *Project Financing* come segue:

- Il progetto è valutato dai finanziatori principalmente riguardo alla sua capacità di generare flussi di cassa;
- I flussi di cassa, connessi alla gestione del progetto, costituiscono la fonte primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio;

¹⁶ Il duplice risultato è che, in caso di fallimento del progetto, il finanziatore non potrà rivalersi su beni del promotore diversi da quelli di proprietà della società di progetto e, simmetricamente, in caso di fallimento del promotore la società di progetto continuerà ad esistere perseguendo le proprie finalità. Inoltre, la costituzione di una SPV consente agli enti finanziatori l'applicazione di formule di controllo molto stringenti e l'imposizione di vincoli contrattuali e societari necessari alla strutturazione di un'operazione di PF. Cfr. CARINGELLA, in Prefazione a *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, Commentario*. A cura di F. CARINGELLA/G. DE MARZO, IPSOA, 2000, 12.

- Al fine di isolare i suddetti flussi di cassa dalle altre attività degli azionisti è costituita un'apposita Società di Progetto che ha il compito di sviluppare l'iniziativa e di beneficiare delle risorse finanziarie necessarie alla sua realizzazione;
- La fase di gestione dell'opera costituisce un elemento di primaria importanza (al pari della sua costruzione), giacché soltanto una gestione efficace e qualitativamente elevata consente di generare i flussi di cassa necessari a soddisfare banche ed azionisti;
- Le principali garanzie connesse all'operazione sono di natura contrattuale piuttosto che di natura reale;

La struttura dell'operazione è definita a seguito di un processo di negoziazione tra i diversi soggetti coinvolti (azionisti, banche, controparti commerciali) con particolare attenzione alla ripartizione dei rischi dell'iniziativa tra i diversi partecipanti.

Aspetti qualificanti sul piano economico di un'operazione di *project financing* sono i seguenti:

- a) la finanziabilità del progetto, ossia la sua attitudine a produrre nel suo ciclo vitale un flusso di cassa (*cash flow*) sufficiente a coprire i costi operativi, remunerare i finanziatori e fornire un congruo

marginale di profitto al promotore dell'operazione: si suole dire che il progetto deve essere *self-liquidating*;

b) la concentrazione del finanziamento in un autonomo centro di riferimento giuridico e finanziario (*Special Purpose Vehicle*: spesso una società di progetto), cui vengono affidati i mezzi finanziari e la realizzazione del progetto, con conseguente separazione (*ring fence*) giuridica e finanziaria del progetto dagli *sponsors*, il che si concreta in una collocazione fuori bilancio (*off-balance sheet financing*) del *project financing* rispetto alle altre attività dei promotori o degli azionisti dell'eventuale società di progetto;

c) la costituzione a favore dei finanziatori esterni dell'iniziativa di "garanzie indirette", basate su una vasta gamma di accordi tra le parti interessate al progetto fondati a loro volta sugli studi di fattibilità del progetto, sul piano economico-finanziario, con i relativi flussi di realizzo e sulle analisi del rischio, con la conseguenza che la possibilità di rivalsa dei finanziatori e degli altri creditori (appaltatori dei lavori, delle forniture, ecc.) nei confronti degli *sponsors* rimane limitata al valore delle attività finanziate.

Per quanto concerne l'inquadramento giuridico dell'istituto, è stato osservato che, nel nostro ordinamento giuridico, il *project financing*

si configura come una tecnica di finanziamento non suscumbibile in una categoria contrattuale tipica, rappresentando invece la “sommatoria di singoli contratti (contratti di fornitura, di appalto, di finanziamento, di garanzia, di società, di concessione di costruzione e gestione/di management) che ne costituiscono la struttura”. In questa prospettiva, si ritiene che l’impiego del *project financing* non richieda tanto una disciplina *ad hoc*, quanto la valorizzazione del “collegamento negoziale” che si genera tra i rapporti contrattuali che, a diverso livello, si concentrano intorno all’operazione di finanziamento¹⁷.

L’intervento da parte dell’ente pubblico può assumere diverse forme, dall’erogazione di finanziamenti a fondo perduto o, comunque, agevolati alla costituzione di garanzie a favore dei finanziatori del promotore.

Il concorso dell’ente concedente è già previsto nel secondo comma dell’art. 19 della legge quadro, ove si prevede che “qualora nella gestione siano previsti prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati, il soggetto concedente assicura al concessionario il perseguimento dell’equilibrio economico-finanziario degli

¹⁷ G. RABITTI, *Project Finance e collegamento contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1996, II, 224 ss.

investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare, anche mediante un prezzo che comunque non può superare il 50 per cento dell'importo totale dei lavori ed il cui pagamento avviene a collaudo effettuato”.

Peraltro deve ritenersi che la previsione dell'art. 19 superi la disposizione dell'art. 19 sia sotto il profilo quantitativo (limite del 50% dell'importo dei lavori) che sotto il profilo qualitativo, poiché il concorso dell'ente pubblico può realizzarsi in forme diverse dalla corresponsione di un prezzo (ad. esempio, come ricordato, attraverso la garanzia del promotore nei confronti dei finanziatori).

Vale la pena di sottolineare che tale forma di concorso di capitali pubblici è sostanzialmente diversa dalla sottoscrizione del capitale di rischio (azioni dell'eventuale società di progetto) o del capitale di debito da parte di enti pubblici, i quali, in quest'ultima ipotesi, assumono la veste di finanziatori” del progetto.

Secondo la giurisprudenza amministrativa¹⁸ il *project financing* non rappresenta un istituto autonomo e sottratto ai principi in materia di affidamento dei lavori pubblici, ma un sistema di realizzazione di questi ultimi che si basa sulle comuni norme che regolano la

¹⁸ T.A.R. Toscana Firenze, Sez. II, 18/10/2007, n.3282

concessione, con la peculiare caratteristica secondo la quale il soggetto che sarà individuato come concessionario all'esito della procedura negoziata non può essere sottoposto a regole diverse a seconda della circostanza che si tratti del promotore o di uno dei soggetti selezionati a seguito della licitazione privata. La procedura negoziale ha, infatti, un'indubbia natura concorsuale fra soggetti preselezionati nelle diverse fasi della procedura complessa. Come tale, pertanto, non si sottrae ai principi di par condicio nonchè di economicità e speditezza delle operazioni concorsuali

1.2 La finanza di progetti in Italia nell'ambito del PPP (*Partenariato Pubblico-Privato*)

La persistente mancanza di fondi ed il bisogno di capacità ideativa della “*macchina pubblica*” ha indotto il Legislatore ad introdurre un sistema indiretto di realizzazione dei lavori pubblici¹⁹, contraddistinto dalla ricerca all'esterno sia delle risorse progettuali che di quelle finanziarie²⁰.

Con la Legge 415/1998, sono stati inseriti nel testo della Legge Merloni (n. 109/1994) gli articoli da *37-bis* a *37 nonies*; infatti, sulla scorta dell'esperienza anglosassone, ha trovato, in virtù di questo inserimento, applicazione nel nostro ordinamento l'istituto del *projet financing*²¹.

Un istituto²² che, a regime, diviene tipicamente concessorio, ma che nella sua fase genetica trova molti degli elementi tipici dell'amministrazione per accordi.

¹⁹ Cfr. M. MIGUIDI, *Appalti di lavori pubblici*, Giuffrè, Cosa & Come, dicembre 2000.

²⁰ Cfr. E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, 565, ove viene data la definizione di “sistema per l'esecuzione delle opere pubbliche caratterizzato dal ricorso al finanziamento dei privati”.

²¹ M. MIGUIDI, *op. ult. cit.*, 608 ss.

²² Con terminologia più descrittiva: “*progetto che si (auto) finanzia*” Cfr. CRESPI, *Opere pubbliche, risorse private*, in *Il Sole 24-Ore*, 29 aprile 1998.

È senza dubbio, infatti, in via di superamento la concezione dell'attività delle pubbliche amministrazioni *costruita come esercizio di poteri pubblici, ove l'autorità entrava in contrapposizione dialettica con la libertà dei cittadini e delle imprese*. A questa concezione si è sostituita una filosofia concordata dell'amministrare²³.

A ben vedere, tuttavia, non si tratta solo di un passo nel futuro ma anche del recupero del passato²⁴.

Una questione rilevante, si pone circa l'eventuale differenza nel finanziamento dell'opera.

Com'è noto, difatti, nella concessione il finanziamento può venire:

- dalla sola gestione²⁵;
- dalla gestione e, in misura non prevalente, da un prezzo corrisposto dall'Amministrazione, a fronte del controllo o dell'amministrazione delle tariffe.

²³ Autorevole dottrina sostiene che ove «non si ha più la sola iniziativa dell'amministrazione, non è tutto subordinato ad una solitaria scelta dei pubblici poteri che chiamano i privati a concorrere a realizzare un'intrapresa della quale i poteri pubblici conservano ogni disponibilità», prevedendosi piuttosto casi i cui «l'iniziativa deve partire e parte dal settore privato che soccorre quello pubblico con sue proposte operative». Cfr. F GARRI, *Project financing e performance bond*, in Appalti, urbanistica, edilizia, 1999, n.5, 259 s..

²⁴ Come è stato autorevolmente ricordato, già nel secolo scorso «fra il 1840 ed il 1860, gran parte della rete ferroviaria europea fu realizzata con tecniche di finanziamento simili a quelle che oggi si vanno sviluppando» o che «andando molto più indietro nel tempo, (...) perfino i viaggi dei grandi navigatori (...) furono intesi come investimenti, perché avrebbero assicurato ricchezze tali da ripagare ampiamente i loro finanziatori». Cfr. A.COLETTA, *Project financing nell'esperienza italiana*, in Appalti, urbanistica, edilizia, 1999, n.5, 261 s.

²⁵ Sulla concessione cfr. M. MIGUIDI, *Appalti di lavori pubblici*, Giuffrè, Cosa & Come, dicembre 2000, p. 587 ss.

Secondo una prima impostazione²⁶, il diritto scaturente dall'affidamento consisterebbe unicamente nella gestione funzionale e nello sfruttamento economico dell'opera. Queste rappresenterebbero la controprestazione; tale teoria tiene conto che l'articolo 37-bis fa unico riferimento all'art. 19, comma 2, ove è ipotizzata esclusivamente tale modo di finanziamento.²⁷

Altri sostengono invece che l'iniziativa potrebbe essere incentivata tramite agevolazioni fiscali, tariffe incentivate nella fase di avvio o per tutta la durata della concessione, permuta di aree, ecc²⁸.

Per di più, com'è stato osservato, il *project financing* non ha una propria autonomia giuridica²⁹, costituendo piuttosto una «tecnica di finanziamento», attraverso una sommatoria di contratti (appalto, finanziamento, garanzia, società, management, concessione, ecc.); tale dottrina ritiene che così ragionando ci si troverebbe in presenza

²⁶ Cfr. M. ZOPPOLATO, *Il project financing*, in De Roberto A., *Commento agli articoli 37-bis-37-quater della Legge 109/94*, in AA.VV., *Commento alla Legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter*, Milano, Giuffrè, 1999, 600.

²⁷ A. DE ROBERTO, *Commento agli articoli 37-bis - 37-quater della Legge 109/94*, in AA.VV., *Commento alla Legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter*, cit., 1999, 601.

²⁸ La Dottrina ritiene che alla possibilità di corrispondere un prezzo, tuttavia, pare potersi giungere osservando che il medesimo articolo 37-bis, in realtà parla espressamente di «risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori», e che il secondo comma dell'articolo 19 della Legge (pur citato al solo scopo di identificare il contratto di concessione) tratta anche dell'ipotesi della corresponsione di un prezzo. F.CARINGELLA, in AA.VV. *La nuova Legge quadro sui lavori pubblici*, Milano 1999, 1245 ss.

²⁹ Cfr. M.ZOPPOLATO, *op ult.cit*, 566.

di una evoluzione economica e non giuridica della concessione³⁰ di lavori pubblici.³¹

La procedura, sinteticamente, è caratterizzata da due passaggi:

1. Procedura di gara, sulla base del progetto preliminare di un soggetto promotore, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
2. Procedura negoziata fra le due migliori offerte (economicamente più vantaggiose) individuate sulla base del precedente passaggio, oltre che con il promotore, che partecipa di diritto.

Al di là dell'eteronomia dell'iniziativa concreta, va detto comunque che la programmazione dell'intervento costituisce condizione indispensabile per l'avvio della procedura.

Pertanto, l'art. 14 della legge quadro inserisce i lavori finanziati con prevalente capitale privato fra quelli *ex lege* prioritari fra quelli inseriti nel programma dei lavori pubblici.

³⁰ «Il project financing è una tecnica finanziaria abbastanza comune nel mondo anglosassone attraverso la quale, anziché un soggetto economico, viene finanziato un progetto di un intervento che è in grado di produrre flussi di cassa tali da poter remunerare i finanziatori ed ovviamente dare un reddito», COLETTA *Il project financing pubblico nella Merloni-ter*, in *Nuova rassegna*, 1999, n.4, 353 ss.

³¹ La dottrina ha sostenuto che il project financing *si basa [..] sulla valutazione economica e finanziaria delle prospettive reddituali e dei flussi di cassa attesi da una specifica iniziativa, indipendentemente da chi la proponga o realizzi»; Falcone G. Cfr. COLETTA op.ult.cit. 43..*

In Italia le prime operazioni di finanza di progetto sono state realizzate a seguito della liberalizzazione del mercato della produzione dell'energia elettrica, delineata agli inizi degli anni novanta dalla legge 9/91 e dalla legge 10/91.

Secondo stime fornite dall'Associazione Bancaria Italiana, tali operazioni hanno permesso la realizzazione di impianti di cogenerazione per un controvalore stimato di circa 5 miliardi di Euro.

Tutto ciò ha fornito la prova tangibile dell'applicabilità della finanza di progetto alla realtà italiana³² ed ha aperto la strada all'applicazione di tali tecniche nell'ambito delle infrastrutture di pubblico servizio.

Tutto ciò ben si allaccia all'idea di partenariato pubblico-privato (PPP); esso esprime un concetto ampio che ricomprende una vasta gamma di modelli di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato.

³² Il ricorso ad uno strumento introdotto appositamente per favorire la partecipazione di investitori privati nella realizzazione di opere pubbliche è, d'altra parte, una scelta quasi obbligata per un paese come l'Italia, il cui livello di infrastrutturazione è al di sotto di quello degli altri partners dell'Unione Europea e in cui solo recentemente è stata favorita la partecipazione privata in settori storicamente pubblici. Cfr. CARINGELLA, *op.ult.cit.* 54.

Il ricorso al PPP, attraverso le sue diverse metodologie attuative può, in generale, essere invocato in tutti quei casi in cui il settore pubblico intenda realizzare un progetto che coinvolga un'opera pubblica, o di pubblica utilità, la cui progettazione, realizzazione, gestione e finanziamento - in tutto o in parte - siano affidati al settore privato.

Numerose sono le ragioni per cui il ricorso al PPP può dare oggi, in Italia, un importante contributo al processo di modernizzazione del Paese. Tra queste, in particolare, vale menzionare:

- La possibilità di incrementare la dotazione infrastrutturale del Paese a parità di risorse pubbliche impegnate, grazie all'apporto di risorse private addizionali ovvero la possibilità di liberare risorse pubbliche da impiegare in quei settori in cui i servizi di pubblica utilità sono ancora carenti³³;
- Una più attenta fase di programmazione, l'adozione di procedure di gara trasparenti, una migliore allocazione dei rischi, attraverso un'opportuna contrattualizzazione delle rispettive responsabilità.

³³ Si prenda come esempio il risultato ottenuto dal governo britannico che alla fine del 1992 diede avvio alla c.d. Private Finance Initiative (PFI), un programma teso a creare un contesto istituzionale favorevole al coinvolgimento dei privati nella realizzazione di investimenti pubblici attraverso l'erogazione di concessioni di costruzione e gestione in presenza di condizioni di convenienza economica per il settore privato e di ottimizzazione di costi per il settore pubblico. DE ROBERTO, *op. ult. cit.* 43.

Condizioni, queste, dirette a consentire una più efficiente (anche in termini di tempi) costruzione e gestione dell'opera, funzionale alla prestazione di servizi di pubblica utilità qualitativamente migliori;

- Una maggiore trasparenza dei costi complessivi di gestione dei servizi, idonea ad innescare meccanismi che stimolino un'effettiva concorrenza sui costi di gestione e volta a consentire una progressiva riduzione degli stessi;
- Un'ottimizzazione dell'uso delle risorse disponibili, capaci di generare un circolo virtuoso tra spesa pubblica e prestazioni di servizi pubblici (miglioramento dei servizi di pubblica utilità erogati a parità di spesa pubblica) in funzione della qualità delle opere pubbliche.

Queste motivazioni non sono state, finora, tutte apprezzate in eguale misura.

In particolare, si può forse evidenziare una tendenza a valorizzare solo il primo dei fattori elencati, a danno degli ulteriori elementi che, invece, rappresentano la reale svolta cui modelli di PPP, se adeguatamente perseguiti, possono dare un contributo assai significativo.

Oltre che dall'effetto di addizionalità delle risorse finanziarie disponibili, originato dal ricorso al settore privato, le pubbliche amministrazioni dovrebbero essere indotte a ricorrere a modelli di PPP per la realizzazione di infrastrutture di pubblica utilità in quanto [...il ricorso a tale strumento può incentivare un miglioramento nella qualità progettuale ed assicurare una contrattualizzazione più adeguata dei servizi per la gestione e la manutenzione delle opere, da cui dipende largamente la loro utilità sociale..]³⁴

È chiaro, peraltro, che il raggiungimento di un tale obiettivo richieda tempi lunghi di maturazione potendo essere definito una sorta di rivoluzione copernicana nella triangolazione tra pubblica amministrazione, settore privato e utenza finale.

Ciò perché la variabile qualitativa è quella che consente la composizione e ponderazione dei diversi interessi in gioco³⁵;

³⁴ Cfr DPEF 2000-2003.

³⁵In quanto progettazione, finanziamento, costruzione e gestione efficienti di infrastrutture destinate al servizio della collettività consentono all'amministrazione, di svolgere la propria funzione nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, che devono caratterizzare l'azione amministrativa (ex art. 1 L.241/90), attraverso una corretta allocazione delle risorse pubbliche - fondi pubblici, risorse umane e strumentali - in funzione della prestazione di servizi pubblici di elevato livello qualitativo;al settore privato, di perseguire il proprio scopo di profitto, incentivando l'innovazione ed in funzione dell'apertura di nuovi settori del mercato, in passato dominio prevalente dalla pubblica amministrazione;all'utente finale, di ottenere servizi di pubblica utilità più efficienti ed in grado di elevare il livello qualitativo della vita nel Paese, senza che ciò comporti ulteriori aggravii fiscali. M.ZOPPOLATO, *op ult.cit*, 566.

Elementi essenziali del PPP sono:

- La partecipazione attiva del settore privato in tutte le fasi della realizzazione dell'infrastruttura e dell'erogazione dei relativi servizi;
- La trasparenza e la tutela della concorrenza nella gestione delle procedure di gara;
- L'ottimizzazione dei costi per il settore pubblico (*value for money*), da intendersi non solo come costo effettivo di realizzazione dell'infrastruttura, ma anche della gestione della stessa in funzione dei servizi da prestare all'utenza;
- Il trasferimento di livelli di rischio al settore privato, identificando il soggetto più idoneo a sopportarne gli effetti e in funzione dell'ottimizzazione della loro gestione.

Per tornare alla nozione di *finanza di progetto*, la dottrina ritiene che essa sia relativa a tutte le opere autofinanziate: nella quali, cioè, la remunerazione deriva almeno in parte dalla gestione delle opere affidate in concessione³⁶.

Il Consiglio di Stato ha precisato che il *project financing*, è una tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di

³⁶ Cfr D. STERRANTINO, Consigliere del ministero infrastrutture e trasporti in *L'istituto della finanza di progetto alla luce della nuova normativa* in www.cantieritalia.it.

opere pubbliche senza oneri finanziari per la p.a., dall'altra si sostanzia in un'operazione economico-finanziaria, idonea ad assicurare utili che consentano il rimborso del prestito e/o finanziamento e la gestione proficua dell'attività. Tale fisionomia dell'istituto comporta l'impossibilità di mutare l'impostazione strutturale della proposta del privato dopo l'approvazione, perché tanto rischierebbe di alterare i profili di equilibrio economico-finanziario dell'operazione, introducendo elementi d'incertezza³⁷.

È stato sottolineato, comunque, che la proposta di un promotore costituisce una procedura alternativa alla partecipazione ad una gara bandita dal concedente ai sensi degli artt. 20 e 21 della Legge Merloni, che comporta, come esito finale, l'affidamento di una concessione: pertanto il promotore affidatario ed il concessionario individuato all'esito di una "normale" gara di concessione si trovano esattamente nella stessa posizione contrattuale³⁸.

³⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 09/06/2005, n.3043

³⁸ Vi sono però numerosi aspetti che caratterizzano la concessione in parola rispetto all'ipotesi ordinaria; in via principale possiamo così sicuramente indicare: il ruolo d'iniziativa assunto dal privato; la redazione della progettazione preliminare da parte del promotore (sia pure con il possibile concorso dell'amministrazione); la figura del promotore, che può essere costituita, oltre che dai soggetti contemplati in via generale dalla Merloni per l'esecuzione e la progettazione delle opere, anche da soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi e gestionali; la modalità di selezione dello stesso promotore. Cfr D. STERRANTINO, *op.cit.*

Per uscire da un equivoco ricorrente, si deve chiarire³⁹ che il *project financing* ad iniziativa privata, regolato dagli artt. 37-bis e ss. della Legge e il *project financing* ad iniziativa pubblica, regolato dall'art. 20, comma 2 della Legge, sono, di fatto, schemi procedimentali finalizzati all'individuazione di un concessionario, che fanno uso del contratto di concessione ex art. 19, comma 2 della Legge, e non sono contratti autonomi.

L'affidamento, sia pure contraddistinto da una procedura peculiare, non è di un appalto ma di una concessione per la costruzione e gestione di un'opera pubblica⁴⁰ tant'è che espressamente l'articolo 37-bis della Legge quadro si richiama la conclusione di un contratto di concessione, ai sensi dell'art. 19, comma 2.

Gli elementi che contraddistinguono il *project financing*⁴¹ rispetto alla concessione sono: La procedura di affidamento, che prende le mosse da un'iniziativa eteronoma di un "promotore"; L'imputazione della progettazione preliminare al promotore; La

³⁹M. RICCHI, Esperto legale presso l'Unità Tecnica Finanza di Progetto - CIPE. *La cessione dei beni immobili della p.a. nel project financing dopo la L. 166/2002*, in *Urbanistica e Appalti*, n.2/2003, 136.

⁴⁰ Sulla concessione cfr. cfr. M. MIGUIDI, *Appalti di lavori pubblici*, Giuffrè, Cosa & Come, dicembre 2000, p. 587 ss.

⁴¹ M. ZOPPOLATO, *Il project financing*, in A. DE ROBERTO, *Commento agli articoli 37-bis-37-quater della Legge 109/94*, in AA.VV., *Commento alla Legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter*, Milano, Giuffrè, 1999.

pluralità di soggetti finanziatori che a monte promuovono la realizzazione e che a valle costituiscono un'unica entità economica .

1.3 La definizione del fenomeno del *project financing*

Con l'approvazione della L. 18 novembre 1998, n. 415 – meglio conosciuta come «Merloni - *ter*», perché, per la seconda volta, dopo la L. 2 giugno 1995, n. 266 («Merloni-*bis*»), ha modificato e integrato la legge quadro in materia di lavori pubblici («Merloni») - anche il nostro ordinamento, a seguito di lungo e travagliato *iter* parlamentare, è pervenuto a riconoscere esplicitamente e a disciplinare con una normativa *ad hoc* il fenomeno del *project financing* o, con formula nostrana, «finanza di progetto»⁴².

In dottrina non è mancato, tuttavia, chi ha ritenuto che la nuova normativa - e in particolare gli artt. 37 *bis* - 37 *nonies*, aggiunti alla legge n. 109/1994 dall'art. 11 della «Merloni-*ter*», piuttosto che riconoscere e disciplinare il *project financing* come fattispecie autonoma, sia intervenuta a creare solo alcune condizioni di base per l'applicazione del *project financing* alla realizzazione di opere pubbliche, disciplinando di tale fenomeno essenzialmente il momento propositivo (attorno alla figura del «promotore»), e genetico (attorno alla fattispecie della «concessione di costruzione e gestione»), nonché alcune situazioni di «contorno» che risultano

⁴² M. RICCHI, *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 153

sicuramente tipiche al *project financing* ma che, di per sé, non giovano in alcun modo a descrivere o a identificare con precisione il fenomeno⁴³.

Invero, passando in rassegna uno ad uno gli artt. 37 *bis* - 37 *nonies* che conterrebbero la disciplina italiana del *project financing*, è facile notare come il fenomeno, oltreché non descritto - e tanto meno definito - non risulti, di per sé, neppure menzionato⁴⁴.

Secondo la tradizionale definizione del Nevitt⁴⁵, il *project financing* - elaborazione della cultura e delle tradizioni giuridiche del mondo anglosassone ed oggi fenomeno ben noto e consolidato nella pratica degli affari internazionali - è definito «un finanziamento concesso ad una particolare unità economica, soggetto o gruppo, nel quale il finanziatore fa affidamento sui flussi di reddito di quell'unità come fonte di fondi per il rimborso di un prestito e sul patrimonio dell'unità come garanzia per lo stesso».

⁴³ Per queste considerazioni, si veda M. CARRIERE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, 5.

⁴⁴ Cfr. ancora le argomentazioni di Carriere, *Project financing*, cit., 17: «... Ora, si badi, non si vuole qui dire che la nuova normativa non sia innovativa e funzionale al *project financing*; al contrario ... essa getta (alcune) delle basi che sono sicuramente necessarie per lo sviluppo del fenomeno e tale, deve riconoscersi, era l'intenzione del legislatore; tuttavia tale fenomeno rimane ad essere misteriosamente sottinteso dalla norma positiva. Da un punto di vista definitorio o ricostruttivo della fattispecie giuridica del fenomeno ... può pertanto concludersi che nessun aiuto pare venirci da essa, anzi

⁴⁵ NEVITT, *Project financing*, 5ª ed., Londra, 1989, 3, trad. De Sury, Roma, 1988.

Vi è allora chi, autorevolmente, partendo dalla definizione nevittiana del fenomeno, nel riconoscere, ancora una volta, la mancanza di una disciplina legale autonoma a regolare la materia, e volendo assumere i necessari elementi di riferimento per l'individuazione di figure riconducibili all'istituto, ha considerato e definito il *project financing* quale «operazione finanziaria, rivolta ad un investimento specifico per la realizzazione di un'opera pubblica o di interesse pubblico e/o la gestione di un servizio pubblico, su iniziativa di promotori o sponsor anche privati»⁴⁶.

In estrema sintesi il *project financing* può dunque considerarsi una particolare prospettiva finanziaria volta a incentivare l'intervento del capitale (privato) nel finanziamento di singoli progetti, spesso di tipo infrastrutturale (e spesso di valenza pubblica), caratterizzati da un'ingente dimensione dell'investimento finanziario. In base a tale logica finanziaria, i committenti affidano ad un soggetto,

⁴⁶ BALDI-DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, cit., 2. Gli elementi qualificanti dell'operazione possono dunque riassumersi nel: *a*) esistenza di un progetto eseguibile (si tratta, infatti, di finanziamento al progetto e non ai soggetti); *b*) finanziabilità dello stesso in rapporto all'attitudine sua, o dell'opera o del servizio cui è finalizzato, a realizzare entrate sufficienti a fronteggiare gli oneri dell'investimento e in proiezione a remunerarlo con utili d'esercizio; *c*) concentrazione del finanziamento; creazione di un apposito centro di riferimento economico, costituito da una struttura societaria anche in forma di raggruppamento, cui sono affidati i mezzi di finanziamento e la realizzazione del progetto. Resta da notare che, secondo la dottrina prevalente, il *project financing* è prima di tutto una tecnica di finanziamento, non un modo di realizzazione delle opere pubbliche alternativo all'appalto e alla concessione. Cfr. sul punto Pasquini, *Il project financing*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 470, «la disciplina della finanza di progetto è stata ricondotta, impropriamente, nell'alveo della disciplina dei lavori pubblici».

normalmente costituito *ad hoc* - la società di progetto - la realizzazione di un'opera, prevedendosi quale corrispettivo il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente l'opera realizzata per un periodo sufficiente a remunerare il capitale investito.

Così definito, resta ancora da sottolineare come il *project financing*, configurato nelle norme introdotte dalla legge n. 415/1998, debba distinguersi dalla concessione di costruzione e gestione disciplinata dall'art. 19 della legge-quadro, di cui pure costituisce una *species*, oltre che per gli aspetti connessi al diverso procedimento per l'individuazione del concessionario, anche per la sostanziale diversità dei soggetti protagonisti, atteso che il *project financing* si caratterizza per la presenza di una pluralità di finanziatori, che determina la costituzione di un'entità economica distinta e quindi l'intersecarsi di moduli contrattuali differenti [dal contratto d'appalto a quello di garanzia, dalla concessione di costruzione e gestione alla concessione di servizi, di finanziamento, di *engineering*].

La giurisprudenza consolidata rileva che l'istituto del *project financing* consiste essenzialmente in un complesso procedimento di

carattere sostanzialmente unitario, anche se articolato in più fasi distinte: a) in una prima fase, l'Amministrazione, previa valutazione favorevole degli elementi analiticamente indicati dall'art. 37-ter L. n. 109/1994, provvede ad individuare la proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse; b) in una seconda fase provvede, mediante licitazione privata e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 37-quater comma 1 lett. a), della L. n. 109/1994; c) mentre la terza fase consiste, infine, nella procedura negoziata tra il promotore e gli offerenti individuati a seguito dell'espletamento della fase precedente. La sostanziale unitarietà di tale iter è già stata rilevata dalla giurisprudenza, nel senso che le norme sul *project financing* disciplinano la realizzazione di opere pubbliche su iniziativa del promotore secondo un procedimento complesso articolato in varie fasi, che trovano momento culminante nell'aggiudicazione della concessione mediante una procedura negoziata da svolgere fra il promotore ed i soggetti presentatori delle due migliori offerte selezionati mediante apposita gara, ovvero, nel caso in cui alla gara abbia partecipato un

solo soggetto, fra quest'ultimo ed il promotore⁴⁷. In ragione della divisata unitarietà delle procedura preordinata alla conclusiva aggiudicazione della concessione⁴⁸, deve escludersi che il complessivo iter procedimentale possa essere suscettibile di parcellizzata considerazione con riferimento alle diverse fasi che ne compongono lo svolgimento.

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004 n. 6847, 10 febbraio 2004, n. 495, 5 settembre 2002, n. 4468

⁴⁸ In tal senso, si confronti anche Cons. Stato, sez. V, 17 novembre 2006 n. 6727

1.4 Le caratteristiche dell'istituto

La novità di maggiore rilievo della L. 11 novembre 1998, n. 415 è costituita dall'art. 11, il quale ha aggiunto, dopo l'art. 37 della legge-quadro, gli artt. da *37 bis* a *37 nonies*.

Sia pure con le riserve e i dubbi interpretativi espressi in dottrina è indubbio che si tratti di disposizioni che, nel mutare radicalmente l'assetto normativo preesistente, rappresentano un passo in avanti verso la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la p.a., e dunque, per un effettivo ed efficace radicamento della tecnica del *project financing*.

La disciplina legislativa dell'istituto consente pertanto la realizzazione di infrastrutture pubbliche o di pubblica utilità mediante contratti di concessione, avvalendosi di proposte-progetto elaborate da soggetti «promotori» privati e delle risorse finanziarie da questi investite nell'iniziativa. Più in particolare, un soggetto privato, il quale assume la qualità di «promotore»⁴⁹, provvede alla elaborazione di una proposta costituita principalmente da un

⁴⁹ BALDI, *Il Consiglio di Stato e il TAR Toscana sulla forma giuridica del promotore e sulle variazioni del progetto*, nota a Cons. di Stato, Sez. V, 5 settembre 2002, n. 4468 e T.A.R. Toscana, Sez. II, 18 luglio 2002, n. 1547, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 324

progetto preliminare, da un piano economico finanziario⁵⁰ asseverato da un istituto di credito⁵¹, e da altri documenti nei quali dovranno essere indicate le caratteristiche delle opere da realizzare, i relativi costi e le modalità di gestione e/o di sfruttamento economico dell'opera ipotizzate, al fine di attestare la fattibilità economico-finanziaria, oltre che tecnica dell'iniziativa. Confermata dalla pubblica amministrazione la pubblica utilità dell'opus proposto⁵² - una volta valutate la fattibilità sotto il profilo

⁵⁰ Deve essere infatti sottolineata l'importanza del piano economico-finanziario come elemento essenziale della proposta di *project financing*, nonché del successivo rapporto contrattuale che si instaura con l'affidamento della concessione. È, in particolare, logica conseguenza che le modifiche che, ai sensi dell'art. 37 *quater*, 1° comma, lett. a), legge n. 109/1994, la pubblica amministrazione è legittimata ad apportare al suddetto piano economico-finanziario possono unicamente consistere in lievi correttivi, e non in interventi idonei ad snaturare il quadro finanziario proposto dal promotore. In questi termini, cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 2 luglio 2001, n. 4729, in *Urbanistica e Appalti*, 2002, 335, nota di Baldi, *Project financing*: circoscritto il potere dell'amministrazione di incidere sulla proposta; di recente v. T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 23 febbraio 2004, n. 449, in www.giustizia-amministrativa.it. Sul ruolo centrale assunto dal piano di finanziamento, cfr. ancora Cons. di Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916, in *Foro Amm.*, CdS, 2002, 1726, nota di Guzzardo, *Finanza di progetto: ATI futuribile e aggiudicazione con il «con che»*.

⁵¹ Cfr. in dottrina Baldi, *Project financing*: circoscritto il potere dell'amministrazione di incidere sulla proposta, cit., 344: «... L'asseverazione dovrà ... avere ad oggetto, per attestare la coerenza del piano economico-finanziario, non solo gli elementi strettamente economico-finanziari, cioè l'eventuale prezzo massimo che l'amministrazione aggiudicatrice intende corrispondere, l'eventuale prezzo minimo che il concessionario è tenuto a corrispondere per la costituzione o il trasferimento di diritti, l'eventuale canone da corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice ... ma anche quelli strettamente connessi alla gestione, che pure concorrono a determinare il complessivo equilibrio della prestazione, ivi compresi gli elementi relativi ai proventi derivanti dalla gestione non dell'opera pubblica, ma delle opere ad essa collegate».

⁵² In generale, sulla discrezionalità esercitata dall'amministrazione in ordine all'individuazione delle proposte di pubblico interesse, amplius Baldi-De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, cit., 350: «L'esame comparativo indicato nella norma rappresenta una procedura di valutazione preliminare alla gara, volta ad espellere le proposte che prima facie appaiono di difficile attuazione o comunque che, in base all'esame degli elementi della stessa proposta sotto i molteplici profili specificati dalla norma non siano rispondenti al pubblico interesse. Solo in questi limiti ... l'amministrazione può esercitare la propria discrezionalità in ordine all'individuazione delle proposte di pubblico interesse, discrezionalità che non può quindi svolgersi al di fuori di quei parametri di carattere urbanistico, ambientale progettuale,

costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché la qualità progettuale, la funzionalità, la fruibilità dell'opera, nonché ulteriori parametri legislativamente stabiliti - la stessa provvede all'aggiudicazione di una concessione di costruzione e gestione⁵³. A tal fine, le amministrazioni provvederanno, dapprima, ad indire una gara ad evidenza pubblica⁵⁴ finalizzata all'individuazione del concessionario⁵⁵, ponendo a base della stessa il progetto preliminare presentato dal promotore nonché i parametri degli elementi essenziali del relativo piano economico finanziario presentato anch'esso dal promotore. Successivamente si perverrà ad una procedura negoziata tra il promotore e i due concorrenti che

funzionale, di fattibilità, di economicità etc. che rappresentano la base di valutazione delle proposte... L'amministrazione dovrà svolgere un'istruttoria tecnica rigorosa, onde verificare la sussistenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera, di livello comparabile e proporzionato al grado di approfondimento degli studi forniti dal promotore. Non può, quindi, non sottolinearsi la difficoltà per gli uffici tecnici delle amministrazioni di svolgere adeguate istruttorie su tutti gli aspetti rilevanti della proposta».

⁵³ Cfr. ancora BALDI-DE MARZO, *Il project financing* nei lavori pubblici, cit., 353: «... Il positivo riscontro della rispondenza al pubblico interesse della proposta non implica il sorgere di alcun vincolo di tipo contrattuale, ma determina un obbligo procedimentale a carico dell'amministrazione in ordine all'ulteriore corso della procedura per l'individuazione del soggetto che dovrà realizzare l'intervento, cui si ricollega un interesse di natura strumentale tutelabile in sede giurisdizionale, in ordine all'indizione della gara di cui all'art. 37-quater, comma 1, lett. a)».

⁵⁴ Una licitazione privata, ma a seguito delle modifiche introdotte dalla L. 1° agosto 2002, n. 166, può trattarsi anche di appalto-concorso. Da ultimo, sulle modifiche apportate dalla legge n. 166/2002, cfr. LAGUARDIA, *Project financing: definizione, normativa e sviluppo infrastrutturale*, in *Urbanistica e Appalti*, 2004, 394;

⁵⁵ CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge «Merloni-Ter»*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2002, 9: «Questa è una gara strana, una gara dimezzata, o meglio troncata, perché il vincitore di essa non s'aggiudica la concessione ... egli invero ... viene ammesso ad una trattativa (o "procedura negoziata") con l'Amministrazione, in concorrenza con il promotore; in esito alla quale la concessione viene aggiudicata al miglior offerente».

abbiano presentato le offerte migliori nella prima gara⁵⁶. Al fine di realizzare l'opera, l'aggiudicatario potrà costituire una società di progetto (art. 37 quinquies)⁵⁷ che subentrerà nel rapporto di concessione senza necessità di autorizzazione o approvazione alcuna⁵⁸.

L'istituto del *project financing* o finanza di progetto, pur di recentissima introduzione, è stato già oggetto di una continua opera di affinamento normativo. Dalla L. 24 novembre 2000, n. 340, il cui art. 21 ne ha previsto l'utilizzo anche con riferimento alla realizzazione di infrastrutture autostradali, alla L. 1° agosto 2002, n. 166 - che ha apportato, rilevanti modifiche alla legge n. 109/1994,

⁵⁶ Di recente cfr. le argomentazioni di CARANTA, *I contratti pubblici*, in *Sistemi del diritto amministrativo italiano*, diretto da Scoca-Monaco-Morbidelli, Torino, 2004, 110 e segg.

⁵⁷ Ha sostenuto che sia suscettibile di impugnazione da parte dei concorrenti per violazione di legge il bando di gara che taccia sul punto della società di progetto o che addirittura contenga un divieto di costituzione della stessa, MANGIALARDI, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 242. Contra v. PEZZI, *I profili civilistici del «project financing»*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2002, 56: «Più realisticamente va riconosciuta alla prescrizione in esame [art. 37 - *quinquies*, comma 1] la natura di norma imperativa, con la conseguenza che quest'ultima è da ritenersi parte integrante del bando di gara, ancorché non sia stata inserita nello stesso».

⁵⁸ Resta peraltro da chiedersi come sia inquadrabile tale fattispecie di subentro all'interno delle categorie vigenti nel nostro ordinamento. Sul punto, è stato osservato da Protto, *Commento all'art. 37 bis*, in *AA.VV.*, *La riforma dei lavori pubblici*, cit., 779, che l'esigenza perseguita attraverso la norma in parola è quella di conservare una responsabilità in capo all'originario concessionario che al termine della gara è risultato portatore dei requisiti necessari per l'esecuzione dell'opera in questione; la soluzione approntata è allora quella - una volta esclusa la fattispecie della successione nel contratto - di creare una sorta di collegamento negoziale tra il rapporto concessorio e la società di progetto costituita al fine di realizzare e gestire l'opera. In questo modo la p.a. può di fatto disinteressarsi delle caratteristiche del soggetto subentrante non venendo meno il rapporto con l'originario concessionario e derivando *ex lege* l'acquisto in capo alla società di progetto della posizione di quest'ultimo».

sino al D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190, in relazione alle infrastrutture di importanza strategica.

Tali continui «aggiustamenti» rispetto al quadro normativo originario segnalano e riflettono la crescente importanza che il nostro ordinamento sta attribuendo all'istituto, nonché la volontà di collocarlo in una posizione di centralità nell'ambito delle tecniche di realizzazione di opere ed infrastrutture nel nostro Paese.

Il carattere ancora scarno della normativa introdotta all'interno della legge quadro sui LL.PP., tuttavia, lascia ipotizzare, per il futuro - se non l'emanazione di una, da alcuni auspicata, normativa ad hoc - un sempre più necessario e sempre più massiccio apporto giurisprudenziale, a integrazione e interpretazione degli interventi legislativi.

In una struttura normativa che dunque ancora risente di molte lacune e imprecisioni, sia pur con fattispecie concrete radicalmente differenti, la giurisprudenza compie un importante quanto innovativo e necessario passo in avanti, verso il riconoscimento di una finanza di progetto quale procedura che non sfugge - e non poteva essere altrimenti - ai principi che regolano l'attività amministrativa (primo tra tutti il buon andamento e l'imparzialità

dell'operato dell'amministrazione), nonché alle tradizionali e consolidate regole dell'evidenza pubblica e ai principi comunitari in materia di tutela della concorrenza e libertà competitiva.

1.5 Compatibilità tra dialogo competitivo e *project financing*

A seguito della presentazione delle proposte da parte degli aspiranti promotori, la pubblica amministrazione individuerà la migliore tra esse, verificando la fattibilità tecnico-economica dei progetti e valutando la rispondenza degli stessi all'interesse pubblico.

Tale procedura di selezione, non essendo procedimentalizzata o vincolata alla rigidità dell'evidenza pubblica, si concretizza in una valutazione comparativa dalle forme flessibili, ispirata alla interazione con i soggetti privati proponenti e al dialogo competitivo⁵⁹.

Si tratta di un processo dinamico che parte dall'individuazione degli obiettivi che la pubblica amministrazione si propone di soddisfare in modo generico e prosegue, in base al confronto tra i candidati, per gradi particolareggiati, al fine di individuare la soluzione più aderente alle esigenze effettive da realizzare.

L'attività valutativa della pubblica amministrazione non risulta esaurirsi, infatti, nell'ambito della discrezionalità tecnica in base ai

⁵⁹ Il dialogo competitivo è definito dall'art. 1 comma 11 lett. c), direttiva 2004/18/Ce del 31 marzo 2004/16 del Parlamento europeo e del Consiglio come «la procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni».

parametri dell'offerta economicamente più vantaggiosa o ai criteri esclusivi della fattibilità finanziaria, tecnica, economica.⁶⁰

Il richiamo all'interesse pubblico contenuto nell'art. 37 *ter* rende ampia la discrezionalità dell'amministrazione e la vincola principalmente alla congruità e alla corretta ponderazione degli interessi prospettati nella fase di dialogo, in base ai principi generali del diritto comunitario e a quelli performativi dell'azione amministrativa⁶¹. L'articolazione della procedura selettiva *de qua* e, in generale la struttura dell'istituto in oggetto, pongono problemi di compatibilità con il diritto comunitario (24).

In tal senso si v. R. Caranta, *I contratti pubblici*, cit., 111; A.M. Balestrieri, *Project financing e trasformazioni del territorio: evoluzione alla luce della giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 671 ss.; J. Bercelli, *Procedimento di finanza di progetto*

⁶⁰ Si discute sull'opportunità della flessibilità della discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione, ritenendo possa ledere le garanzie di obiettività e trasparenza e pregiudicare l'incentivo alla partecipazione del privato. Si v. G. Guzzo, *Alcune riflessioni sul project financing alla luce delle recenti pronunce del Cons. St., sez. V, 10 novembre 2005 n. 6287, del Cga della regione Sicilia, 22 dicembre 2005 n. 974 e della l. 23 dicembre 2005 n. 266*, in *www.lexitalia.it*.

⁶¹ Si cfr. Tar Molise, sez. un. di Campobasso, 15 maggio 2006 n. 455; Tar Puglia, Bari, sez. III, 9 luglio 2004 n. 2993, in *www.giustamm.it*; Cons. St., sez. V, n. 2535 del 2006. Con riferimento al valore dei principi generali nella selezione della proposta di pubblica amministrazione si v. Tar Puglia, Bari, sez. I, n. 1946 del 2006, secondo cui la fissazione dei criteri dopo l'apertura delle buste integra una grave violazione dei principi di trasparenza e par condicio; Tar Liguria, Genova, sez. II, 4 aprile 2005 n. 429, secondo cui «l'esame delle proposte e la scelta del promotore, sebbene non vincolati alle rigide forme dell'evidenza pubblica, stante la loro natura *para*-concorsuale e la funzionalizzazione alla realizzazione dell'interesse pubblico, devono essere retti dai principi generali sul procedimento amministrativo e devono essere precedute da criteri imparziali e trasparenti di valutazione».

e art. 14 quinquies, l. n. 241 del 1990, cit., 42 ss.; R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/Ce e nella l. comun. n. 62 del 2005*, cit., 838 e *nella l. comun. n. 62 del 2005 ss.*; E. Picozza, *Le concessioni, il general contractor, la finanza di progetto*, in www.iisa.it; G. Guzzo, *Alcune riflessioni sul project financing alla luce delle recenti pronunce del Cons. St., sez. V, 10 novembre 2005 n. 6287, del Cga della regione Sicilia, 22 dicembre 2005 n. 974 e della l. 23 dicembre 2005 n. 266*, in www.lexitalia.it, cit.

sotto almeno tre profili: il primo attiene alla legittimità e ai limiti del dialogo tra concedente e potenziali concorrenti ai fini dell'aggiudicazione; il secondo attiene alla posizione di prelazione accordata al promotore nella fase di confronto concorrenziale con gli altri aspiranti aggiudicatari, in violazione dei principi comunitari e generali dell'azione amministrativa; il terzo alla legittimità del procedimento di scelta del concessionario ed alla sussistenza o meno di un rischio di gestione esclusivamente assunto dal concessionario. L'introduzione della finanza di progetto nel nostro ordinamento richiede, pertanto, una considerazione dei principi generali dell'azione amministrativa e dei principi dell'ordinamento

comunitario⁶² stando al disposto dell'art. 1, l. n. 241 del 90 come modificato dalla l. n. 15 del 2005.⁶³

Quanto al primo profilo di problematicità, si discute circa la necessità di contenere la flessibilità propria della fase di interlocuzione e di dialogo competitivo, nel rispetto dei principi comunitari e dei principi di certezza dell'azione amministrativa, al fine di delineare, pur nella flessibilità, una procedimentalizzazione coerente con i principi di parità di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità⁶⁴.

Ci si chiede se il meccanismo valutativo della pubblica amministrazione, alleggerito dall'espunzione di precise regole

⁶² La disciplina della finanza di progetto è stata, in questo senso, oggetto di numerose modifiche e non appare ancora stabilizzata. Con il ricorso del 24 settembre 2004 proposto contro la Repubblica italiana, la Commissione delle Comunità europee sosteneva che alcuni profili di tale disciplina si pongono in contrasto con il principio di parità di trattamento. Successivamente la l. comun. 2004 (l. 18 aprile 2005 n. 62) apportava modifiche disciplinari per favorire la conformazione alle osservazioni della Commissione.

⁶³ Per un'analisi di tali modifiche si cfr. V. Cerulli Irelli, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241 del 1990, I Parte*, in www.giustamm.it, 2005; Sulla portata generale dei principi e dei criteri indicati dall'art. 1, l. n. 241 del 1990, applicabili a «tutta l'attività delle amministrazioni» ed in particolare retta dal principio di evidenza pubblica, si cfr. G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna 2005, partic. 582 ss, il quale ricorda che il medesimo orientamento è stato espresso dalla Commissione presieduta da S. Cassese. La relazione conclusiva della Commissione per l'attuazione della l. n. 241 del 1990 è pubblicata in *Foro it.*, 1992, III, 138. Al riguardo, v. più ampiamente F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, Milano 2003, 75 ss. Sui principi generali sono sempre utili strumenti di orientamento, benché formulate in altro contesto ordinamentale, le considerazioni di V. Crisafulli, *Per la determinazione del concetto di principi generali del diritto*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1941, 41, 157, 230.

⁶⁴ P.M. Vipiana, *L'autolimita della pubblica amministrazione*, Milano, 1990. In giurisprudenza si v. Cons. St., ad. gen., 28 settembre 1995 n. 95, in *Ragiusan*, 1997, 298, secondo cui la predeterminazione dei criteri e delle modalità ad essi correlati da parte delle pubbliche amministrazioni è rivolta alla trasparenza dell'azione amministrativa e si atteggia a parametro generale.

procedurali e volto a soddisfare pienamente l'esigenza di speditezza ed efficienza dell'azione amministrativa, sia disincentivante, lesivo della concorrenza e privo di garanzie per gli aspiranti aggiudicatari. Si discute, inoltre, se l'elasticità procedurale che informa la procedura di scelta e il dialogo competitivo siano o meno aderenti all'intento di perseguire la realizzazione della proposta maggiormente conforme all'interesse pubblico e lo facciano nel rispetto dei principi generali.

In proposito, pare doversi constatare come, per il raggiungimento di tali fini, anche la flessibilità del dialogo competitivo debba trovare un limite invalicabile nella predeterminazione degli elementi suscettibili di miglioramento, stabiliti con effetto di autovincolo per la stessa amministrazione e nella rilevanza dei principi comunitari⁶⁵. Tale prospettiva comporta la necessità di chiarire i principi cui l'azione amministrativa dovrà conformarsi, rendendoli paradigmi di riferimento nella procedura di valutazione.

Attenta dottrina sottolinea come ««per rendere efficace l'introduzione della finanza di progetto nel nostro ordinamento sia

⁶⁵ F. Merusi, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in *Banca, impresa, società*, a. XII, 3, 2003, 479 ss.

necessario prevedere meccanismi stringenti per ambo le parti» e porre «coraggiose norme di principio⁶⁶» che divengano il riferimento cui lo svolgersi del dialogo competitivo deve attenersi.

Quanto alla posizione assunta dal promotore, è inevitabile la considerazione del fatto che il promotore gode di uno statuto privilegiato, in quanto ammesso di diritto alla procedura negoziata⁶⁷.

In correlazione a quanto argomentato, con riferimento alla posizione del promotore si pongono in giurisprudenza e dottrina problemi di violazione dei principi di parità di trattamento e libera concorrenza fissati dagli artt. 43 e 49, Trattato Ce.

Indubbiamente l'attribuzione di un diritto di prelazione al promotore aumenta la possibilità che questi risulti aggiudicatario in *project financing*⁶⁸. Ciò comporta un incentivo al coinvolgimento di capitali

⁶⁶ S. AMOROSINO, *I nodi critici della finanza di progetto in Italia*, in *Finanza di progetto*, a cura di G. Morbidelli, Giappichelli, 2006, 116 e ss. L'A. paventa che le pubbliche amministrazioni, abituate a spadroneggiare con le clausole che dispongono la revoca, rifiuterebbero di inserire prescrizioni vincolanti e tenderebbero ad assumere una linea non conforme ai principi procedurali dell'agire amministrativo.

⁶⁷ L'introduzione del diritto di prelazione a favore del promotore ha fatto sì che la scelta del promotore divenisse un momento decisivo della procedura di finanza di progetto, con la conseguente necessità di garantire in essa il pieno rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza. Si v. Cons. St., sez. V, 5 ottobre 2005 n. 5316.

⁶⁸ Nella causa C-412/04 contro la Repubblica italiana, la Commissione sosteneva il contrasto della figura del promotore con il principio comunitario di parità di trattamento. Il promotore sarebbe beneficiario, infatti, di un vantaggio procedurale, determinato dalla sua necessaria ed automatica partecipazione alla procedura negoziata e sostanziale, data la previsione della possibilità di adeguamento della sua offerta a quella di un concorrente, in caso di maggiore convenienza. Tali

privati nella realizzazione di opere pubbliche, ma potrebbe costituire anche un disincentivo per gli operatori del mercato, scoraggiati da una selezione meramente formale e poco rispondente ad una concorrenza effettiva.

L'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici ha evidenziato che le disposizioni relative alla prelazione del promotore, «a parte la configurabilità di disarmonie rispetto ai principi comunitari, se da un lato possono incentivare la presentazione di proposte, dall'altro rischiano di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per l'individuazione dei partecipanti alla procedura negoziata»⁶⁹ in quanto la selezione della proposta parrebbe svolgersi senza le garanzie richieste⁷⁰.

Considerando la peculiarità strutturale della finanza di progetto, pare doversi riconoscere che, sebbene la posizione di vantaggio attribuita al promotore sia sconfessabile e formalmente contrastante con i principi di parità di trattamento di derivazione comunitaria, l'introduzione di tale vantaggio risulta ampiamente giustificata dalla

vantaggi sono stati attenuati dal legislatore, in risposta alle osservazioni della Commissione, con la l. comun. 2004, prevedendo la specifica indicazione nell'avviso dei criteri di indicazione delle proposte.

⁶⁹ Determinazione 27/2002

⁷⁰ Secondo il parere della Commissione, il principio di parità di trattamento esige che i soggetti che intendono promuoversi come promotori debbano essere edotti in relazione al vantaggio competitivo collegato alla qualifica di promotore e all'esistenza del diritto di prelazione. Da qui la necessità di un avviso che contenga l'indicazione dei criteri in base ai quali l'amministrazione procederà.

peculiare natura e dal ruolo che il soggetto riveste nella procedura di aggiudicazione⁷¹.

In ogni caso, ferma restando la tensione ad una tutela effettiva dei principi in materia di tutela della concorrenza, la posizione assunta dal promotore va salvaguardata, purché sia prevista un'adeguata informativa circa la disciplina applicabile al procedimento, volta a pubblicizzare il privilegio della posizione di promotore, l'opportunità di assumere tale ruolo e i requisiti necessari cui conformarsi.

⁷¹ G. Fidone, B. Raganelli, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. «prelazione del promotore»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2005, 949 ss.

Capitolo 2

Il project financing sotto la vigenza della Merloni ter

2.1 I limiti alla concessione ex L. 415/98

Il debutto del project financing ad iniziativa privata, previsto nell'art. 11 della L. 415/98, che ha novellato, con gli artt. 37-bis ss., la L. 109/94, ha riaperto l'interesse per la lettura del modello concessorio ex art. 19 della Legge o *project financing* ad iniziativa pubblica⁷².

Quest'ultimo articolo al nuovo comma 1, delinea la *summa divisio*, nei sistemi di realizzazione dei lavori pubblici, tra i contratti d'appalto e contratti di concessione.

Al comma 2, descrive l'oggetto del contratto di concessione comprendente [...la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e dei lavori ad essa strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica..]⁷³, e chiarisce la caratterizzazione del contratto di concessione di costruzione e gestione nel quale [..la controprestazione a favore del

⁷² Cfr. M. MAGRI, *I lavori finanziabili con capitale privato (Concessione e project financing)*, in *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, a cura di F. Maztragostino, ed Giappichelli, 2001, 261.

⁷³ Cfr. art. 19, comma 2 della L. 109/94.

concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati...]⁷⁴.

Per quello che interessa in questa sede, sempre al medesimo comma, prevede che in particolari circostanze possa essere corrisposto al concessionario un contributo pubblico, [...che, comunque, non può superare il 50 per cento dell'importo totale dei lavori..]. Al comma 2-bis dello stesso articolo, l'incipit indica che [...la durata della concessione non può essere superiore ai trenta anni...].⁷⁵.

Quando, con l'introduzione dell'art. 37-bis ss. della Legge, la promozione dell'opera pubblica si è estesa ai privati, questi hanno immediatamente percepito i limiti come fortemente

⁷⁴ Cfr. art. 19, comma 2 della L. 109/94.

⁷⁵ Questi due limiti, di durata e di massima contribuzione pubblica, sono stati sempre considerati e applicati senza particolari obiezioni sino a quando era disponibile, come strumento di realizzazione di lavori pubblici, solo il *project financing* ad iniziativa pubblica nella forma della concessione di costruzione e gestione ex art. 19 della Legge. Il limite di durata risponde all'esigenza di non svuotare la prospettiva di riappropriazione pubblica dell'opera con un periodo indeterminato o eccessivamente lungo di gestione privata e di evitare una remunerazione sproporzionata del concessionario nella fase di gestione spesso in situazioni di monopolio. Il limite del 50% di contribuzione pubblica del valore dei lavori, invece, è dettato dalla volontà di limitare l'impatto sulla fiscalità generale nella realizzazione delle opere pubbliche per tutte le amministrazioni aggiudicatrici. Cfr. R. CARANTA, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA, Milano, 1999, 513.

compromettenti⁷⁶ la diffusione e la pratica realizzazione delle opere pubbliche o di interesse pubblico con il nuovo strumento.

Infatti, il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario nella gestione delle opere pubbliche, in presenza di forti investimenti privati, era ed è limitato a poche opere molto "calde", quelle che garantiscono un'elevata redditività nella gestione⁷⁷.

È stato messo in evidenza⁷⁸ come fosse difficile "far quadrare i conti" nella realizzazione delle opere pubbliche quando, invece, con un maggiore investimento pubblico o una maggiore durata della gestione, si sarebbero potute realizzare anche le opere "tiepide" o a bassa redditività.

⁷⁶ G. LEONE, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo e A. Clarizia, Padova, 2000, I, 617.

⁷⁷ A. SILIPO e G. TEDESCHI, in *Edilizia e Territorio*, 2000, 30, 4; Cfr. F. CARINGELLA, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. CARINGELLA, Milano, 1999, 1255;

⁷⁸ Come contropartita ad un maggiore investimento pubblico e all'allungamento dei termini di gestione c'era la prospettiva di realizzare l'opera in tempi certi, con elevati *standards* qualitativi per la necessità di abbattere i successivi costi di manutenzione, e la possibilità di imporre al concessionario una gestione focalizzata sulle garanzie da riconoscere all'utente-fruttore mediante la redazione di carte dei diritti per i servizi prestati. Cfr. T. PROTTO, in *La riforma dei Lavori Pubblici*, a cura di A. ANGELETTI, Torino, 2000, II, 738.

2.2 Il dibattito dottrinale al modulo concessorio ex L. 415/98

La dottrina, che si è occupata delle novità introdotte dalla L. 415/98 sul modulo concessorio ex art. 19 della Legge, ha ritenuto inderogabili i due limiti sul presupposto che la gara di concessione di costruzione e gestione fosse una prerogativa esclusiva delle amministrazioni aggiudicatrici descritte dall'art. 2, comma 2, lett. a) della Legge. Questo stato di cose discende dalla lettura dell'art. 19, comma 2 della Legge, dove indica inequivocabilmente che [... concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice...]⁷⁹.

Il glossario normativo, ex art. 2, comma 6, lett. c) della Legge, chiarisce che per amministrazioni aggiudicatrici s'intendono i soggetti di cui al comma 2, lett. a) dello stesso articolo, che elenca le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, gli enti pubblici, compresi quelli economici, gli enti e le amministrazioni locali, le loro associazioni e consorzi nonché gli altri organismi di diritto pubblico. Secondo questa lettura restrittiva,

⁷⁹ R. GAROFOLI, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit. 117; M. ZOPPOLATO, in *Legge quadro sui lavori pubblici*, D. TASSAN MAZZOCCO - C. ANGELETTI - M. ZOPPOLATO, Milano, 1999, 32.

tutti i soggetti elencati all'art. 2, comma 2, lett. b) e c) della Legge sono esclusi dalla possibilità di utilizzare il contratto di concessione di costruzione e gestione.

Qualche problema si pone per gli organismi di diritto pubblico, rientranti nell'art. 2, comma 2, lett. a) della Legge, e perciò ammessi al novero abilitato ad utilizzare la concessione di costruzione e gestione, e contemporaneamente contemplati nell'art. 2, comma 2, lett. b) della Legge, che invece ne sono esclusi.

Il principio di specialità risolve l'inquadramento degli organismi di diritto pubblico e, cioè, nel caso in cui questi si rispecchino anche nell'elencazione di cui all'art. 2, comma 2, lett. b), devono essere considerati appartenenti a questo secondo gruppo⁸⁰.

Nel caso in esame, gli organismi di diritto pubblico rientranti anche nella categoria dell'art. 2, comma 2, lett. b) della Legge non possono utilizzare, secondo la dottrina esaminata, per la

⁸⁰ A. CLARIZIA, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. CARULLO E A. CLARIZIA, Padova, 2000, I, 137; M. ZOPPOLATO, in *op. cit.*, 13; R. GAROFOLI, in *op. cit.*, 87; un'ampia e aggiornata rassegna giurisprudenziale sulla nozione di pubblica amministrazione e di organismo di diritto pubblico nel commento di G. PASQUINI alla decisione del Consiglio di Stato, 21 aprile 1995, n. 353 in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. PASQUINI e A. SANDULLI, Milano, 2001, 628; Cfr. C. GUCCIONE, *Concessionario, organo indiretto, amministrazione aggiudicatrice: un dibattito mai sopito* nota a Cons. Stato n. 918/1998 in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998, 713; G. PASQUINI, *Un revirement sull'organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano* nota a Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 1998, n. 1267, *ivi*, 1999, 17; C. GUCCIONE, *Gli organismi di diritto pubblico nuovamente al vaglio del Consiglio di Stato* nota a Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, *ibidem*, 209; Cfr. C. NIZZO, *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE* commento a Corte di Giustizia CEE, sent. 10 novembre 1998, C-360/96, *ibidem*, 1999, 4, 316.

realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità il contratto di concessione di costruzione e gestione.

2.3 La disciplina comunitaria ex Dir. n. 93/37/CEE e la Comunicazione interpretativa n. 94/4.

A questo punto è necessario parlare della Comunicazione interpretativa circa le concessioni nel diritto comunitario, emessa dalla Commissione europea, (“Comunicazione”), pubblicata in GUCE il 29 aprile 2000.

Dalla lettura di essa si possono trarre diversi spunti sul fatto che in ambito comunitario i predetti limiti di durata e di contribuzione pubblica non sono contemplati.

La Comunicazione fa il punto di una riflessione condotta con il contributo di tutti gli Stati membri e precisa i principi cui è pervenuta la Corte Europea di Giustizia sull’argomento tenuto conto delle norme del Trattato istitutivo⁸¹.

Il punto di partenza è la definizione di concessione di lavori contenuta nella direttiva 93/37/CEE, art. 1, lett. d), come [...un contratto che presenta le stesse caratteristiche degli appalti pubblici di lavori, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori

⁸¹ Cfr. C. GUCCIONE, *Il progetto di comunicazione interpretativa della commissione sulle concessioni nota al progetto di comunicazione interpretativa Commissione europea 7 aprile 1999, GUCE 7 aprile 1999, C94/4*, in Giorn. Dir. Amm., 1999, 8, 797; C. GUCCIONE, *Gli organismi di diritto pubblico nella normativa comunitaria sugli appalti, commento a Corte Giust. CEE, 15 gennaio 1998, n. C-44/96*, in Giorn. Dir. Amm., 1998, 5, 437.

consiste nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato dal prezzo...].

Come si legge non è imposto dalla direttiva alcun limite alla durata della concessione, né tanto meno alcun limite al prezzo che può essere corrisposto dal concedente.

Su questo punto poi la Comunicazione si sofferma e chiarisce che [...rientrano sempre nella nozione di concessione le ipotesi in cui lo Stato paghi un prezzo in contropartita dei lavori effettuati, purché esso non elimini il rischio inerente la gestione. Precisando che il diritto di gestire l'opera può essere accompagnato da un prezzo, la direttiva lavori indica che la remunerazione del concessionario deve provenire dalla gestione..].

Non poteva essere espresso più chiaramente che il prezzo, inteso come limite di contribuzione pubblica, che lo Stato è abilitato a corrispondere può coprire l'intero importo dei lavori, ciò che non può essere eliminato è il rischio di gestione legato ai capitali investiti dal privato.

Se lo Stato garantisse il rimborso dei finanziamenti utili all'operatività della gestione, l'elemento rischio verrebbe a mancare

e con esso la definizione del contratto di concessione, ricadendo, invece, in quella di appalto.

Un'ulteriore riflessione è riservata dalla Comunicazione ai soggetti operanti nei settori speciali o ex esclusi che decidano di attribuire una concessione.

La prima osservazione è che, a differenza della posizione interpretativa sin qui criticata, è previsto esplicitamente, per gli organismi operanti nei settori *ex esclusi*, la possibilità di attribuire una concessione.

La seconda conseguenza è che, per quanto riguarda la procedura d'individuazione del concessionario, non debbano applicarsi né le norme della direttiva lavori, né le norme della direttiva servizi ma i principi e le norme del Trattato o sanciti dalla Corte⁸².

Queste riguardano, infatti, la parità di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità, il mutuo riconoscimento e la tutela dei diritti dei singoli.

⁸² Corte giust. 7 dicembre 2000, Causa C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH e Telekom Austria AG*, Giud. rel. Skouris, Avv. Gen. N. Fennelly, per la quale allo stato attuale del diritto comunitario, i contratti di concessione di servizi pubblici esulano dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38 ma sono soggetti ai principi fondamentali del Trattato, in *Foro It.*, 2001, 1, IV, 1; Cfr. F. LEGGIADRO, *Applicabilità delle direttive comunitarie alla concessione di servizi pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2001, 5, 493.

Discende da questa constatazione non solo che, per i soggetti operanti nei settori esclusi, è possibile fare un affidamento in concessione ma anche che questi sono svincolati dalle prescrizioni puntuali previsti dalle direttive lavori e servizi.

Infine, analoghe considerazioni devono farsi per le imprese pubbliche incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale che ricadono in via di principio nell'ambito della Comunicazione⁸³.

La Corte aggiunge, tuttavia, che [... le modalità di organizzazione e l'esercizio di un monopolio così costituito non deve violare le disposizioni del Trattato Inoltre, anche le modalità di conferimento di tali diritti esclusivi sono sottoposte alle norme del Trattato e possono pertanto rientrare nel campo di applicazione della presente comunicazione..]. Anche in questo caso la Comunicazione fa riferimento a quei soggetti che fanno parte dello Stato (intesi nel senso ampio di Pubblica Amministrazione) ma dotati di propria personalità giuridica e organizzati in modo diverso (ex S.p.A.). Ebbene, per tutti questi soggetti si ritiene che anche ad

⁸³ È vero che, secondo una giurisprudenza costante della Corte, non c'è nulla nel Trattato che possa impedire agli Stati membri di sottrarre al gioco della concorrenza, per motivi di pubblico interesse di natura non economica taluni servizi d'interesse generale conferendo dei diritti esclusivi. Cfr. F. LEGGIADRO, *op.ult. cit.*, 494.

essi si debba applicare l'interpretazione della Comunicazione e, conformemente a quanto sostenuto per i settori esclusi, i principi e le norme del Trattato.

2.4 La disciplina liberalizzatrice della durata della concessione e del prezzo ex art.19 della L. 166/02

L'interpretazione dei principi comunitari evidenzia⁸⁴ come gli enti aggiudicatari possano utilizzare il contratto di concessione di costruzione e gestione per la realizzazione di opere e che tale strumento è esente dai limiti di durata e contribuzione pubblica a cui sono sottoposte le amministrazioni aggiudicatrici, è ulteriormente confermata. I risvolti pratici di questa interpretazione sono notevoli⁸⁵.

Quasi a colmare i dissidi tra normativa interna e quella comunitaria è intervenuta la L. n. 166 del 2002 che nell'art. 19 modifica in chiave di favore per il concessionario le regole in tema di prezzo e durata della concessione.

⁸⁴ Soprattutto con riferimento all'elenco dei soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lett. b) della Legge, che questi possono utilizzare lo strumento della concessione di costruzione e gestione per la realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità. Inoltre, la loro particolare natura li esenta dall'applicare in modo puntuale le direttive appalti e servizi disciplinanti le procedure di scelta del contraente, - (già queste non prevedono limiti di durata della concessione o un tetto di contribuzione pubblica) -, ma solamente le norme e i principi del Trattato. F. LEGGIADRO, *op. cit.*

⁸⁵ Infatti, le regole per l'erogazione dei fondi comunitari di sostegno per le infrastrutture generatrici di entrate nette consistenti (ad esempio un acquedotto) ammettono il finanziamento sino al 50% del loro costo totale, per cui qualora ci fossero altre fonti destinate al cofinanziamento statale o regionale per la stessa opera potrebbero essere utilizzate integralmente. La conseguenza diretta della possibilità di sfruttamento oltre il limite del 50% del contributo pubblico o del superamento del limite trentennale è l'immediata appetibilità dei progetti e l'attrazione dei capitali privati per l'innalzamento degli indici di redditività, in altre parole tutte le opere in project financing avrebbero maggiori possibilità di essere realizzate con una forte concorrenza di pretendenti. F. LEGGIADRO, *op.cit.*

Viene anzitutto ampliata la possibilità di remunerare il concessionario anche mediante un prezzo, oltre che con il diritto di gestire l'opera e sfruttarla economicamente.

Nella previgente disciplina, la possibilità di prevedere un prezzo era circoscritta al solo caso in cui nella gestione dell'opera fossero [...previsti prezzi o tariffe amministrati, controllati o predeterminati...]; in ogni caso il prezzo non poteva superare comunque [...il 50 per cento dell'importo totale dei lavori...] e lo stesso poteva essere corrisposto solo a collaudo effettuato in un'unica rata o in più rate annuali, costanti o variabili.

Nella nuova disciplina, la previsione di un prezzo è consentita ogni qualvolta sia necessario, ed è venuto meno il duplice limite relativo all'importo massimo del prezzo e alla possibilità di corresponsione dello stesso solo dopo il collaudo.

La *ratio legis* è quella di aumentare lo spazio di utilizzabilità dei procedimenti di *project financing* eliminando il più possibile i vincoli alla loro diffusione.

Prima di tutto viene accolta l'interpretazione "fungibile" del prezzo che può essere qualsiasi utilità suscettibile di apprezzamento economico sia esso finanziamento, diritto di godimento o diritto di

proprietà o altro (garanzie, scomputo degli oneri di urbanizzazione etc.).

Viene poi prevista la possibilità di pagare il prezzo, anziché in moneta, mediante cessione della proprietà o del godimento di alcune categorie di immobili⁸⁶: deve trattarsi di immobili che siano nella disponibilità della stazione appaltante, o che siano allo scopo espropriati, e la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione; ovvero può trattarsi di immobili che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico, che siano preventivamente indicati nel programma triennale dei lavori pubblici.

E' però esclusa la possibilità di cessione per gli immobili compresi nel patrimonio pubblico da dismettere ai sensi del D.L. 25 settembre 2001, n. 351, conv. nella L. 23 novembre 2001, n. 410.

⁸⁶ Viene sancita astrattamente una suddivisione dei beni immobili che possono trasformarsi in prezzo, a seconda che siano strumentali o connessi all'opera da affidare in concessione o che non abbiano questa caratteristica. La differenza importante perché gli immobili qualificati per la loro strumentalità o connessione all'opera pubblica sono i soli che autorizzano l'amministrazione ad esercitare dei poteri eccezionali in due casi: a) quando si deve procedere ad espropriazione forzata per acquisire la proprietà degli immobili; b) quando si può procedere all'alienazione di beni disponibili senza doverli inserire ed indicare nella programmazione triennale. La previsione della Legge, in questo caso, ha senso solo se la si distingue dalla revisione successiva dei beni cedibili solo se inseriti in programmazione e nel comma 2-bis del art. 27 bis della legge. Cfr. Vedi il dibattito sulle problematiche generate dalla Merloni quater a seguito dell'eliminazione dei limiti di contribuzione pubblica e di durata delle concessioni, F. TITOMANLIO, *Direttive ancora lontane: tutti i lavori in gara se il gestore non è costruttore*, in *Edilizia e Territorio*, 2002, 21, 15.

Viene toccata anche la regola⁸⁷ che, in tema di concessione di opera pubblica, affida al concessionario la progettazione definitiva ed esecutiva. Viene modificata anche la disciplina sulla durata della concessione: finora, la stessa non poteva essere superiore a trenta anni.

Ora, si stabilisce che la stazione appaltante può anche fissare, caso per caso, una durata⁸⁸ della concessione superiore a trenta anni, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico – finanziario degli investimenti del concessionario. Viene previsto un ulteriore caso di concessione, avente ad oggetto opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico – finanziaria della gestione dell'opera (nuovo comma *2-ter* dell'art. 19).

Si attribuisce al concessionario – nonché alla società di progetto di cui al successivo art. 37-*quater*– il diritto a partecipare alla

⁸⁷ Si stabilisce, infatti, che se il concedente già dispone di progettazione definitiva o esecutiva, l'oggetto della concessione, quanto alle prestazioni progettuali, può essere circoscritto alla revisione della progettazione o al suo completamento da parte del concessionario. Cfr. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*

⁸⁸ Nello stabilire la durata, la stazione appaltante deve tenere conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo pagato rispetto all'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato. Cfr. DE NICTOLIS, *op. ult. cit.*

conferenza di servizi finalizzata all'esame e alla approvazione dei progetti di loro competenza, ma senza diritto di voto (nuovo comma 2-*quater* dell'art. 19).

L'art. 7 del D.Lgs. n. 190 del 2002 detta ulteriori e più specifiche norme in tema di concessione di costruzione e gestione per la realizzazione di infrastrutture strategiche.

Viene operato anzitutto un generale rinvio agli artt. 19, 20 e 21, nonché 37-*bis* e ss., legge Merloni, nonché a tutte le altre norme che la Merloni detti in tema di concessione (art. 7, comma 1, D.Lgs. n. 190).

In coerenza con la nuova disciplina liberalizzatrice del prezzo e della durata della concessione, introdotte in termini generali nella legge Merloni, anche il D.Lgs. n. 190 del 2002 rimette al bando di gara la competenza a determinare prezzo⁸⁹ e durata della concessione (art. 7, comma 2, D.Lgs. n. 190).

⁸⁹ La determinazione del prezzo di cessione è elemento essenziale nella procedura di alienazione dei beni immobili appartenenti all'amministrazione, e tale valore deve essere congruo in rapporto alle condizioni di mercato e l'eventuale errore nella sua determinazione produce la nullità del contratto. Un criterio per la determinazione del valore dei beni immobili, oggetto di alienazione da parte degli enti pubblici, è indicato dall'art. 83, comma 6 del Regolamento e precisa che, nel caso di procedura di appalto remunerata con la contestuale alienazione del bene pubblico, «il valore dei beni immobili da trasferire a seguito della procedura di gara determinato da responsabile del procedimento sulla base dei criteri estimativi desumibili dalle norme fiscali». Il valore così determinato dell'immobile e dei diritti edificatori, per evitare di incorrere in responsabilità erariali, deve essere posto a base di gara con l'avvertimento esplicito di escludere l'ammissibilità di offerte in ribasso. Cfr. Cass. 2856/1984 e Corte Conti 63/1995.

In coerenza con le nuove regole introdotte nell'art. 2, legge Merloni, in tema di percentuale di lavori che il concessionario deve appaltare a terzi, anche nel D.Lgs. n. 190 si stabilisce che è solo facoltà della stazione appaltante, alternativamente: o imporre al concessionario di affidare a terzi appalti corrispondenti ad una percentuale minima del 30% del valore globale dei lavori, salva facoltà per i candidati di aumentare tale percentuale in sede di offerta; ovvero invitare i candidati a dichiarare la percentuale del valore globale dei lavori che intendono affidare a terzi.

2.5 Il diritto di prelazione del promotore nel sistema della concorrenza

Una delle novità rilevanti introdotte dalla legge n. 166/2002 è la previsione, inserita all'art. 37-ter della legge-quadro sui lavori pubblici, di un c.d. diritto di prelazione riconosciuto al promotore, a parità di condizioni, rispetto all'offerta ritenuta migliore dall'amministrazione al fine dell'aggiudicazione della concessione. È oggi espressamente previsto che "*nella procedura negoziata di cui all'art. 37-quater il promotore potrà adeguare la proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione*".

Tale disposizione trova il suo fondamento, da un lato nel riconoscimento al promotore dei maggiori oneri, di natura economica e imprenditoriale, sopportati nella presentazione della proposta, dall'altro nella volontà di incentivare l'iniziativa dei soggetti privati, vista la scarsità di proposte presentate. Si osserva in dottrina⁹⁰ che "*la circostanza che la valutazione positiva della proposta non determini una immediata aggiudicazione, ma*

⁹⁰ F. Caringella, *I procedimenti amministrativi nella realizzazione delle opere pubbliche con il project financing*, in F. Fontana e M. Caroli (a cura di), *Infrastrutture, finanza di progetto e competitività del sistema Italia*, Luiss Guido Carli Scuola di Management, Atti del Convegno, Rirea, Roma, 2002

comporti un rimescolamento successivo all'esito della gara, è sicuramente un fattore deflativo".

Secondo l'opinione dell'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici, le nuove disposizioni sono *"intese a rimuovere quegli elementi di criticità che nel primo periodo di applicazione dell'istituto hanno costituito una remora al suo sviluppo, con la introduzione della cosiddetta prelazione a favore del promotore"⁹¹*.

Vale la pena ricordare che il diritto di prelazione del promotore era già stato preso in considerazione nel disegno di legge n. 1275 del 1996 recante *"Disposizioni in materia di realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione"*⁹² varato dall'allora Ministro per i lavori pubblici Antonio Di Pietro. Il d.d.l. in oggetto introduceva la figura del promotore, quale soggetto privato, dotato di determinati requisiti, legittimato a presentare alle pubbliche amministrazioni proposte per la realizzazione di lavori pubblici e di pubblica utilità mediante contratti di concessione in linea con la programmazione triennale. Al promotore era riconosciuto il diritto di essere preferito, a parità di condizioni, ad

⁹¹ Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici Determinazione n. 27/2002.

⁹² Si tratta del d.d.l. n. 1275 (atto del Senato della Repubblica), approvato dal Consiglio dei Ministri il 19 luglio 1996, il cui esame fu sospeso dalla Commissione lavori pubblici del Senato il 22 ottobre 1996.

altri concorrenti nell'aggiudicazione della concessione. Il fine era quello di tutelare gli interessi del soggetto che avrebbe dovuto sostenere tutte le spese nella fase iniziale e di scoraggiare la presentazione di proposte da parte di soggetti privati.

Dall'analisi della disciplina contenuta agli articoli *37-bis* e seguenti della legge-quadro, a seguito anche delle modifiche apportate dalla *Merloni-quater*, al promotore risulta attribuita una posizione di vantaggio rispetto agli altri potenziali concorrenti sotto diversi profili. Innanzitutto il promotore è automaticamente chiamato a partecipare alla procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione, indipendentemente da ogni comparazione tra la sua offerta e quelle presentate dai partecipanti alla precedente gara. Quindi, anche nell'ipotesi in cui in tale gara siano state presentate più di due migliori offerte rispetto a quella oggetto della proposta originaria del promotore, la procedura negoziata si svolgerà in ogni caso tra i soli presentatori delle due migliori offerte e lo stesso promotore. A questo si aggiunge la previsione della vincolatività della proposta del promotore, nel caso in cui non siano presentate altre offerte nella gara, che porta all'automatica attribuzione della concessione al promotore. Nonostante poi l'esito della procedura

negoziata, il promotore avrà comunque la possibilità di adeguare la sua offerta a quella ritenuta più conveniente dall'amministrazione, essendogli riconosciuto un diritto di prelazione nell'attribuzione della concessione.

L'introduzione della previsione nel procedimento evidenziato ha consentito di accogliere le richieste dei promotori preoccupati dal rischio di soccombere a seguito della procedura negoziata, salvo il riconoscimento di un indennizzo già previsto dalla *Merloni-ter*. Si pongono, d'altro canto, questioni giuridiche rilevanti, tra cui innanzitutto la compatibilità con il diritto della concorrenza e, in particolare, con il principio di parità di trattamento tra i partecipanti ad una procedura ad evidenza pubblica. In tale prospettiva, infatti, l'attribuzione di un diritto di prelazione al promotore, insieme agli altri meccanismi di incentivo contenuti nella normativa, aumenta evidentemente le possibilità che questi risulti aggiudicatario della concessione di costruzione e gestione. Questo costituisce senza dubbio un incentivo al coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ma d'altro canto, finendo per scoraggiare gli operatori del mercato dal partecipare alle gare, può rivelarsi dannoso per la realizzazione di

una reale concorrenza , innescando problematiche diverse. Come evidenziato dall'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici tali disposizioni, *"a parte la configurabilità di disarmonie rispetto ai principi comunitari, se da un lato possono incentivare la presentazione di proposte, dall'altro rischiano di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per l'individuazione dei due partecipanti alla prevista procedura negoziata, gara il cui risultato può essere vanificato con l'anzidetta prelazione"*⁹³.

In tale prospettiva, è importante evidenziare l'esigenza che, accanto all'interesse del promotore a non veder pregiudicata la propria posizione rispetto a quella dei partecipanti alla gara, e all'esigenza di attrarre capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche, non venga infatti trascurato l'interesse pubblico alla realizzazione e gestione di opere sulla base delle "proposte migliori possibili"⁹⁴ garantito dal libero gioco della concorrenza .

⁹³ Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici Determinazione n. 27/2002.

⁹⁴ In tal senso secondo alcuni, l'introduzione del diritto di prelazione a favore del concessionario, potrebbe spingere l'amministrazione a tutelarsi circa l'affidabilità del promotore , richiedendo nel bando di gara, e ancor prima nell'avviso di sollecitazione, requisiti più stringenti per il promotore - concessionario, tra cui la richiesta di costituzione di associazioni temporanee di impresa (ATI) o del consorzio al momento della presentazione dei requisiti per partecipare alla gara (R. Cori, *Requisiti per la gara nel procedimento del promotore di opere pubbliche*, disponibile su www.infrasruttorelocali.it).

Nella speciale procedura *ex art. 37-bis*, obiettivo dell'Amministrazione non dovrebbe essere semplicemente quello di attrarre "*proposte*", ma quello di attrarre "*buone proposte*" o, più ottimisticamente, "*le migliori proposte possibili per realizzare un determinato progetto*". In questo, la previsione di un diritto di prelazione in favore del promotore, riducendo al minimo il rischio per questi di non aggiudicarsi la concessione, si traduce in un incentivo ai privati a presentare una proposta, ma non necessariamente un incentivo a presentare la "*miglior proposta possibile*". Al contrario, il riconoscimento di tale vantaggio al promotore potrebbe avere risvolti diversi, contrari all'interesse dell'amministrazione e comunque non desiderabili.

In primo luogo, il promotore, confidando nella possibilità di adeguare in seguito la sua proposta a quella eventualmente risultante come migliore, potrebbe essere indotto a presentare una proposta mediocre a costi elevati, considerato anche il fatto che la sua sarà posta a base della gara per la scelta delle due migliori offerte. In tal senso, il diritto di prelazione funzionerebbe come una sorta di assicurazione per il promotore contro il rischio che altri presenti una offerta migliorativa. L'assicurazione, nel nostro caso il

diritto di prelazione , annulla praticamente il rischio per il promotore di perdere il progetto, poiché rimette ad una scelta dello stesso promotore adeguarsi o non adeguarsi al progetto del concorrente , l'ottenimento della concessione. Viene così a mancare per il promotore l'incentivo ad adottare un comportamento diligente e comunque teso ad evitare il verificarsi dell'evento (l'eventualità di perdere la concessione). Anzi, l'effetto possibile è quello di incentivare, involontariamente, il promotore a perseguire un interesse proprio non in linea con quello dell'amministrazione, e con l'interesse pubblico in generale, ad ottenere la "migliore proposta possibile". Si determinerebbero così effetti simili a quelli riconducibili alla fattispecie che, in presenza di un'asimmetrica distribuzione delle informazioni, gli economisti definiscono di "*azzardo morale*" (o "*moral hazard*")⁹⁵.

⁹⁵ In estrema sintesi può dirsi che "un'informazione è asimmetrica in tutte quelle situazioni in cui un solo lato del mercato è informato, mentre l'altro è caratterizzato da un'informazione incompleta". In presenza di un'asimmetrica distribuzione delle informazioni, la parte che dispone di un'informazione incompleta del mercato, non avendo a disposizione il quadro completo delle caratteristiche di ciò che viene scambiato, è indotta a giudicare la qualità dei beni dal loro prezzo. Caso tipico di *moral hazard*, si riscontra sul mercato assicurativo, dove un'impresa di assicurazioni offre, ad esempio, ai propri clienti potenziali una polizza sugli incendi nelle abitazioni. È chiaro che la condotta dei clienti può influenzare il verificarsi dell'incendio, ma poiché l'assicuratore non è in grado di verificare il comportamento dei singoli individui, non si può applicare un premio diverso proporzionato alle cautele adottate da ciascuno, ma si dovrà stabilire un premio unico. In una situazione di asimmetria informativa e di premio unico, nessuno è incentivato ad adottare misure preventive, che rappresenterebbero comunque un costo per l'individuo. Se si vuole incoraggiare un comportamento prudente, è necessario che l'assicuratore introduca nel contratto degli incentivi "tali che, per ciascun cliente, l'utilità attesa associata ad un comportamento prudente, risulti maggiore di quella derivante da

D'altro canto, in considerazione del vantaggio attribuito al promotore , i soggetti potenziali concorrenti potranno risultare disincentivati a presentare proposte, viste le scarse possibilità di aggiudicazione della concessione, peraltro dipendenti dalla scelta dello stesso promotore . Tali soggetti potrebbero ragionevolmente decidere di non concorrere con il promotore e dedicare le loro energie ad altre forme di investimento. La gara *ex art. 37-quater* per la scelta delle due migliori offerte, da porre successivamente in concorrenza con quella del promotore , potrebbe così andare deserta o, dato il parametro rappresentato dalla proposta del promotore , portare all'individuazione di offerte di un livello "qualitativo" facilmente raggiungibile dal promotore in fase di adeguamento. Si produrrebbero così effetti riconducibili a quelli che gli economisti, in presenza di asimmetrie informative, definiscono di "*selezione avversa*" (o "*adverse selection*") (25).

(25) Si definisce effetto di selezione avversa la firma di un contratto con una parte la cui "qualità" è ignota all'altra e tale quindi che le condizioni del contratto riflettono solo la qualità media dell'universo delle possibili controparti, con un chiaro incentivo, per

un comportamento incauto", c.d. *vincolo di compatibilità degli incentivi*. G. DiGiorgio, *Lezioni di economia monetaria. Parte I. I fondamenti*, Cedam, Padova, 2002, p. 205

le controparti di qualità migliore, a non accettare il contratto offerto, perché le condizioni non risultano vantaggiose. Un classico esempio è quello delle auto usate o "bidoni" (Akerlof, *The market for lemons*, Quarterly Journal of Economics, 1970). Il caso è quello di un potenziale acquirente di auto usate, che nel "mercato dei bidoni" è la parte non informata, in quanto non in grado di distinguere le offerte valide di auto "buone", dai "bidoni". In presenza di asimmetrie informative, l'equilibrio possibile sarà dato dalla formazione di un prezzo che riflette la qualità media delle auto che devono essere scambiate. Questo può, d'altro canto, innescare un effetto tale che, i venditori delle auto di qualità migliori, non soddisfatti, si ritirano dal mercato, lasciando solo le offerte peggiori, i "bidoni". Ciò dimostra che, anche nell'ipotesi in cui sussistano a priori sul mercato degli acquirenti disposti a pagare il prezzo richiesto per un'offerta "valida", in presenza di asimmetrie informative e in assenza di interventi ulteriori, l'effetto può essere quello di ritrovarsi in un mercato di soli "bidoni".

. L'amministrazione potrebbe finire così per selezionare un bacino di offerta (promotori e proposte) non in linea con i propri interessi.

Tali osservazioni inducono a riflettere circa l'opportunità di rivedere lo strumento della prelazione del promotore , in modo da affinarne l'operatività e prevenirne possibili ulteriori risvolti, non in linea con gli obiettivi del legislatore e gli interessi dell'amministrazione. In questo l'analisi economica del diritto può offrire un importante contributo, anche al fine di ricercare possibili incentivi in grado di allineare i diversi interessi in gioco.

Capitolo 3

Il Project financing nella Merloni quater

3.1 Introduzione alla Merloni-quater: la L. Finanziaria 2002

L'Allegato alla Legge Finanziaria per il 2002 - approvata dal Consiglio dei Ministri il 15.11.2001 - anticipa la prevista riforma della Legge Merloni (Legge Quadro sui LL.PP. n.109 del 1994), apportando nel testo della Legge 109/94 alcuni e apparentemente piccoli correttivi.⁹⁶

In particolare, ha introdotto la netta separazione tra attività di progettazione ed esecuzione dell'opera che solo avrebbe consentito di evitare quei fenomeni degenerativi legati alle varianti in corso d'opera e alle conseguenti sospensioni dei lavori da cui erano stati afflitti gli appalti di lavori pubblici negli ultimi anni.

Tra i cambiamenti più significativi introdotti dalla Finanziaria del 2002, la generalizzazione del ricorso all'istituto dell'appalto integrato⁹⁷.

⁹⁶ Le novità introdotte finiscono per alterare nella sostanza il messaggio affidato alla Legge Quadro all'indomani di *tangentopoli*, quando l'esigenza di sottrarre il settore degli appalti pubblici ai fenomeni corruttivi che avevano caratterizzato il periodo immediatamente precedente, aveva ispirato una norma rigida e restrittiva. M. ZOPPOLATO, *op. cit.* 89.

⁹⁷ Nell'appalto integrato l'appaltatore assume, oltre all'obbligo di eseguire i lavori, anche quello di redigere la progettazione esecutiva dell'intervento da realizzare. M. ZOPPOLATO, *op. cit.* 89.

Mentre nel testo prima vigente della Legge 109/94, il ricorso all'istituto dell'appalto integrato poteva giustificarsi in costanza d'alcuni presupposti⁹⁸ all'indomani dell'approvazione della finanziaria del 2002, nella versione passata al vaglio del Consiglio dei Ministri, questa tipologia di appalto viene consentita in via ordinaria a prescindere dalla tipologia di intervento da realizzare⁹⁹.

La riforma investe quello che può considerarsi un passaggio nodale nella casistica degli ultimi anni, in cui la maggior parte del contenzioso insorto in fase di esecuzione del contratto di appalto, è frutto dello scarso livello di definizione del progetto esecutivo redatto dal committente pubblico.

Altra novità di rilievo¹⁰⁰ quelle dell'eliminazione di un tempo di durata massima per la concessione (art.19¹⁰¹ Legge 109/94).

⁹⁸ Tra i presupposti che giustificavano il ricorso all'appalto integrato: componente impiantistica superiore al 50% del valore dell'opera; lavori di restauro, manutenzione e scavi archeologici. M. ZOPPALATO, *op. cit.*, 90.

⁹⁹ L'effetto è quello di sollevare le amministrazioni dal dovere stabilito dalla Legge e ribadito dalla giurisprudenza, di mandare in gara (salvo la ricorrenza di casi tassativi) solo appalti muniti di un progetto esecutivo immediatamente cantierabile, con la conseguenza di trasferire sull'appaltatore non solo la redazione della progettazione esecutiva ma anche la responsabilità delle eventuali varianti in corso d'opera rese necessarie a causa della "cattiva" progettazione. G. LEONE, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo/A. Clarizia Padova, 2000, Tomo I, 65.

¹⁰⁰ Da notare: in assoluta controtendenza rispetto agli orientamenti espressi dalla Commissione europea nell'ultima determinazione sulle concessioni. G. LEONE, *op.cit.*

¹⁰¹ Rispetto alla norma attualmente vigente che prevede in 30 anni il periodo di massima durata del rapporto concessorio, il testo dell'art.19, come modificato dalla Legge Finanziaria non contempla più alcun limite temporale, consentendo di estendere il periodo di gestione per tutto il tempo necessario ad ottenere un congruo ritorno degli investimenti effettuati. G. LEONE, *op. ult. cit.* 87.

In questa stessa direzione, il legislatore della Merloni ter (Legge 415/98) aveva innalzato a 40 anni la durata massima della concessione, laddove il rapporto concessorio fosse insorto a valle di una procedura per la scelta del promotore ai sensi degli art.37 *bis* e seguenti della legge 109/94.

Pertanto, un intervento siffatto ad opera della Finanziaria del 2002, avrebbe quanto meno necessitato di un raccordo con la disciplina in materia di *project financing* che, invece, è stata toccata dall'intervento riformatore in atto solo con riferimento ad aspetti procedurali attinenti alla eliminazione del calendario rigido di scadenze pensato dal legislatore del 1998.

Le conseguenze potrebbero essere paradossali qualora, a fronte della generale eliminazione del limite di trenta anni quale periodo massimo di durata della concessione, continuasse a permanere il limite di 40 anni in materia di finanza di progetto, istituito in relazione al quale ancora più si avverte l'esigenza di un adeguato ritorno degli investimenti realizzati, laddove il ritorno economico legato alla gestione dell'opera rappresenta il presupposto cardine dell'intera operazione.

Sempre in materia di concessione, la Finanziaria del 2002, elimina il limite del 50% dell'importo totale dei lavori, attualmente previsto dalla legge Merloni, come soglia massima del contributo che l'amministrazione concedente può erogare al concessionario nelle ipotesi di gestione a prezzi amministrati: il prezzo integrativo dei proventi della gestione potrà superare il 50% ed essere corrisposto - a differenza di quanto avviene attualmente - anche in corso di esecuzione, prima del collaudo.

Anche l'istituto del subappalto è toccato dalla riforma, con la previsione di una percentuale subappaltabile fino al 50% della categoria prevalente; l'effetto innovativo è immediatamente percepibile se rapportato alla percentuale in questo momento subappaltabile (30%) e, soprattutto al generale divieto di subappalto esistente in un certo periodo storico.

Di minor conto gli interventi riformatori in materia di programmazione triennale, verifiche degli elaborati progettuali e composizioni della commissione di collaudo.

3.2 La Merloni-quater

La L. n. 166 del 2002, poi, ha usato la tecnica della novellazione della legge Merloni (L. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni), introducendo le modifiche direttamente nel testo di tale legge, sicché ben riesce ad essere battezzata come “Merloni *quater*” (dopo il D.L. 3 aprile 1995, n. 101, conv. nella L. 2 giugno 1995, n. 216, c.d. Merloni *bis*, e la L. 18 novembre 1998, n. 415, c.d. Merloni *ter*).

L’art. 7, L. n. 166 del 2002, che reca modifiche alla L. n. 109 del 1994, esordisce avvertendo che le modifiche hanno carattere parziale e provvisorio, essendo adottate nelle more di una radicale revisione della legge quadro sui lavori pubblici, anche allo scopo di adeguarla alle modifiche del titolo V della parte seconda della Costituzione.

Il D.Lgs. n. 190 del 2002, invece, disciplina la realizzazione delle infrastrutture¹⁰² e degli insediamenti produttivi strategici, regolando sia le procedure di redazione e approvazione dei relativi progetti,

¹⁰² In relazione a quest’ultima materia, in espressa deroga all’art. 19, legge Merloni, viene stabilito che la realizzazione delle infrastrutture è affidata, alternativamente, mediante: concessione di costruzione e gestione; affidamento unitario a contraente generale (art. 6).

sia le procedure di valutazione di impatto ambientale, sia le procedure di affidamento e di scelta del contraente.

3.3 Le modifiche agli artt. 37-bis e ss. in tema di promotore finanziario e società di progetto

In tema di promotore finanziario, disciplinato dagli artt. 37-bis e ss. della legge Merloni, la L. n. 166 del 2002 detta numerose modifiche procedurali relative alle modalità di inserzione della proposta del promotore nel programma triennale, e ai criteri di aggiudicazione della concessione al promotore.

La regola secondo cui le proposte dei promotori vanno presentate entro il 30 giugno di ogni anno – contenuta nel comma 1 dell’art. 37-bis – è sostituita con quella, più elastica, secondo cui fermo restando il termine principale del 30 giugno di ogni anno, le proposte possono essere presentate anche entro il 31 dicembre successivo, se entro la prima scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento.

La regola che riservava alla competenza di un istituto di credito l’asseverazione del piano economico – finanziario¹⁰³ presentato dal

¹⁰³ Nelle procedure di affidamento di lavori mediante il sistema del project financing, diventano essenziali le valutazioni che la stazione appaltante deve compiere in ordine alla coerenza e sostenibilità del piano economico finanziario che accompagna l’offerta: in tale piano si individua il nucleo centrale dell’offerta, la cui congruenza è indispensabile per il giudizio di affidabilità della proposta nel suo complesso (cfr. ex multis Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2002, nr. 3916; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 13 novembre 2006, nr. 2193, T.A.R. Abruzzo, Pescara, 3 marzo 2005, nr. 99; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 9 settembre 2004, nr. 3877; T.A.R.

promotore è stata modificata nel senso di ampliare le categorie dei soggetti abilitati all'attività di asseverazione¹⁰⁴.

Al regolamento generale di cui all'art. 3 è poi demandato di dettare indicazioni per chiarire ed agevolare le attività di asseverazione.

Alla figura del promotore, di cui all'iniziale comma 1 dell'art. 37-bis, viene aggiunta una nuova figura, per così dire di proponente.

In particolare, i soggetti pubblici e privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione triennale, proposte di intervento e studi di fattibilità relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità.

La presentazione¹⁰⁵ non determina né diritti per il proponente, né obblighi per le amministrazioni.

Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 20 maggio 2004, nr. 762). T.A.R. Puglia Bari, Sez. I, 19/04/2007, n.1087

¹⁰⁴ Si può trattare anche di società di servizi costituite dall'istituto di credito ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106, D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia), o di società di revisione di cui all'art. 1, L. 23 novembre 1939, n. 1966. M. RICCHI, Esperto legale presso l'Unità Tecnica Finanza di Progetto - CIPE. *La cessione dei beni immobili della p.a. nel project financing dopo la L. 166/2002*, in *Urbanistica e Appalti* n.2/2003

¹⁰⁵ La presentazione non determina infatti, per le amministrazioni destinatarie, alcun obbligo di esame e valutazione. Vi è solo una mera facoltà di adottare, nell'ambito dei programmi triennali, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse. RICCHI, *op. ult.cit.*, 32.

Tale adozione, tuttavia, non concede alcun diritto al proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti.

Tra i soggetti proponenti vengono inserite, mediante novella al comma 2, le camere di commercio, che, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità o proposte di intervento, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.

Ulteriormente, si stabilisce che la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'art. 1, comma 1, lett. c-bis) del D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153.

Con il nuovo comma 2-bis, inserito dalla novella nell'art. 37-bis, si stabiliscono forme di pubblicità¹⁰⁶ delle proposte dei promotori.

La pubblicità avviene mediante avviso indicativo da pubblicarsi con ben sei differenti modalità: Preminentemente quelle di cui all'art.

¹⁰⁶ La pubblicità deve avvenire entro venti giorni dalla redazione dei programmi, e serve a rendere noto che nei programmi sono presenti interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica. Cfr. G.CARLI, in *Amministrazione in cammino*, in Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione

80 del regolamento generale.¹⁰⁷ In secondo luogo, affissione presso la sede dell'amministrazione per almeno sessanta giorni consecutivi; In terzo luogo, pubblicazione dell'avviso sul sito informatico individuato con D.P.C.M. ai sensi dell'art. 24, L. 24 novembre 2000, n. 340, quando tale sito sarà istituito; Ancora, se istituito, sul sito informatico dell'amministrazione aggiudicatrice; Infine, l'avviso è trasmesso all'Osservatorio dei lavori pubblici, che a sua volta ne dà pubblicità.

Tali modalità costituiscono per legge veri e propri obblighi di comunicazione fermi i quali le amministrazioni hanno anche facoltà di pubblicare lo stesso avviso facendo ricorso a differenti modalità, purché nel rispetto dei principi di cui all'art. 1, comma 1, legge Merloni.¹⁰⁸

In via transitoria, la pubblicazione dell'avviso indicativo non è necessaria¹⁰⁹ entro la data del 30 giugno 2002, per i programmi già approvati alla data di entrata in vigore della L. n. 166 del 2002.

¹⁰⁷ L' art. 80 prevede i seguenti mezzi pubblicitari: gazzetta ufficiale della Unione europea, gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, almeno due quotidiani a diffusione nazionale e almeno due quotidiani a diffusione regionale.

¹⁰⁸ Ex art. 1 L- Merloni: tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori.

¹⁰⁹ Però se entro la data del 30 giugno 2002 non sono pervenute proposte, si fa luogo a pubblicazione dell'avviso indicativo (art. 7, comma 2, L. n. 166 del 2002).

Con il nuovo comma 2-ter dell'art. 37-bis, vengono estesi al procedimento che prende avvio con la proposta del promotore¹¹⁰ i principi di cui alla L. n. 241 del 1990¹¹¹, in relazione alla nomina e alla comunicazione al promotore del nominativo del responsabile del procedimento, come pure alla preliminare istruttoria.

Viene novellato anche l'art. 37-ter, che disciplina la valutazione della proposta del promotore.

In armonia con la maggiore elasticità del termine per la presentazione della proposta¹¹² viene meno il termine del 31 ottobre di ogni anno per la pronuncia su quest'ultima, e si stabilisce il termine di quattro mesi decorrenti dalla ricezione della proposta del promotore, con ulteriore possibilità di proroga del termine.¹¹³

¹¹⁰ Non si applicano, però, alla proposta del proponente dalla quale non deriva se non la facoltà dell'amministrazione di prenderla in considerazione

¹¹¹ Si stabilisce che entro quindici giorni dalla ricezione della proposta le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla nomina e alla comunicazione al promotore del nominativo del responsabile del procedimento, nonché alla preliminare istruttoria, mediante verifica della completezza dei documenti presentati e eventuale dettagliata richiesta di integrazione. Cfr. comma 2, art. 37/bis, L. 109/94, mod da L. 166/2002. Cfr. G. CARLI, *op.ult.cit.*

¹¹² Non più necessariamente il 30 giugno, ma eventualmente anche il 31 dicembre. Cfr. art. 37-bis e art. 37-ter L. 109/94.

¹¹³ Peraltro tale termine è prorogabile, se necessario, su accordo scritto tra il responsabile del procedimento e il promotore, accordo avente per oggetto un più lungo programma di esame e valutazione. Il contraddittorio tra responsabile e promotore viene ulteriormente ampliato, perché nella procedura negoziata di cui al successivo art. 37-quater (procedura negoziata in cui vengono in comparazione la proposta del promotore e quelle di altri concorrenti) il promotore può adeguare la propria proposta a quella di un terzo, che l'amministrazione abbia giudicato più conveniente. In tal caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione. Si tratta, all'evidenza, di una norma di favore per il promotore, per valorizzarne e premiarne l'impegno e l'attività propositiva. Tale norma di favore opera anche in via transitoria per le proposte già ricevute dalle amministrazioni e non ancora istruite, alle quali viene estesa la nuova procedura di comparazione, e i termini decorrono dalla data di entrata in vigore della L. n. 166 del 2002 (art. 7, comma 2, L. n. 166 del 2002). G. CARLI, *op.ult.cit.*

Una volta spostato in avanti il termine per la presentazione della proposta e conseguentemente quello per la pronuncia sulla stessa, viene differito anche quello per la successiva attività dell'amministrazione, consistente nell'indizione della gara prodromica alla procedura negoziata per l'affidamento della concessione al promotore o ad altro concorrente.

Il termine, inizialmente fissato al 31 dicembre, è ora di tre mesi decorrenti dalla pronuncia sulla proposta (art. 37-quater, comma 1, come novellato).

La gara può avvenire, ora, anche mediante appalto- concorso, procedura che viene ulteriormente valorizzata.

Altra modifica¹¹⁴ riguarda il rimborso delle spese da parte del promotore che risulti aggiudicatario agli altri partecipanti alla procedura negoziata.

La norma dell'art. 37-*quater* è stata modificata anzitutto nel senso che il rimborso delle spese spetta solo se la gara è stata esperita

¹¹⁴ Il testo originario dell'art. 37-quater, comma 5, primo periodo, così stabiliva: <<Nel caso in cui nella procedura negoziata di cui al comma 1, lettera b), il promotore risulti aggiudicatario, lo stesso è tenuto a versare all'altro soggetto, ovvero agli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura, una somma pari all'importo di cui all'articolo 37-bis, comma 1, ultimo periodo. Qualora alla procedura negoziata abbiano partecipato due soggetti, oltre al promotore, la somma va ripartita nella misura del 60 per cento al migliore offerente nella gara e del 40 per cento al secondo offerente>>. Cfr. testo originario dell'art. 37-*quater*.

mediante appalto-concorso e nella successiva procedura negoziata il promotore risulti aggiudicatario.

In secondo luogo nell'originaria previsione la somma pari all'importo di cui all'art. 37-bis, comma 1, ultimo periodo¹¹⁵ era in ogni caso dovuta agli altri concorrenti, a prescindere dalla prova delle spese sostenute.

Invece¹¹⁶, nella nuova disciplina è dovuto solo il rimborso delle spese sostenute e documentate, nel limite massimo dell'importo di cui all'art. 37-bis, comma 1, ultimo periodo.

Da ultimo, va segnalato un refuso nel nuovo art. 37-quater comma 5, che sostituisce il rinvio all'art. 37-bis, comma 1, ultimo periodo con il rinvio all'art. 37-bis, comma 1, quinto periodo.

Nel sovrappiombamento di modifiche apportate all'art. 37-bis, comma 1, il legislatore non si è reso conto che il quinto periodo del comma 1 dell'art. 37-bis non riguarda le spese sostenute dal promotore, ma

¹¹⁵ Corrispondente alle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere d'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. G. PASQUINI, *Il project financing*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2002, 32.

¹¹⁶ Infine, nella vecchia disciplina la somma doveva essere ripartita forfetariamente nella misura del 60% al migliore offerente (diverso dal promotore) e del 40% al secondo migliore offerente. Emergeva, dunque, con chiarezza, che non si trattava di un rimborso spese vero e proprio, ma di una indennità – premio per l'offerta presentata. Ora, invece, trattandosi di rimborso spese vero e proprio, va ripartito in proporzione alle spese effettivamente sostenute dagli altri due offerenti, e non in base alla bontà delle offerte. G. PASQUINI, *op. ult. cit.* 65.

una diversa materia introdotta dalla novella, mentre le spese sono disciplinate dal sesto e settimo periodo (penultimo e ultimo).

Nel corpo dell'art. 37-quater è stato abrogato il comma 6¹¹⁷, tale abrogazione è coerente con le modifiche introdotte nell'art. 2 che consentono maggiore libertà per il concessionario nell'affidamento a terzi mediante appalto di una percentuale dei lavori oggetto della concessione.

Va ricordato che l'obbligo legale di appaltare una percentuale minima dei lavori si trasforma in facoltà.¹¹⁸

La regola generale introdotta nell'art. 2, vale ora pure per il concessionario d'opera proposta dal promotore finanziario.

¹¹⁷ A norma del quale: I soggetti aggiudicatari della concessione di cui al presente articolo sono obbligati, in deroga alla disposizione di cui all'articolo 2, comma 4, terzultimo periodo, ad appaltare a terzi una percentuale minima del 30 per cento dei lavori oggetto della concessione. Restano ferme le ulteriori disposizioni del predetto comma 4 dell'articolo 2. Cfr. art. 37-quater, comma 6.

¹¹⁸ L'obbligo di appaltare a terzi una percentuale minima del 40% dei lavori è stato mantenuto, in via transitoria, pure per il concessionario di infrastrutture strategiche, che siano già state affidate, rinnovate o prorogate alla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 190 del 2002 (art. 7, comma 4, D.Lgs. n. 190). Invece, per il futuro viene innovato il regime precedente, nel senso che non c'è più l'obbligo di legge per i concessionari di appaltare a terzi una percentuale minima del 40% dei lavori; è invece solo facoltà delle stazioni appaltanti di chiedere, nel contratto di concessione, che i concessionari affidino ai terzi appalti corrispondenti ad una percentuale minima del 30% del valore globale dei lavori oggetto della concessione, ovvero di invitare i candidati concessionari a dichiarare nella loro offerta la percentuale, ove sussista, del valore globale dei lavori oggetto della concessione che essi intendono affidare ai terzi (art. 2, comma 3, novellato). Tale impegno può essere facoltativamente imposto dalle stazioni appaltanti con espressa previsione del contratto di concessione, ovvero può formare oggetto di una dichiarazione contenuta nell'offerta del concorrente su invito delle stazioni appaltanti. Cfr. R. DE NICTOLIS, *Novità in materia di Lavori Pubblici ex L.166/00 e ex L. 190/02*, in www.Giurdanella.it.

Nell'art. 37-*quinquies*, relativo alle società di progetto viene inserito un nuovo comma 1-ter, volto a dettare una più dettagliata disciplina del rapporto tra stazione appaltante e società di progetto.

Va, sinteticamente, richiamato alla mente che, in base alla disciplina già vigente, sia nel caso di aggiudicazione di concessione ai sensi dell'art. 37-*quater*¹¹⁹ sia nel caso di aggiudicazione di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile.

La società così costituita diventa la concessionaria subentrando¹²⁰ nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione.

Sono poi stabilite alcune garanzie per la stazione appaltante nel caso di pagamento di un prezzo in corso d'opera.

¹¹⁹ Vale a dire sulla base della proposta del promotore.

¹²⁰ Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario. Il nuovo comma 1-ter ribadisce che il subentro della società di progetto all'originario aggiudicatario non costituisce cessione di contratto, e che la società diviene a sua volta concessionaria. Aggiunge che il titolo di concessionaria si acquisisce <<a titolo originario>> e che la società di progetto sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente. Cfr. BATTISTA BOSETTI, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici, testo coordinato e commentato*, II ed..Maggioli, 2003, 43.

In tale ipotesi, i soci della società di progetto restano solidalmente responsabili con la società nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso di quanto percepito¹²¹.

Ulteriore aspetto che viene regolato, per meglio garantire le stazioni appaltanti, è quello relativo alla cessione delle quote della società di progetto, con precisa indicazione dei limiti alla cessione¹²².

Tali limiti alla cessione non valgono nel caso di ingresso nel capitale sociale della società di progetto o di smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche o altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione. È disposto, infatti, che tali soggetti possano intervenire in qualsiasi momento.

Altre norme in materia di promotore finanziario¹²³ e società di progetto non sono state inserite nella legge Merloni, ma rimangono direttamente nella L. n. 166 del 2002.

¹²¹ In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme ricevute a titolo di prezzo in corso d'opera, con effetto liberatorio per i soci. Tali garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Cfr. BATTISTA, BOSETTI, *op.ult.cit.*, 44.

¹²² Si stabilisce che spetta al contratto di concessione stabilire le modalità per la eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a rimanere nella società e a garantire, nel limite della propria quota, il buon adempimento degli obblighi della società concessionaria sino alla data di emissione del certificato di collaudo. Cfr. BATTISTA, BOSETTI, *op.ult.cit.*, 44.

L'art. 9, L. n. 166 include una delega al governo in materia di finanziamento delle società di progetto. Il Governo è delegato ad adottare entro dodici mesi dall'entrata in vigore della L. n. 166 un decreto legislativo inteso ad agevolare anche con opportune deroghe alle previsioni del codice civile in materia, il finanziamento delle società di progetto concessionarie o contraenti generali, da parte delle banche, attenendosi ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) la società finanziata potrà cedere, alle banche che erogano i finanziamenti, i propri crediti, ivi inclusi quelli verso il concedente o committente, senza il consenso del contraente ceduto; norma analoga è dettata per la società di progetto del contraente generale dall'art. 9, comma 11, D.Lgs. n. 190 del 2002, che si commenta nel paragrafo che segue;

b) la società finanziata potrà costituire, in favore della banca che eroga i finanziamenti, privilegio generale su tutti i beni ed i crediti della società stessa, anche a consistenza variabile;

¹²³ L'art. 8, L. n. 166 stabilisce che le stazioni appaltanti, per realizzare interventi riguardanti le aree depresse del Paese, possono avvalersi, per le attività tecniche, economiche e finanziarie occorrenti, delle convenzioni con la Sviluppo Italia Spa. Tali interventi potranno essere realizzati <<anche mediante finanza di progetto>>. Cfr. art. 8, L. 166/02.

- c) i diritti dei terzi contraenti delle società finanziate dovranno essere salvaguardati con adeguate forme di pubblicità, attraverso lo strumento del registro delle imprese;
- d) mantenimento del capitale sociale al fine di salvaguardare la capacità di rimborso del finanziamento.

3.4 Segue: il promotore d'infrastrutture e la società di progetto del contraente generale

L' art 8 del D.Lgs. n. 190 del 2002 introduce ulteriori norme in tema di promotore e di società di progetto relative alla realizzazione di infrastrutture strategiche.

Quanto al promotore d'infrastrutture, le norme peculiari riguardano anzitutto i termini per la presentazione della proposta del promotore.

La disciplina generale di cui all'art. 37-bis della legge Merloni, che prevede la presentazione della proposta entro il 30 giugno ovvero il 31 dicembre di ciascun anno, si applica per le proposte relative ad infrastrutture solo in via residuale.

Ma la regola ordinaria è quella che il procedimento prende avvio mediante una "sollecitazione pubblica"¹²⁴ delle proposte dei promotori.

Ai sensi dell'art. 8, comma 2, non vengono prese in esame le proposte pervenute oltre la scadenza del termine.

¹²⁴ In particolare, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti pubblica sul proprio sito informatico, e, una volta istituito, sul sito informatico individuato dal P.C.M. ai sensi della L. n. 340 del 2002, nonché sulle gazzette ufficiali italiana e comunitaria, "la lista delle infrastrutture per le quali il soggetto aggiudicatore ritiene di sollecitare la presentazione di proposte da parte di promotori ai sensi dell'art. 37-bis della legge quadro, precisando, per ciascuna infrastruttura, il termine non inferiore a quattro mesi entro il quale i promotori possono presentare le proposte nonché l'ufficio competente a riceverle e presso il quale gli interessati possono ottenere le informazioni utili"(art. 8, comma 1, D.Lgs. n. 190). Cfr. BATTISTA BOSETTI, *op.ult. cit.*,52.

Solo se l'avviso non venga pubblicato, il promotore ha facoltà di presentare la proposta nel rispetto dei termini di cui all'art. 37-bis, legge Merloni.

Nel caso in cui la proposta venga valutata di pubblico interesse da parte del soggetto aggiudicatore, competerà a quest'ultimo promuovere, se ritenuta necessaria, la procedura di v.i.a. (valutazione di impatto ambientale) e quella di localizzazione urbanistica (art. 8, comma 3, D.Lgs. n. 190)¹²⁵.

La gara di cui all'art. 37-*quater*, prodromica alla procedura negoziata per l'affidamento in concessione dell'opera oggetto della proposta del promotore, nel caso di infrastrutture viene bandita entro un mese dalla approvazione da parte del CIPE del progetto preliminare¹²⁶. Quanto alla società di progetto del contraente generale, l'art. 9, comma 6, D.Lgs. n. 190 del 2002 stabilisce che se il contraente generale è costituito da più soggetti, lo stesso provvede

¹²⁵ La proposta del promotore viene poi valutata anche dal CIPE, unitamente al progetto preliminare (art. 8, comma 4, D.Lgs. n. 190). Se il CIPE non ritiene di approvare la proposta può rimetterla alla stazione appaltante per una nuova istruttoria o per la realizzazione dell'opera con diversa procedura. Cfr. BATTISTA BOSETTI, *op.ult. cit.*, 52.

¹²⁶ La gara si svolge non secondo le regole di cui all'art. 3-*quater*, bensì secondo quelle di cui all'art. 10 del D.Lgs. n. 190. La gara si svolgerà pertanto mediante licitazione privata o appalto concorso; alla stessa seguirà la procedura negoziata che invece continua a svolgersi secondo le regole della legge Merloni. Cfr. BATTISTA BOSETTI, *op.ult. cit.*, 52.

alla esecuzione unitaria dei propri compiti a mezzo di società di progetto.

La società di progetto del contraente generale è regolata dall'art. 37-quinquies della legge Merloni, e dalle specifiche disposizioni contenute nell'art. 9, commi 10, 11 e 12, D.Lgs. n. 190.

Mentre nell'art. 37-quinquies la costituzione di società di progetto è solo facoltativa per l'aggiudicatario, nel D.Lgs. n. 190 è obbligatoria se il contraente generale è costituito da più soggetti.

Come nell'art. 37-quinquies, anche nel D.Lgs. n. 190 la società di progetto ha forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, e il bando indica il capitale minimo della società di progetto (art. 9, comma 10).

Alla società di progetto del contraente generale possono partecipare, oltre ai soggetti componenti, il contraente generale, istituzioni finanziarie, assicurative e tecnico operative preventivamente indicate in sede di gara.

Come nell'art. 37-quinquies la società di progetto subentra al contraente generale in tutti i rapporti con la stazione appaltante, senza che il subentro costituisca cessione di contratto e senza alcuna autorizzazione. Restano però salve le necessarie verifiche antimafia.

L'art. 9, D.Lgs. n. 190 detta una disciplina analoga a quella contenuta nel nuovo comma 1-ter dell'art. 37-quinquies, legge Merloni, introdotto dalla L. n. 166 del 2002, in tema di responsabilità solidale¹²⁷ dei soci della società di progetto e di cessione delle quote della società.

Più confusa è la disciplina contenuta nell'art. 9, comma 10, D.Lgs. n. 190: invero, nell'affidamento a contraente generale, non necessariamente il prezzo viene pagato in corso d'opera; ma la responsabilità solidale dei soci sembra prevista in ogni caso¹²⁸, e non solo in caso di pagamenti in corso d'opera: tale responsabilità solidale, poi, non ha ad oggetto, come nell'art. 37-quinquies la restituzione del prezzo percepito, bensì la buona esecuzione del contratto.

La disamina delle norme permette di notare una certa discrasia circa l'ambito della responsabilità solidale dei soci della società di

¹²⁷ Nell'art. 37-quinquies, comma 1-ter, si stabilisce che i soci sono solidalmente responsabili con la società di progetto, verso la stazione appaltante, per la eventuale restituzione del prezzo percepito, ma tanto solo nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera. Cfr. BATTISTA BOSETTI, *op.ult. cit.*,54.

¹²⁸ Alla maggiore ampiezza della responsabilità solidale dei soci corrisponde, peraltro, la possibilità di escluderla nel contratto di affidamento. Peraltro, poi, viene prevista una alternativa alla responsabilità solidale dei soci identica a quella ipotizzata dall'art. 37-quinquies, vale a dire la prestazione, da parte della società di progetto, di garanzie bancarie e assicurative, questa volta per la sola restituzione delle somme percepite in corso d'opera, con effetto liberatorio per i soci, e con cessazione delle garanzie alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Cfr. BATTISTA BOSETTI, *op.ult. cit.*,54.

progetto del contraente generale. Infatti, una volta viene indicata come responsabilità per la buona esecuzione del contratto, e una volta come responsabilità per la restituzione delle somme percepite in corso d'opera.

Per quanto riguarda la cessione delle quote della società di progetto, la disciplina, dettata dall'art. 9, comma 11, D.Lgs. n. 190, è identica¹²⁹ a quella contenuta nel nuovo comma 1-ter dell'art. 37-quinquies, introdotto dalla L. n. 166.

È previsto che la società di progetto possa emettere obbligazioni¹³⁰ per il finanziamento della quota di valore dell'opera che deve essere realizzata dal contraente generale.

Questo avviene con anticipazione di risorse proprie (*prefinanziamento dell'opera pubblica*), previa autorizzazione degli organi di vigilanza, anche in deroga ai limiti di cui all'art. 2410 cod. civ. (*ex art. 9, comma 12, D.Lgs. n. 190*).

¹²⁹ In uno con la cessione delle quote societarie, peraltro, l'art. 9, comma 11, regola materia del tutto diversa, salvo che, parzialmente, nel nome, quella della cessione dei crediti del contraente generale. Si stabilisce che nel caso in cui il contraente generale ceda i propri crediti verso la stazione appaltante ad una società di factoring (ai sensi dell'art. 26, comma 5, legge Merloni, e dunque della L. 21 febbraio 1991, n. 52), la stazione appaltante non può opporsi alla cessione del credito. Come già osservato, norma analoga è prevista dall'art. 9, comma 1, lett. a), L. n. 166 del 2002.

¹³⁰ Circa le garanzie necessarie a sostenere l'emissione delle obbligazioni non viene operato, per le obbligazioni, un rinvio all'art. 37-sexies della legge Merloni, che disciplina in termini generali la emissione di obbligazioni da parte delle società di progetto, sancendo la necessità di una garanzia pro-quota mediante ipoteca. Sicché, sembra da ritenere che l'unica garanzia richiesta sia quella specificamente indicata nell'art. 9, comma 12, vale a dire la garanzia del soggetto aggiudicatore nei limiti del proprio debito verso il contraente generale. Cfr. BATTISTA BOSETTI, *op.ult. cit.*, 54.

Circa la garanzia si stabilisce, in particolare, che “il soggetto aggiudicatore garantisce il pagamento delle obbligazioni emesse, nei limiti del proprio debito verso il contraente generale quale risultante da stati di avanzamento emessi ovvero dal conto finale o dal certificato di collaudo dell’opera”¹³¹.

La garanzia del soggetto aggiudicatore, sembra rendere più agevole il collocamento sul mercato delle obbligazioni, riducendo il rischio del relativo investimento per i risparmiatori.

Le modalità con cui deve operare la garanzia del soggetto aggiudicatore dovranno essere stabilite con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

Le obbligazioni garantite [...possono essere utilizzate per la costituzione delle riserve bancarie o assicurative previste dalla legislazione vigente....], e se la garanzia è prestata dallo Stato è inserita [...nell’elenco allegato allo stato di previsione del Ministero dell’economia e delle finanze, di cui all’articolo 13 della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni ed integrazioni...].

¹³¹ Cfr. *ex art.* 9, comma 12, D.Lgs. n. 190.

È da ritenere che le società di progetto contraenti generali potranno avvalersi anche delle forme di finanziamento di cui all'art. 9, L. n. 166 del 2002, dato che tale articolo si riferisce specificatamente non solo alle società di progetto concessionarie, ma anche a quelle contraenti generali.

Capitolo 4

La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo decreto correttivo

4.1 Premessa

Il legislatore italiano con il terzo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici D.lgs 11 settembre 2008, rivoluzionando il procedimento con il promotore che ha gemmato due procedimenti alternativi originali entrambi caratterizzati dalla semplificazione dell'articolazione del processo di gara e un terzo percorso, condizionato dall'inattività della P.A. che apre a tre possibili sub procedimenti: promotore monofase; bifase e additivo¹³².

È stato migliorato il processo propositivo di inserimento nella programmazione di opere tramite il promotore da parte di terzi esterni all'amministrazione; infatti, i soggetti che possono presentare i suggerimenti da inserire negli atti programmatori, devono possedere dei requisiti di qualificazione molto più rigorosi a garanzia della serietà del loro impegno. Questa modalità programmatoria, ora disciplinata dal comma 19 dell'art. 153 del Codice, circoscrive i requisiti di qualificazione posseduti dagli operatori economici privati solo a quelli indicati al comma 8 e al

¹³² M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 12/2008, 1375 e ss.

comma 20, e non più genericamente riferibili a tutti soggetti pubblici e privati. Si noti come i soggetti pubblici non siano più menzionati, forse per evitare le interferenze reciproche nelle programmazioni tra amministrazioni pubbliche e per presa d'atto di scarso realismo della norma previgente.

Lo studio di fattibilità, redatto dai terzi qualificati, diventa l'unico documento da sottoporre alla PA ai fini dell'inserimento dell'opera nella programmazione pubblica; le semplici proposte di intervento non sono più sufficienti perché non garantivano il necessario approfondimenti e costringevano, comunque, la PA diligente a redigere lo studio di fattibilità. Rimane inalterato l'impianto autorizzatorio che da facoltà alla PA di decidere se accettare la proposta di inserimento nella programmazione, senza l'obbligo di corrispondere un prezzo anche in caso di accoglimento e di acquisizione dello studio di fattibilità del privato. Inoltre, è stato imposto alla PA il termine sollecitatorio di 6 mesi per decidere se adottare gli studi di fattibilità proposti dai terzi: ciò a tutela dei privati che investono sulla redazione dello studio di fattibilità proprio per l'opportunità di vederlo accolto nei documenti

programmatori in tempi certi, guadagnando così un lecito vantaggio competitivo sull'operazione successiva.

4.2 Il coinvolgimento di terzi nella programmazione: il promotore monofasico

L'attuale art. 153 del Codice accorpa i contenuti modificati degli artt. 154 e 155 previgenti e delinea il procedimento del promotore monofasico dal comma 1 al comma 14.

Le precisazioni riferite all'obbligo di predisposizione di uno studio di fattibilità prima di lanciare la gara, la possibile programmazione nell'elenco annuale delle opere pubbliche solo sulla base dello studio di fattibilità *ex art.* 128, comma 6 del Codice, la necessità di condizionare la pubblicazione del bando, che da l'avvio alla selezione del promotore, alle modalità previste *ex art.* 66 o 122 del Codice, rispondono ad esigenze minime di individuazione degli obiettivi pubblici e di comunicazione al mercato europeo¹³³.

Nella previgente disciplina questi *standard* erano stati messi in discussione dall'ambiguità delle disposizioni che consentivano interpretazioni elusive. Infatti, nella pratica si riteneva che lo studio di fattibilità non dovesse essere predisposto dalla PA o non dovesse essere approfondito adeguatamente in fase di programmazione, perché i concorrenti ne redigevano uno proprio al momento della

¹³³ UTFP News n. 3, *Il Mercato europeo del PPP: analisi, criticità e proposte*, in www.utfp.it Approfondimenti, ottobre-dicembre 2008.

presentazione della proposta¹³⁴. Inoltre, il previgente art. 153, comma 3, prescrivendo la pubblicazione dell'avviso solo sui siti informatici di cui all'art. 66, comma 7 del Codice, consentiva di escludere la pubblicità in GURI e soprattutto in GUCE, perché l'avviso non veniva ritenuto un bando¹³⁵; i commi 2 e 3 dell'art. 153 del Codice fugano ogni possibile equivoco sulla necessità di pubblicare un vero e proprio bando, utilizzando tutti i mezzi di pubblicità obbligatori che gli sono propri a seconda che il loro valore sia sopra o sottosoglia¹³⁶.

Gli stessi commi 2 e 3 dell'art. 153 del Codice stabiliscono i contenuti obbligatori del bando riferendosi a quelli *standard* per le concessioni previsti dall'art. 144 del Codice; nel procedimento monofase, però, sono stati aggiunti due contenuti specifici.

¹³⁴ Questa svante prassi amministrativa e la corretta interpretazione che chiarisce l'obbligatorietà dello studio di fattibilità nelle operazioni con il promotore è stata sottolineata, con la richiesta di una precisazione normativa, nel documento UTFP, *10 Temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto*, in sito web www.utfp.it, 2005, pp. 5 e ss. Nello stesso documento vengono suggeriti alcuni contenuti necessari dello studio di fattibilità per l'affidamento di contratti di concessione, in particolare l'analisi del *value for money*, l'applicazione del *public sector comparator*, la previsione dello scenario di fallimento, la previsione di una opportuna distribuzione dei rischi, la valutazione di impatto sul debito pubblico, *etc.*

¹³⁵ Per la centralità dell'avviso e la sua assimilabilità al bando vedi la determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, n. 8 dell'11 ottobre 2007.

¹³⁶ Il parere del Consiglio di Stato reso in adunanza del 14 luglio 2008, p. 9, sullo schema di decreto legislativo recante ulteriori modifiche ed integrazioni al D.Lgs. 163/2006, sottolinea come sia stato risolto il problema di pubblicità dell'avviso sollevato dalla Commissione europea laddove "al comma 3 si stabilisce che il bando di gara va pubblicato con le modalità di cui all'articolo 66 ovvero di cui all'articolo 120".

Questi nuovi contenuti del bando, elencati nell'art. 153, comma 3, *sub* lett. a) e b), costituiscono il fondamentale meccanismo regolatorio del nuovo procedimento fissato dalla legge, in particolare *sub* lett. a) l'amministrazione aggiudicatrice, una volta individuato il promotore, ha la possibilità di chiedergli di apportare alla sua offerta quelle modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e i conseguenti adeguamenti del piano economico-finanziario (PEF).

La vigente disciplina consente di stabilire i limiti, i contenuti e il tempo di esercizio del potere di richiedere modifiche all'offerta, che nel previgente art. 155, comma 1, lett. a) del Codice, era solo ellitticamente presupposto, laddove la PA poneva "a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, *eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse*". Tale incisività prescrittiva ha autorizzato alcune posizioni interpretative rigide, che non ammettevano sostanziali modifiche al progetto e soprattutto al PEF, la cui variazione era il sintomo che si stavano travalicando i limiti consentiti di esercizio del potere di variazione. Quella posizione, rendendo intangibile la proposta, generava due inefficienze:

1) la prima bloccava *sine die* i procedimenti di aggiudicazione le cui proposte erano sottoposte a richieste di modifica, perché i costi aggiuntivi non potevano trovare accoglimento nel PEF;

2) la seconda, ancor più grave, non consentiva alla PA di modificare la proposta per centrare il pubblico interesse. La PA era obbligata nei fatti ad accettare una proposta mediocre piuttosto che azzerare una gara così complessa e dispendiosa.

La soluzione offerta dalla nuova formulazione dell'art. 153, comma 3, lett. a) non lascia dubbi riguardo la possibilità di apportare le modiche prescritte in sede di conferenza di servizi, disciplinate dagli artt. 14 *bis* e ss. della legge 7 agosto 1990, n. 241, per il richiamo del successivo comma 10, lett. c) all'art. 97 del Codice.

Neppure deve mettersi in dubbio la possibilità di richiedere modifiche progettuali e del PEF dalla stessa PA procedente in fase di approvazione del progetto: ciò sia per continuità con quella parte della giurisprudenza e dottrina¹³⁷ focalizzata sull'efficienza dell'azione amministrativa e sia, soprattutto, per l'esplicito richiamo normativo. La nuova disciplina sancisce una prescrizione di carattere generale, laddove al comma 3 si

¹³⁷ In particolare G. F. CARTEI, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici*, in "Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici", a cura di G. F. Cartei, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, pp. 219-250.

riferisce alle “modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto”: queste, infatti, comprendono sia le eventuali richieste di modifica della stessa PA che, ai sensi del comma 10, quelle generate dalla conferenza di servizi.

A questo punto si impone una riflessione supplementare proprio alla luce dei compiti regolatori della PA. Se dovessimo accettare la soluzione interpretativa che limita le richieste alle sole modifiche progettuali dell'amministrazione e a quelle emerse in conferenza di servizi -il PEF muta di conseguenza per mantenere il nuovo equilibrio economico-finanziario imposto dalle modifiche-, la PA si esporrebbe alla circostanza di poter sottoscrivere un contratto di concessione comprensivo di cospicue rendite non giustificate dai rischi assunti dal concessionario. Il limite della procedura monofase risiede nell'impossibilità di sottoporre a confronto concorrenziale la proposta prescelta per ridurre gli ingiustificati margini di profitto¹³⁸. Questo esito si evita se la PA si comporta come un'Autority¹³⁹: con la capacità

¹³⁸ F. MERUSI, *Certezza e rischio nella Finanza di Progetto delle Opere Pubbliche*, in *Finanza di Progetto* a cura di Morbidelli G., Giappichelli, Torino, 2004, p. 20. L'Autore evidenzia che, qualora non si chiedesse al mercato in regime di concorrenza di realizzare un'opera pubblica in finanza di progetto, si favorirebbero iniziative di tipo parassitario introducendo tra le spese dell'opera costi non necessari.

¹³⁹ Se ciascuna stazione appaltante si comportasse come una Authority dei contratti e *antitrust* si creerebbe un sistema a rete molto efficiente nella regolazione della conduzione delle gare, il cui nucleo denso è rappresentato dalle Authority nazionali. Sembra intravedersi la possibilità di un

valutare ed imporre, in fase di approvazione del progetto, l'eliminazione delle rendite, ad esempio ridimensionando i costi esposti di costruzione, i canoni richiesti alla PA per le opere fredde, il contributo pubblico in conto costruzione o gestione e procedere ad una più equa distribuzione dei rischi, *etc*, in altre parole far pagare meno alla collettività i servizi pubblici¹⁴⁰.

In una ricostruzione sistematica, la PA soddisfa il pubblico interesse non solo imponendo le modifiche progettuali ritenute opportune ma, anche, pagando al mercato il prezzo giusto per l'opera pubblica e per i servizi erogati alla collettività. Le concessioni sono un patrimonio pubblico e

tale disegno in L. GIAMPAOLINO, *L'attività di regolazione come strumento di efficienza del mercato dei contratti pubblici*, Convegno Infrastrutture e servizi: Competitività e Regole, Roma 26 giugno 2008, laddove segnala l'esigenza di "Un grande patto, in un comune contesto di garanzie, soprattutto per aumentare gli investimenti pubblici e privati, (che) deve pertanto collegare in un circuito virtuoso Autorità, stazioni appaltanti, imprese e cittadini che, come utenti di servizi, devono entrare in un contesto bilaterale di segnalazioni e di informazioni."

¹⁴⁰ La Sentenza Tar Campania-Napoli n. 9571/2004, dichiara apertamente il compito della PA di controllare il PEF laddove "Alla stazione appaltante non è precluso l'accertamento della coerenza e della sostenibilità economica dell'offerta [...] contenuto in re ipsa nell'esame del PEF [...] non è dunque ammissibile la sottrazione del PEF -che questi equilibri spiega e giustifica- a una seria valutazione di sostenibilità della stazione appaltante [...] Valutazione di sostenibilità che [...] non può identificarsi o risolversi nell'asseverazione bancaria che [...] non sostituisce la valutazione amministrativa ma ne costituisce un presupposto di partenza." La coerenza e la sostenibilità del PEF riguarda anche la congruenza del contributo pubblico, la veridicità dei dati di *input* compresi i costi corretti di costruzione, di gestione, di strutturazione finanziaria, di domanda, *etc*. Sull'esigenza di imporre una corretta distribuzione dei rischi tra PA e privato concessionario si sofferma la Sentenza Tar Lombardia-Brescia, n. 398/2007, precisa infatti che "L'allocatione del rischio deve quindi essere rispettosa degli indirizzi comunitari che definiscono la categoria della concessione e le forme di partenariato pubblico privato [...] La ripartizione dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi [...] *La scelta del Comune di non sottoscrivere l'originario schema di convenzione è quindi giustificata dalla necessità di rimediare a una distribuzione dei rischi non conforme alle caratteristiche della concessione di lavori mediante finanza di progetto*".

per tale motivo non possono essere svalutate¹⁴¹ con un corrispondente arricchimento ingiustificato del *partner* privato; a ragione di ciò è sufficiente richiamare il principio di rango comunitario sancito dall'art. 2 del Codice, laddove “l'affidamento e l'esecuzione di opere lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi *nel rispetto dei principi di economicità...*”.

Il secondo contenuto obbligatorio del bando, ai sensi dell'art. 153, comma 3, lett. b) del Codice, prescrive che, in caso di rifiuto del promotore di apportare le modifiche indicate, l'amministrazione ha la facoltà di chiedere ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione del contratto con le modifiche. Il primo dei concorrenti in ordine di chiamata che esprime il consenso succede nella qualifica di promotore e si assicura la sottoscrizione del contratto. Questa disposizione tiene il promotore sotto pressione per l'accettazione delle modifiche alla sua offerta e, soprattutto, solleva la PA dal “ricatto” della mancanza di aggiudicatari alternativi. Il potere regolatorio della PA di ottenere le

¹⁴¹ M. RICCHI, *Finanza di Progetto, Contributo Pubblico, Controllo ed Equità (Le Concessioni sono Patrimonio Pubblico)*, in *Il Diritto dell'Economia*, n. 3, 2006, pp. 579 e ss. L'A. si sofferma sulla necessità di garantire una equità tra le parti nei contratti di concessione non solo alla firma del contratto ma per tutta la sua durata; ciò potrà avvenire solo inserendo delle clausole di retrocessione degli *extra*-profitti, non collegate agli effettivi rischi assunti dal concessionario e con un pregnante controllo contabile per evitare opportunismi *post* contrattuali, diversamente la PA potrebbe firmare dei contratti predatori delle sue stesse risorse.

modifiche dal promotore è fortificato dalla minaccia di poter perdere il contratto. Si osservi come la sanzione sia necessaria specialmente quando la PA interviene sulla proposta riducendo le eventuali rendite ingiustificate, quando invece la richiesta di modifiche impone nuovi costi, il promotore non ha ragioni per rinunciare al contratto perchè il PEF viene obbligatoriamente riequilibrato.

Al promotore che dovesse recedere è, comunque, garantita una compensazione economica pari al costo di predisposizione dell'offerta non superiore al 2.5% del valore di investimento ai sensi del comma 12 dell'art. 153 del Codice. Il concorrente subentrato è tenuto al pagamento dell'indennizzo al promotore receduto e senza dubbio ne sopporterà integralmente il costo, non potendolo inscrivere nel PEF che regolerà il suo rapporto concessorio con la PA.

Ai sensi dell'art. 153, comma 10, lett. d), qualora si dovesse verificare il caso che la proposta non necessiti di modifiche, la PA procede direttamente alla stipula della concessione; la previsione certamente stimolerà gli aspiranti promotori a sottoporre "l'offerta perfetta" e la PA sarà tenuta a verifiche approfondite.

La nuova disciplina all'art. 153, comma 10 risolve la gran parte del problema del c.d. rischio amministrativo, imponendo l'attivazione

obbligatoria della conferenza dei servizi¹⁴² ai sensi dell'art. 97 del Codice, sul progetto preliminare presentato dal promotore anche ai fini della valutazione di impatto ambientale. Questo rischio è legato ai pareri, autorizzazioni, nulla osta comunque denominati che devono essere rilasciati da quegli enti della PA che presiedono la tutela di interessi pubblici specifici come quello ambientale, paesaggistico-territoriale, storico-artistico, della salute e della pubblica incolumità. Nel sistema previgente accadeva alla PA di esprimersi sulla conformità del progetto a questi differenti interessi imponendo delle prescrizioni in momenti successivi alla pubblicazione dell'avviso *ex* previgente art. 153, comma 3, del Codice; rischiando così di far saltare il PEF di ogni proposta e, dunque, il “banco” della finanza di progetto. Le prescrizioni onerose, portatrici di nuovi costi, che intervenivano successivamente alla presentazione delle proposte o che modificavano il *lay-out* progettuale, rendevano insensato il procedimento rivolto all'individuazione del miglior progetto, falsando, in particolari circostanze, la concorrenza, ed espandevano senza controllo i tempi del già lungo procedimento. Poiché la volontà della PA si manifestava “a rate”, la soluzione era di provocare,

¹⁴² G. D. COMPORTI, *Voce: Conferenza di servizi*, Dizionario di Diritto Pubblico diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006, 55.

prima della chiamata del mercato mediante l'avviso, le prescrizioni che i concorrenti dovevano tenere a mente quando presentavano le proposte. La strategia operativa per far emergere la volontà della PA in anticipo rispetto alla presentazione delle offerte, si attua mediante l'uso tempestivo dell'accordo di programma e della conferenza di servizi o, meglio, delle conferenze di servizi¹⁴³. La soluzione prospettata dal Codice, imponendo l'utilizzo la conferenza di servizi sul progetto preliminare del promotore, rimuove con forza di legge gran parte del rischio amministrativo, come abbiamo detto prima risolvibile solo in via di diligente prassi amministrativa, ma non risolve con pari vincolatività quello di efficienza della gara; gli aspiranti promotori presentano le proposte già potenzialmente confliggenti con le prescrizioni che verranno rese dalle varie autorità pubbliche.

I costi delle modifiche progettuali imposte dalla conferenza di servizi e dalla valutazione di impatto ambientale devono essere sostenute dal promotore stesso, ai sensi del comma 10, lett. c) dell'art. 153 del Codice.

La norma accollando al promotore aggiudicatario il carico dei *sunk costs*

¹⁴³ La strategia suggerita nella prassi per abbattere integralmente il rischio amministrativo ed ottenere una migliore concorrenzialità in M. RICCHI, *La regolazione di una operazione di PPP*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, febbraio 2007, fasc. 2, pp. 161 e ss., laddove "La PA deve agire con una incalzante sequenza tra accordo di programma e conferenze di servizi per far emergere la sua volontà in anticipo rispetto alla presentazione delle proposte e stabilire il perimetro del progetto una volta per tutte, evitando che le prescrizioni dettate in tempi successivi falsino il processo di definizione dell'operazione e la gara tra i concorrenti."

di modifica del progetto, lo fidelizza ancor di più nel suo proposito di proseguire nella gara e, inoltre, neutralizza la reazione di censura immediata che potrebbero generare quelle proposte non linea con la prassi largamente riconosciuta: in altre parole la PA può permettersi di scegliere anche quelle proposte di cui ha coscienza che avranno necessità di pesanti modifiche, richieste sia dalla stessa PA come dalle altre “anime” della PA che si pronunceranno in sede di conferenza di servizi.

4.2.1 (segue) Il criterio per comparare le offerte

Il momento valutativo delle offerte nel procedimento monofasico è determinante perché la scelta individua immediatamente l'aggiudicatario, salva la sua facoltà di recedere in caso di modifiche non gradite. Il criterio di valutazione delle proposte è stato sensibilmente modificato rispetto a quello che presidiava la dichiarazione di pubblico interesse: infatti, ai sensi dell'art. 153, comma 4 del Codice, "le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83". Il Legislatore pur facendo propri i vincoli imposti alla discrezionalità dall'offerta economicamente più vantaggiosa (OEV) ha comunque tenuto conto della specificità dei contratti complessi con due prescrizioni:

1) la prima, indicata al comma 5 dell'art. 153 del Codice, riguarda gli elementi di giudizio. I tradizionali criteri di valutazione dell'OEV, elencati dalla lett. a) alla lett. o) dell'art. 83, comma 1 del Codice, sono stati estesi "agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione". Questi criteri aggiuntivi di valutazione devono intendersi obbligatori e non

esemplificativi, senza la possibilità di essere omessi secondo le circostanze, come invece è possibile per quelli indicati dall'art. 83 del Codice;

2) la seconda, inserita al comma 5 dell'art. 153 del Codice, impone che i criteri vengano inseriti nel bando “secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base alla quale si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte”. In questo caso sembra evidente l'intenzione di rendere prescrittiva l'indicazione contenuta nell' art. 83, comma 3 del Codice, in particolare di non precisare “la ponderazione relativa da attribuire a ciascuno di essi, anche mediante una soglia espressa con un valore numerico determinato...”. Infatti, per i contratti complessi la ponderazione tra criteri è piuttosto critica e può dare dei risultati indesiderati; intuitivamente è illogico utilizzare dei rigidi metri di giudizio per comparare delle proposte diverse tra loro, la soluzione è di indicare solo l'”ordine decrescente di importanza”.

La combinazione di queste due prescrizioni costituisce un sistema flessibile di valutazione delle offerte, che introduce degli elementi che vincolano la discrezionalità della PA ma non al punto da indurla a commettere scelte indesiderate in nome della trasparenza.

Per comprendere il passo compiuto si noti come sia stato certamente abbandonato il criterio di massima discrezionalità che caratterizzava la dichiarazione di pubblico interesse nel sistema previgente. Infatti, il criterio dell'OEV costituiva solo una facoltà autovincolante della PA e la discrezionalità di scelta non era limitata ne dalla ponderazione dei criteri di valutazione delle offerte e neppure dall'indicazione dell'ordine decrescente dei criteri. C'era l'opportunità di esercitare una discrezionalità amministrativa pura¹⁴⁴.

Il nuovo sistema, introducendo l'obbligatorietà dell'OEV e l'indicazione dell'ordine di importanza dei criteri, ha mantenuto per la PA la capacità di cogliere le proposte con soluzioni innovative. Infatti, se la computazione dei criteri di valutazione venisse rigidamente indicata *ex ante*, ciò non permetterebbe di premiare in modo appropriato le proposte con caratteristiche il cui valore non era immaginato al momento della pre-determinazione. In questo modo la PA evita di essere costretta da ponderazioni fisse quando ancora non ha preso visione delle offerte che il mercato è stato

¹⁴⁴ In questo senso è esplicita la Sentenza cit. n. 1552/2008 del TAR Emilia-Romagna-Bologna che descrive l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinarie della discrezionalità amministrativa nella dichiarazione di pubblico interesse; citando quest'ultima si parla di "un alto grado", di "massimo margine", di "valutazione di merito" e di "una scelta eminentemente politica".

capace di proporre; gli operatori economici puntano proprio sul valore dell'innovazione per assicurarsi l'aggiudicazione del contratto. Questa maggiore flessibilità nella valutazione, non esclude che la PA decida, comunque, di autovincolarsi *ex ante*, tramite la ponderazione dei criteri e l'assegnazione di pesi e punteggi, qualora si trovi più a suo agio nella gestione del procedimento.

Inoltre, in questo caso si sottolinea l'importanza della valutazione qualitativa sul progetto, sulla convenzione e sul PEF, perchè il giudizio su di essi consente di mirare alla sostanza dell'offerta. La necessità di dare questi giudizi aperti e determinanti per l'assegnazione finale del contratto, introduce fin da subito la competizione sul progetto, sulla convenzione e sul PEF. Nel regime previgente, i concorrenti, al momento della presentazione delle proposte, trascuravano la definizione qualitativa di questi documenti fondamentali, che veniva rimessa alla successiva negoziazione, sempreché la PA fosse stata in grado di migliorarla.

Nel sistema vigente i concorrenti non possono più permettersi di tenere atteggiamenti di opportunismo *pre e post* contrattuale, presentando progetti, convenzioni e PEF che occultino informazioni

importanti o che espongano previsioni e dati di *input* non veridici o inseriscano clausole vessatorie e depauperanti per la PA. Il rischio di essere messi fuori gara per i giudizi rivelatori di carenze di ogni tipo, dai dettagli ai requisiti strutturali, su questi documenti determina decisamente l'innalzamento qualitativo delle offerte presentate.

4.2.2 (segue) L'iter procedimentale del procedimento monofase

La scansione del procedimento del promotore monofase deve osservare tempi di predisposizione documentale appropriati per una gara che abbia l'obiettivo di acquisire la migliore proposta realizzabile dal mercato.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 153 del Codice, alla base di ciascuna gara deve esserci la predisposizione dello studio di fattibilità redatto dall'amministrazione aggiudicatrice o adottato ad iniziativa di terzi ai sensi del comma 19. Lo studio di fattibilità è anche la misura per stabilire il valore della concessione ai fini dell'applicabilità delle regole di pubblicazione del bando sopra e sottosoglia, e, ai sensi dell'art. 153, comma 9 del Codice, viene utilizzato per determinare il valore dell'investimento su cui calcolare il 2.5%, limite massimo del costo di predisposizione delle offerte.

Se da un lato sono stati introdotti degli elementi di flessibilità di valutazione delle offerte per catturare l'innovatività delle proposte, dall'altro si è cercato di ridurre al minimo la loro disomogeneità e ciò per la duplice ragione di renderle facilmente comparabili e allo stesso tempo di evitare al mercato il costo di redazione di proposte non bene allineate al pubblico interesse, che riscuoterebbero solo

scarso apprezzamento. Il comma 7 dell'art. 153 del Codice, quando sancisce che il “disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, *in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei*”, stabilisce appunto che ai futuri concorrenti deve essere offerta una potenziale matrice entro cui devono “disegnare” la propria offerta.

La nuova disciplina non indica il termine per la presentazione delle offerte: si devono evitare interpretazioni formalistiche e procedere avendo riguardo agli scopi che la PA si prefigge con la gara, *i.e.* stimolare la concorrenza e l'innovazione. Per questa ragione non potrà essere adottato il termine eccessivamente breve di 52 gg. dalla data di trasmissione del bando di gara, prescritto per l'assegnazione della concessione ad iniziativa pubblica, disciplinata dall'art. 144, comma 1 del Codice.

Poiché l'aggiudicatario è scelto in una sola battuta, deve essere individuato un termine sufficientemente ampio per consentire alle imprese di aggregarsi ed accettare la sfida di produrre innovazione e al mercato creditizio di sostenere finanziariamente la proposta. Il

termine minimo dovrebbe essere quello di 180 gg., collaudato dalla disciplina previgente nei procedimenti ad iniziativa privata: prima del secondo decreto correttivo del Codice, D.Lgs

113/07, tale termine era sostanzialmente il tempo intercorrente tra la data di approvazione del programma dei lavori pubblici e la scadenza del 30 giugno di ciascun anno per la presentazione delle proposte, dopo il D.Lgs. 113/07 esplicitamente “le proposte sono presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione dell’avviso indicativo”.

Per analogia sistematica e a conferma dell’indicazione prospettata, il termine minimo di sei mesi per presentare le proposte dall’approvazione dell’elenco annuale è sancito dal nuovo comma 16 dello stesso art. 153 del Codice, con riguardo ad un ulteriore e diverso percorso di individuazione del promotore.

La riflessione sul tempo di presentazione delle offerte con riguardo ai contratti complessi non si esaurisce con la definizione del termine minimo, va estesa all’individuazione del termine appropriato per ciascuna gara. Si evidenzia al riguardo come la giusta mentalità regolatoria sia già indicata dall’art. 70, comma 1 del Codice, stabilendo infatti che le PA “nel fissare i termini per la ricezione

delle offerte ... di partecipazione, ... *tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto* e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte, ed in ogni caso rispettano i termini minimi”.

La definizione caso per caso del giusto termine è una misura regolatoria che permette di aprire le gare nazionali al mercato europeo, spesso bloccato da barriere all’entrata per termini eccessivamente ridotti, inadatti a presentare proposte credibili per progetti complessi (autostrade, metropolitane, ferrovie, aeroporti, *etc.*)¹⁴⁵.

Il contenuto obbligatorio delle offerte differisce rispetto alla previgente disciplina. Ora è richiesto un minor numero di documenti, in particolare si tratta dello studio di inquadramento territoriale ed ambientale, dello studio di fattibilità, dell’indicazione delle garanzie offerte e dei criteri da far utilizzare alla PA nella valutazione delle proposte. Le ragioni di queste sottrazioni sono varie, mentre la richiesta dei criteri di valutazione delle offerte

¹⁴⁵ Come esempio europeo di un uso ragionevole del tempo di pubblicizzazione del bando relativo a contratti complessi leggesi il considerando 29 del Regolamento (CE) n. 1370/2007, relativo ai servizi di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia del 23 ottobre 2007: “Ai fini dell’aggiudicazione dei contratti di servizio pubblico [...] le autorità competenti dovrebbero adottare le necessarie misure per pubblicizzare, *con almeno un anno di anticipo*, il fatto che intendono aggiudicare tali contratti così da consentire ai potenziali operatori del servizio pubblico di attivarsi “.

indicate dai promotori erano illogiche visto che la gara la conduceva la PA, invece è divenuta superflua l'indicazione delle garanzie perché l'attuale procedimento le impone obbligatoriamente. Lo studio di inquadramento territoriale ed ambientale e lo studio di fattibilità sono resi inutili dallo studio di fattibilità valido per tutti i concorrenti predisposto dalla PA e posto a base di gara. In questo modo la PA si assume la responsabilità ed il dominio di tutti quei dati necessari per redigere le offerte. Anche in questo caso è importante una precisazione, l'analisi della domanda effettiva da cui sono desunte le linee di ricavo di un progetto e i costi di realizzazione e manutenzione ma anche altre specificità dell'offerta, tradizionalmente contenuti nello studio di fattibilità predisposto dal promotore non più richiesto, devono comunque essere rappresentati e motivati nella relazione al PEF, specialmente quando si discostino da quelli indicati nello studio redatto dalla PA e posto a base di gara.

4.3 Il promotore bifasico

Il procedimento del promotore bifasico, disciplinato al comma 15 dell'art. 153 del Codice, è scandito in due tempi, nel primo tramite una selezione competitiva viene scelto il promotore, nel secondo, mediante il miglioramento concorrenziale della sua offerta, viene individuato l'effettivo aggiudicatario. Il bando, per il rinvio al comma 15 dell'art. 153 del Codice, deve essere pubblicato secondo le modalità già esaminate per il promotore monofase, ma deve contenere, invece della previsione dell'immediata aggiudicazione al promotore, l'attribuzione del diritto di prelazione. Il criterio di selezione del promotore in prima fase mediante l'OEV è il medesimo adottato dal comma 3, riferito al promotore monofase. Il promotore potrà esercitare il diritto di prelazione, se lo valuti conveniente, adeguando la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa a conclusione della seconda fase concorrenziale nella quale risulti perdente.

La reintroduzione del diritto di prelazione rende opportuno un approfondimento. Il diritto di prelazione ha avuto l'effetto, sin dalla sua introduzione con la legge 166/02, di accelerare l'uso del procedimento con il promotore, portando in crescita il mercato delle

concessioni, anche se ciò è avvenuto con ritmi tumultuosi senza la necessaria riflessione. L'euforia che ha accompagnato l'attivazione dei procedimenti in molti casi ha deresponsabilizzato la PA sulla delicatezza del processo a cui sovente seguiva la presentazione di proposte. Quando il secondo decreto correttivo al Codice, il D.Lgs. 113/07, ha espunto il diritto di prelazione ci si spettava una contrazione del numero e del valore dei procedimenti con il promotore che, però, è stata smentita dai valori in crescita riportati dai principali Osservatori¹⁴⁶. Una spiegazione verosimile di questi risultati controintuitivi è che il diritto di prelazione, in prima battuta, ha agito come innesco allo sviluppo del mercato del PPP; una volta esaurito lo slancio, a sostenere il mercato delle concessioni sono intervenute altre ragioni strutturali come la scarsità di risorse, i limiti all'indebitamento pubblico, l'efficacia come strumento di comunicazione politica, l'innalzamento della competenza della PA, *etc.*

¹⁴⁶ Il Sole 24 Ore del 20 marzo 2008 “ Il project financing continua ad attirare le imprese di costruzioni; con l'entrata in vigore delle nuove regole che stabiliscono la perdita del diritto di prelazione per il promotore di un opera, da più parti si prospettava un blocco per l'avvio di nuove procedure e uno scarso interesse delle società nel partecipare a iniziative legate alla finanza di progetto. Emerge invece che lo strumento non ha perso appeal che enti e imprese pubblicano e concorrono con la stessa frequenza di prima. I dati di febbraio mostrano un bilancio positivo per il partenariato pubblico privato rispetto allo stesso mese di un anno fa. Secondo l'Osservatorio Nazionale del PPP le 88 iniziative censite, per un volume d'affari di oltre 620 milioni, registrano una crescita del 22% per il numero di avvisi, e del 33% in valore.”

Anche quando il D.Lgs. 113/117, ha eliminato il diritto di prelazione per le giuste critiche sugli effetti distorsivi della concorrenza¹⁴⁷, l'incentivo rimaneva un'opzione possibile a disposizione della stazione concedente a condizione di correggerne gli effetti distorsivi sul mercato, la posizione dominante anticoncorrenziale di cui era portatore.

Queste riflessioni consentono di gestire al meglio la prelazione ora che è stata reintrodotta nel Codice e di segnalare l'importanza del rimedio approntato, disciplinato dal comma 15, lett. e) dell'art. 153 del Codice, per mitigare gli effetti anticoncorrenziali che genera. Infatti il concorrente aggiudicatario, che subisce l'esercizio della prelazione, deve ricevere una compensazione economica pari al costo sostenuto dal promotore per la predisposizione della proposta a base di gara nel limite del 2.5% dell'investimento. Poiché tale valore è di gran lunga superiore a quello sostenuto dal concorrente per migliorare l'offerta del promotore in questa seconda tornata, la compensazione dovrebbe essere uno stimolo efficace per indurre i concorrenti a partecipare anche in presenza della minaccia del

¹⁴⁷ Sull'analisi delle inefficienze prodotte dal diritto di prelazione e come il Legislatore sia intervenuto per renderlo compatibile con il diritto comunitario si rinvia a G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press, Roma, 2006.

diritto di prelazione. Nel caso in cui il promotore rinunci all'esercizio della prelazione, trascorsi 45 gg dalla comunicazione del vincitore, ha diritto di essere compensato dall'aggiudicatario delle spese di predisposizione della proposta.

Si segnala come il meccanismo di rimedio all'anticoncorrenzialità della prelazione sia parzialmente analogo a quello già sperimentato prima della *Merloni-quater* e come questo abbia generato comportamenti opportunistici rivolti all'accaparramento del premio per la sola partecipazione, presentando offerte migliorative minime rispetto alla proposta del promotore a base di gara.

A questo punto la competenza regolatoria della PA procedente, cosciente delle alterazioni generate dalla prelazione e del comportamento opportunistico dei concorrenti per effetto del rimedio, dovrebbe porre in essere un accorgimento per superare l'*impasse*, condizionando l'effettiva erogazione dell'incentivo al raggiungimento di un certo livello di economie a vantaggio della PA. La PA al termine della prima fase e dopo avere analizzato quali siano le rendite ingiustificate radicate nella proposta, riconoscerà l'incentivo all'aggiudicatario che ha subito la prelazione, a condizione che la sua offerta migliori il costo della proposta almeno

al valore ritenuto equo dall'amministrazione per conseguire il *value for money*.

Il procedimento bifasico, rispetto a quello monofasico, riduce l'ampiezza della discrezionalità esercitabile dalla PA nella conduzione della gara, in particolare introduce dei limiti alla richiesta di modifica dell'offerta del promotore e nelle modalità di esercizio dell'OEV nel successivo confronto concorrenziale. In ragione del fatto che la gara nella seconda fase consente di ridurre le rendite della proposta, le richieste di modifica dell'offerta al promotore dovrebbero limitarsi a quelle indicate dall'amministrazione precedente e a quelle emerse in conferenza dei servizi, sempre con i conseguenti adattamenti del PEF. La PA non potrebbe spingersi, salvo macroscopiche evidenze, a chiedere al promotore di diminuire i costi di costruzione dell'opera pubblica e dei servizi erogati alla collettività proprio perchè sarà la concorrenza ad adeguarli ai valori di mercato nella seconda fase.

Mentre, ai sensi dell'art. 153, comma 15 del Codice, il criterio dell'OEV per l'individuazione del promotore ricalca quello del procedimento monofase, invece ai sensi dello stesso comma 15, lett. c) del Codice, il modello di OEV, che presiede questa gara è

strettamente disciplinato dell'art. 83 del Codice, senza la possibile estensione del giudizio sul valore del progetto, del PEF e della convenzione. Il disegno procedurale che emerge realizza una prima fase in cui la proposta del promotore viene modificata secondo le richieste della PA, costituendo una base unica per la successiva gara, poi nella seconda fase si realizza il confronto concorrenziale solo sugli aspetti riconducibili agli elementi economici. Si deve evidenziare come la competenza regolatoria della PA debba spingersi a creare le condizioni ideali di mercato, anche con lo studio del mercato prima di lanciare la gara e con l'abbattimento delle barriere all'entrata, per consentire di avere pressione concorrenziale nella seconda fase, altrimenti non si potrebbero conseguire i risultati di economicità nell'affidamento dei contratti pubblici tutelati dai principi di rango costituzionale.

4.4 Il promotore additivo

Questo terzo procedimento di aggiudicazione di un contratto complesso non è a soluzione unica, infatti, dopo una fase comune, che culmina con la dichiarazione di pubblico interesse, la PA può scegliere, a ragione delle diverse circostanze, uno dei tre percorsi di affidamento elencati nell'art. 153, comma 16, *sub* lett. a), b) e c). La disciplina sostanziale di ciascun *sub*-procedimento è un ibrido tra elementi del promotore monofasico, *ex* art. 153, comma 1 del Codice, con, rispettivamente, il dialogo competitivo, *ex* art. 58 del Codice, l'aggiudicazione della concessione ad iniziativa pubblica, *ex* art. 144 del Codice, e il promotore bifasico, *ex* art. 153, comma 16 del Codice.

Questi multipli esiti combinatori sono condizionati a monte dall'inazione della PA, la quale, dopo avere inserito nell'elenco annuale l'opera pubblica da realizzare, rimane inerte senza far seguire la pubblicazione del bando di gara.

La preconditione affinché s'innesci il procedimento additivo è che l'opera sia inserita nel programma annuale, questo per avere la certezza della copertura finanziaria di un'eventuale contribuzione pubblica e per il rispetto della prescrizione di cui all'art. 128,

comma 6 del Codice; è opportuno precisare, comunque, come ciò non sia sufficiente, infatti è determinate che la PA abbia al contempo indicato di utilizzare uno dei due processi di affidamento del promotore, o il monofasico o quello bifasico, previsti dall'art. 153 del Codice, rispettivamente al comma 1 e al comma 15. Deve essere respinta la tentazione interpretativa di ammettere l'uso di questo percorso anche al caso di inerzia programmatica riferita alla realizzazione di opere pubbliche mediante gli appalti tradizionali, facendo leva sul risparmio di risorse pubbliche qualora il mercato ne individui la possibilità. Si oppone a questo ragionamento la prerogativa della PA di scegliere il contratto di realizzazione dell'opera pubblica tra l'appalto o la concessione¹⁴⁸. Il caso contrario potrebbe condurre all'ingestibilità dei procedimenti inseriti da terzi nell'agenda delle amministrazioni pubbliche, senza alcun riguardo delle scelte compiute in conseguenza delle priorità assegnate a ciascun intervento programmato. Inoltre, la relazione di accompagnamento alle modifiche del Codice è chiara sulla corretta

¹⁴⁸ Tale prerogativa della PA, riferita però all'inserimento programmatico dell'opera e non come in questo caso al tipo di contratto per realizzarlo, è affermata con decisione dal parere del Consiglio di Stato del 14 luglio 2008, p. 9, laddove, censurando la previsione del promotore di poter integrare la programmazione senza filtro, indica "che comporta pericolose interferenze con quella attività di programmazione che è bene rimanga prerogativa della PA".

interpretazione quando si riferisce alla “mancata pubblicazione ... del *bando per l'individuazione del promotore*” e non all'individuazione dell'appaltatore o di un più generico contraente.

In queste condizioni, la presentazione della proposta da parte degli aspiranti promotori è additiva nella misura in cui costringe la PA ad intraprendere un percorso di aggiudicazione diverso da quello, monofasico o bifasico, che l'amministrazione aveva programmato ma non perseguito.

L'azione di impulso del mercato sulla PA, mediante la presentazione delle proposte, può essere esercitata in una finestra temporale di quattro mesi: non prima che siano trascorsi sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale delle opere pubbliche e non oltre dieci mesi dallo stesso *dies a quo*. Prima dei sei mesi la mancata pubblicazione del bando non legittima la reazione del mercato e nei quattro mesi successivi, la presentazione della proposta inibisce la pubblicazione tardiva del bando da parte della PA; tale possibilità si riapre al loro scadere.

La presentazione anche di una sola proposta presentata dagli operatori privati mette fuori gioco l'intenzione procedimentale della PA espressa in fase programmatoria. La PA è tenuta, entro 60

giorni dalla scadenza del termine utile per la reazione additiva del privato, a pubblicare un avviso seguendo le forme di pubblicità ordinarie dei bandi sopra o sottosoglia comunitaria in dipendenza del valore della concessione. L'avviso è un vero e proprio bando e deve comprendere sia gli opportuni contenuti strategici¹⁴⁹ che quelli obbligatori¹⁵⁰ attribuiti da dottrina e giurisprudenza formatasi sull'avviso di sollecitazione delle proposte del previgente art. 153 del Codice. Inoltre, il bando deve dare il termine di tre mesi per presentare sia le nuove proposte che quelle già presentate ma rielaborate alla luce dei criteri formulati per la dichiarazione di pubblico interesse.

A questo riguardo ci si domanda quali siano i limiti al potere della PA di esame, valutazione e comparazione delle proposte presentate nei quattro mesi consentiti per attivare il procedimento additivo, in considerazione del fatto che successivamente le stesse proposte potranno essere ulteriormente rielaborate e ripresentate a seguito della pubblicazione dell'avviso. In altre parole cosa dovrebbe fare la PA tra l'esclusiva verifica della completezza formale della

¹⁴⁹ Ampliamente in M. RICCHI, *La regolazione di una operazione di PPP*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, febbraio 2007, fasc. 2, pp. 161 e ss.

¹⁵⁰ Vedi Determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici cit., n. 8 dell' 11 ottobre 2007.

documentazione, quale condizione sufficiente per procedere alla pubblicazione dell'avviso, e l'analisi compiuta della proposta, prendendo ispirazione anche per l'elaborazione dell'avviso ? La risposta dovrebbe superare l'obiezione che, in questo secondo caso, potrebbe ventilarsi la violazione della *par condicio* nei confronti di tutti quei concorrenti la cui proposta viene valutata una volta sola al fine di dichiararla di pubblico interesse. Si ritiene, però, che tutti i concorrenti siano posti in condizioni di parità quando sottopongono le proposte sulla base dei criteri di valutazione indicati nell'avviso, tantochè anche ai proponenti additivi è consentito procedere alla rielaborazione delle proprie offerte proprio per cogliere il pubblico interesse¹⁵¹. In questa fase l'obiettivo principale della PA dovrebbe essere quello di verificare se il mercato abbia già elaborato delle proposte anche al fine di perfezionare l'avviso per la dichiarazione di pubblico interesse. Quelle prime proposte additive contribuiscono alla formazione progressiva dei *desiderata* della PA

¹⁵¹ Anche l'inserimento nella programmazione dello studio di fattibilità predisposto da terzi, esaminata nel capitolo "Il coinvolgimento dei terzi nella programmazione", rientra nella categoria dei vantaggi competitivi leciti: questi si caratterizzano perché gli viene riconosciuta una transitoria posizione dominante, destinata sostanzialmente a dissolversi nelle procedure concorrenziali successive. Tuttavia il vantaggio competitivo lecito in capo all'operatore economico è persistente se lo si individua nell'aver prima degli altri studiato il caso, predisposto una matrice-progetto adottata dalla PA nella quale si ritrova sicuramente a proprio agio e nell'aver intrapreso contatti con la PA precedente.

e consegnano alla PA l'importante messaggio che il mercato è pronto e risponderà. Queste considerazioni implicano che PA possa rimanere inerte volontariamente per consentirgli di “auscultare” il mercato e di precisare le idee piuttosto che procedere alla pubblicazione del bando a cui far seguire il procedimento con il promotore monofasico o bifasico. Sembra che le indagini conoscitive del mercato, tramite gli avvisi di sollecitazione di interesse, a schema libero e non vincolanti, che caratterizzano altri settori degli affidamenti pubblici, abbiano trovato in questo caso una più compiuta procedimentalizzazione.

4.5 La dichiarazione di pubblico interesse

La sedimentazione interpretativa accumulatasi sulla dichiarazione di pubblico interesse della previgente normativa rivive in questa fase. Infatti, ai sensi dell' art. 153, comma 16 del Codice, la sollecitazione al mercato della proposta è denominata avviso e la sua pubblicazione segue le modalità dei bandi ai sensi dell'art. 66 o 122 del Codice, a seconda se l'investimento sia sopra o sottosoglia: ciò dimostra come il Legislatore curi la comunicazione al mercato più di quanto non abbia fatto nella disciplina previgente, consapevole che i mezzi di diffusione definiscono il perimetro del mercato dell'offerta. Nell'avviso deve essere indicato il termine perentorio minimo di 90 gg per la presentazione delle proposte e i criteri in base ai quali la PA procede entro 6 mesi successivi alla dichiarazione di pubblico interesse.

Non deve, invece, essere indicato il *sub*-procedimento successivo alla dichiarazione di pubblico interesse: la scelta delle alternative è una prerogativa della PA, che potrà esercitare solo dopo aver eletto la proposta di pubblico interesse e che è tenuta ad attivare anche in mancanza di partecipanti a seguito della pubblicazione dell'avviso.

La PA procede alla dichiarazione di pubblico interesse valutando e comparando le proposte sollecitate dall'avviso. Le modalità di valutazione e comparazione delle proposte sono quelle disciplinate dall'espunto art. 154 del Codice, analizzate in questo documento, per evidenziarne le differenze, riferite al procedimento del promotore monofase per l'uso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In sintesi tale modalità di valutazione, utilizzando appieno la discrezionalità amministrativa più di ogni altro criterio di scelta presente nel Codice, consente di selezionare l'innovazione stimolando opportunamente il mercato. Anche in questa circostanza la PA può sempre decidere, al contrario, di autovincolarsi *ex ante* a pesi e punteggi predeterminati qualora si senta più confidente nella gestione della gara.

Si evidenzia come l'art. 153, comma 17 del Codice, obblighi il promotore a presentare la garanzia provvisoria del 2% dell'investimento ai sensi dell'art. 75 del Codice, che potrà essere escussa nel caso in cui questi non partecipi al seguito del *sub*-procedimento scelto dalla PA. Si noti come questa penale qualifichi la proposta del promotore, mantenendo fermo il suo proposito di andare fino in fondo.

La PA, una volta dichiarato il pubblico interesse della proposta, deve indicare quale sia il percorso di affidamento che vuole utilizzare tra il dialogo competitivo *ex art. 58* del Codice, la procedura di affidamento ad iniziativa pubblica *ex artt. 143 (144)* del Codice e la seconda parte del procedimento bifasico *ex art. 153*, comma 15 del Codice: in questi ultimi due casi la norma, il comma 16 *sub lett. b) e c)*, specifica che il promotore deve essere invitato alla gara.

La nuova disciplina facilita la scelta con una regola: qualora la proposta e il progetto necessitino di modifiche non si potrà adottare altro che il dialogo competitivo. Si tratta di un dialogo competitivo, la cui base di confronto è la proposta del promotore¹⁵²; la gara è finalizzata a modificarla oltrechè ad eliminare le consuete rendite interne. Il promotore che non risulti aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute a carico dell'affidatario, nei limiti indicati dal comma 9, terzo periodo.

Quando, invece, il progetto e la proposta non necessitino di modifiche allora sono praticabili sia la procedura di affidamento ad

¹⁵² G. FIDONE, *Dalla rigidità della Legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro Amministrativo Tar*, 2007, pp. 3971 e ss;

iniziativa pubblica *ex artt.* 143 (144) del Codice che il procedimento bifasico *ex art.* 153, comma 15, limitato però alla seconda fase *sub* lett. c), d), e) ed f). Solo con riguardo a quest'ultima opzione procedimentale la norma, l'art. 153, comma 16 lett. c), assicura al promotore il diritto di prelazione e al concorrente che lo subisce il rimedio incentivante, già esaminato nel promotore bifasico, approntato per mitigarne l'anticoncorrenzialità. Invece per entrambi procedimenti vale la compensazione del promotore perdente a carico dell'affidatario, per il rinvio, limitatamente agli aspetti compensativi, fatto dal comma 18 al comma 15, *sub* let. e) ed f) dell'art. 153 del Codice. Inoltre, tutti e tre i *sub*-procedimenti pongono a carico dei partecipanti il sistema coerente di garanzie sancito dal comma 13: mentre la cauzione preliminare e quella per compensare il promotore perdente sono necessarie per partecipare alla gara, la c.d. garanzia gestionale, a carico dell'effettivo aggiudicatario, dovrà essere operativa dalla data di inizio dell'esercizio del servizio.

Bibliografia

- BALDI, *Il Consiglio di Stato e il TAR Toscana sulla forma giuridica del promotore e sulle variazioni del progetto*, nota a Cons. di Stato, Sez. V, 5 settembre 2002, n. 4468 e T.A.R. Toscana, Sez. II, 18 luglio 2002, n. 1547, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 324
- BATTISTA-BOSETTI, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici, testo coordinato e commentato*, II ed., Maggioli, 2003.
- CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge «Merloni-Ter»*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2002
- CARANTA, *I contratti pubblici, in Sistemi del diritto amministrativo italiano*, diretto da Scoca-Monaco-Morbidelli, Torino, 2004, 110 e segg.
- R. CARANTA, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F.Caringella, Milano, 1999.
- F. CARINGELLA in AA.VV. *La nuova legge sui lavori pubblici-Commentario* a cura di F. Caringella, Milano, 1999.
- F.CARINGELLA, in Prefazione a *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici, Commentario*. A cura di F. Caringella/G. De Marzo, IPSOA, 2000.

M. CARRIERE, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, 5.

E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000.

S. CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo I, Milano 2000, ed Giuffrè.

S. CASSESE, *I modelli di gestione dei servizi*, in A.A.V.V., *La spa per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini. 1995;

A. CLARIZIA, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo e A. Clarizia, Padova, 2000, I.

A. COLETTA, *Project financing nell'esperienza italiana*, in *Appalti, urbanistica, edilizia*, 1999, n.5.

A. COLETTA, *Il project financing pubblico nella Merloni-ter*, in *Nuova rassegna*, 1999, n.4.

G. D. COMPORTI, *Voce: Conferenza di servizi*, *Dizionario di Diritto Pubblico* diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006.

CRESPI, *Opere pubbliche, risorse private*, in *Il Sole 24-Ore*, 29 aprile 1998.

R. DE NICTOLIS, *Novità in materia di Lavori Pubblici ex L.166/00 e ex L. 190/02*, in www.Giurdanella.it.

A. DE ROBERTO, *Commento agli articoli 37-bis-37-quater della Legge 109/94*, in AA.VV., *Commento alla Legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter*, Milano, Giuffrè, 1999, nota Cass. 2856/1984 e Corte Conti 63/1995.

U. DRAETTA, *Project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Dir. comm.*, 1994, p. 497

G. FALCONE, *Finanziamento delle infrastrutture e intervento del capitale privato nel campo delle opere di pubblica utilità*, in W. Ternau, *Project Financing. Aspetti economici, giuridici, fiscali e contrattuali*, Milano, 1996, p. 78

G. FIDONE, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press, Roma, 2006.

G. FIDONE, *Dalla rigidità della Legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro Amministrativo Tar*, 2007, pp. 3971 e ss;

G. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1999.

D. GALLI, *Il regolamento della legge sui lavori pubblici*, in D. Tassan Mazzocco - C. Angeletti - M. Zoppolato - A. Costantini - D. Galli - C. Guccione - F. Leggiadro, Milano, 2000.

R. GAROFOLI, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*.

F GARRI, *Project financing e performance bond*, in *Appalti, urbanistica, edilizia*, 1999, n.5.

C. GUCCIONE, *Concessionario, organo indiretto, amministrazione aggiudicatrice: un dibattito mai sopito*, nota a Cons. Stato n. 918/1998 in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998.

C. GUCCIONE, *Gli organismi di diritto pubblico nuovamente al vaglio del Consiglio di Stato*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 1999.

A. IMPERATORI, in *Commentario*, a cura di A. Carullo-A. Clarizia, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, tomo II, Padova, 1999, p. 1130

G. LEONE, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo/A. Clarizia Padova, 2000, Tomo I.

M. MAGRI, *I lavori finanziabili con capitale privato (Concesione e project financing)*, in *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, a cura di F. Mastragostino, ed Giappichelli, 2001.

MAMELI, in *La riforma dei lavori pubblici*, a cura di A. Angeletti, Torino, 2000, 50.

MANGIALARDI, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2000, 242

M. MIGUIDI, *Appalti di lavori pubblici*, Giuffrè, Cosa & Come, dicembre 2000.

M. MISCALI *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti giuridici e fiscali*, in U. Draetta-C. Vaccà, *Il project financing*, Milano, 1994, p. 84 ss.

C. NIZZO, *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE commento a Corte di Giustizia CEE, sent. 10 novembre 1998, C-360/96*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 1999.

G.B. NUZZI, *Il project financing in Italia: esperienze e prospettive*, in *Dir. comm. intern.*, 1998, p. 695

G. PASQUINI, *Il project financing*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2002.

G. PASQUINI *commento alla decisione del Consiglio di Stato, 21/4/1995, n. 353* in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 2001.

G. PASQUINI, *Un revirement sull'organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano nota a Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre*

1998, n. 1267, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 1999.

PEZZI, *I profili civilistici del «project financing»*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2002, 56

T. PROTTO, in *La riforma dei Lavori Pubblici*, a cura di A. ANGELETTI, Torino, 2000, II.

G.L. RABITTI, *Project finance e collegamento contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 224

M. RICCHI, *La cessione dei beni immobili della p.a. nel project financing dopo la L. 166/2002*, in *Urbanistica e Appalti* n.2/2003.

M. RICCHI, *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, *Urbanistica e Appalti* , n.5/2002.

M. RICCHI, *Finanza di Progetto, Contributo Pubblico, Controllo ed Equità (Le Concessioni sono Patrimonio Pubblico)*, in *Il Diritto dell'Economia*, n. 3, 2006, pp. 579

M. RICCHI, *La regolazione di una operazione di PPP*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, febbraio 2007, fasc. 2, pp. 161 e ss.,

M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urbanistica e appalti*, 12/2008, 1375 e ss.

- C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in U. Draetta-C. Vaccà, *Il project financing*, Milano, 1997, p. 4;
- A. SILIPO e G. TEDESCHI, in *Edilizia e Territorio*, n.6/2000.
- D. STERRANTINO, *L'istituto della finanza di progetto alla luce della nuova normativa*, in www.cantieritalia.it.
- F. TITOMANLIO, *Direttive ancora lontane: tutti i lavori in gara se il gestore non è costruttore*, in *Edilizia e Territorio*, 2002.
- M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici*, D. Tassani Mazzocco - C. Angeletti - M. Zoppolato, Milano, 1999, 121.
- M. ZOPPOLATO, *Il project financing*, in De Roberto A., *Commento agli articoli 37-bis-37-quater della Legge 109/94*, in AA.VV., *Commento alla Legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter*, Milano, Giuffrè, 1999.
- M. ZOPPOLATO, in *Legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di: D. TASSANI MAZZOCCO - C. ANGELETTI - M. ZOPPOLATO, Milano, 1999.