

**II PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO DI
TIPO CONTRATTUALE: LE RAGIONI DI FONDO
DELL'INTRODUZIONE DEL *PROJECT
FINANCING* E LE DIFFERENZE CON LA
CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E GESTIONE
DI OPERE PUBBLICHE.**

INDICE.

Introduzione.

Capitolo 1. Il partenariato pubblico-privato.

1.1 L'intervento del privato per la realizzazione e la gestione di opere pubbliche.

1.2 Il partenariato pubblico-privato e gli appalti.

**Capitolo 2. La concessione (di costruzione e gestione)
di opere pubbliche.**

2.1 Origini dell'istituto.

2.2 Le concessioni di sola costruzione.

2.3 L'attuale disciplina delle concessioni di costruzione e gestione di opera pubblica.

2.4 La distinzione tra appalti pubblici e concessioni.

2.5 La distinzione tra concessione di lavori pubblici e di servizi.

Capitolo 3. Il *project financing* e le concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche.

3.1 Definizione e caratteristiche economico-finanziarie di un'operazione di *project financing*.

3.2 Il *project financing* e la concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici.

3.3 La revoca della concessione e la risoluzione per inadempimento del concedente, nelle ipotesi di *project financing* e di concessione di costruzione e gestione.

Introduzione

L'esigenza degli enti pubblici di far fronte alla consistente domanda di infrastrutture e, al tempo stesso, la limitata disponibilità di denaro pubblico, hanno spinto le Amministrazioni a ricercare forme alternative di realizzazione di lavori di pubblica utilità, basate sulla cooperazione tra soggetti pubblici e soggetti privati, che vengono indicate sotto il nome di partenariato pubblico privato (cui ci si riferisce usualmente anche con l'acronimo "PPP").

Il ricorso ad operazioni di "PPP" risponde alla necessità del contributo di finanziamenti privati, soprattutto in presenza delle restrizioni di bilancio cui gli Stati devono far fronte, ed è spiegabile anche con la volontà di beneficiare delle conoscenze, della abilità operativa e dei metodi di funzionamento del settore privato nel quadro della sfera pubblica.

Sul punto è intervenuta la Commissione dell'Unione Europea, la quale in una Comunicazione sui "PPP" del 2005, rivolta agli Stati membri dell'Unione, ha

sottolineato che “l’interesse per queste forme di associazione, generalmente chiamate partenariati pubblico-privati è dovuto, in parte, ai vantaggi che le autorità pubbliche potrebbero trarre dal *know-how* del settore privato - soprattutto ai fini di un aumento dell’efficienza – e , in parte, ai vincoli dei bilanci pubblici”¹.

In questi anni, il fenomeno del partenariato ha acquisito nel nostro Paese una crescente importanza, avendo trovato linfa ed un solido aggancio normativo nel principio di sussidiarietà orizzontale di cui all’art. 118, comma 4, della Costituzione, che incentiva l’espansione dello spazio riservato ai privati nello svolgimento di compiti pubblici².

Il concetto di partenariato pubblico-privato rappresenta una vasta gamma di modelli di cooperazione a lungo termine tra le Autorità pubbliche ed il mondo delle imprese, volti all’attuazione di finalità pubbliche, quali il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica, o di

¹ Commissione Europea, Comunicazione sui Partenariati Pubblico Privati, COM, (2005) 569.

² Cfr. S. CASTENASI, *Il partenariato pubblico privato*, (a cura di) M.P.CHITI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 83.

pubblica utilità, e dei relativi servizi. In tale contesto, le risorse necessarie ed i rischi legati ai progetti sono assunti e suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio a carico dei partner del progetto.

Come sarà evidenziato più dettagliatamente nel prosieguo, la Commissione della Comunità europea (oggi Unione Europea), in occasione della presentazione del Libro Verde³, ha individuato alcuni tratti comuni che caratterizzano tali forme di cooperazione: a) la durata relativamente lunga della collaborazione tra partner pubblico e privato; b) il finanziamento, almeno in parte, a carico dell'imprenditore; c) uno specifico ruolo del partner privato nelle diverse fasi del progetto; d) la ripartizione dei rischi tra i soggetti coinvolti.

Gli elementi appena indicati escludono dal novero delle forme di partenariato pubblico-privato, quegli strumenti di cooperazione, quali l'appalto, basati esclusivamente sulla realizzazione di un'opera pubblica in cambio di un corrispettivo, senza che il privato assuma in alcun modo il rischio di gestione.

³ *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 30.4.2004, COM (2004) 327 definitivo.

Tali caratteristiche, invece, costituiscono l'essenza di altre forme di cooperazione pubblico-private, quali le concessioni di costruzione e di gestione e la finanza di progetto.

In particolare, in tali strumenti di realizzazione di opere pubbliche il partner privato assume senza dubbio una quota di rischio complessivo dell'intervento, il che, così come ribadito anche dalla Commissione Europea, rappresenta la caratteristica fondamentale del partenariato.

La concessione di costruzione e gestione e la finanza di progetto rappresentano, infatti, le principali modalità applicative del "Partenariato Pubblico-Privato" di tipo contrattuale a cui le Amministrazioni pubbliche, sempre più frequentemente, ricorrono per realizzare e finanziare opere di pubblica utilità e, in particolar modo, i grandi lavori di infrastrutturazione⁴.

⁴ Secondo i dati forniti da Roland Berger Strategy Consultants nel 2008 (consultabili sul sito www.rolandberger.it), il modello concessorio rappresenta il modello di partenariato pubblico-privato più utilizzato in assoluto in Italia. Osservando più in dettaglio la distribuzione dei principali progetti di partenariato pubblico-privato realizzati nel nostro Paese si nota come il modello del project financing sia il preferito per le infrastrutture con un importo medio di riferimento più elevato. A conferma di ciò il Sole 24 Ore (del 10.8.2008) ha accertato che l'istituto del *project financing* sta avendo nel nostro Paese larga applicazione sia in termini economici - raggiungendo un valore di circa € 4,5 miliardi da gennaio a luglio 2008 (che significano circa € 7,5 miliardi per il 2008), pari a circa il

Con il presente lavoro, dunque, si intende analizzare le peculiarità e le caratteristiche essenziali dei principali strumenti di partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale, ossia, la concessione di costruzione e gestione di opera pubblica e la finanza di progetto. Al contempo, si mira a sottolineare le differenze tra i suddetti strumenti di partenariato e le ragioni che dovrebbero orientare l'Amministrazione nella scelta del tradizionale affidamento della concessione di opera pubblica e di quello tramite *project financing*.

Questo elaborato trae spunto dal parere del Consiglio di Stato sul terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici nel quale l'istituto della finanza di progetto viene considerato, forse troppo frettolosamente, “*un inutile duplicato dell'istituto della concessione, di cui al Capo II del Codice*”⁵.

Contrariamente a quanto asserito dal Consiglio di Stato, si cercherà di dimostrare che il complesso istituto del *project financing*, lungi dall'essere un inutile duplicato

23% del mercato degli appalti – sia per quanto concerne i settori di attività, posto che la finanza di progetto, inizialmente utilizzata per i settori stradale ed energetico, è stata adottata anche per opere di diverso tipo (impianti sportivi, cimiteri, parcheggi ecc.).

⁵ Parere del Consiglio di Stato del 14 luglio 2008, n. 2357, in www.gustizia-amministrativa.it.

della concessione, rappresenta ormai una valida e riconosciuta alternativa al tradizionale affidamento di concessione disciplinato dagli art. 143 e ss. del Codice dei Contratti Pubblici.

L'istituto del *project financing*, invero, pur non configurando un autonomo istituto giuridico (in quanto appartiene al *genus* giuridico delle concessioni), è caratterizzato da una maggiore attrattività per il partner privato, il quale sviluppa ed elabora il progetto in tutte le sue forme e fasi, fin dalla progettazione preliminare. In questo modo, il privato assume, fin dallo stadio preliminare del progetto, la “responsabilità tecnica” del progetto medesimo ed è, conseguentemente, maggiormente incentivato a scegliere tale forma di cooperazione con la P.A., in quanto potrà investire e assumere il rischio imprenditoriale su una propria “idea”.

Il *project financing*, dunque, ha caratteristiche e peculiarità che lo rendono particolarmente attraente per l'impresa privata.

Ciò nonostante, esso non è un istituto giuridico autonomo quanto piuttosto un “sistema di realizzazione delle opere

pubbliche innestato su quello proprio della concessione”⁶.

La finanza di progetto, invero, pur essendo opportunamente distinta dal modello concessorio classico, di cui rappresenta una variante ricca di autonome caratteristiche⁷, continua ad essere strettamente connessa ad esso dato che il contratto di concessione e gestione costituisce l’esito della procedura amministrativa di affidamento, oggi disciplinata dal Codice dei contratti.

La finanza di progetto non dà vita, cioè, ad un istituto nuovo in quanto si conclude con l’affidamento di un contratto di concessione di lavori pubblici; al tempo stesso la concessione di costruzione e gestione costituisce un rapporto contrattuale che formalizza tutte le operazioni di finanza di progetto.

⁶ Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, Atto di regolazione del 26 ottobre 2000, n. 51, in *www.avlp.it*. Analoga la posizione espressa dal giudice amministrativo: “La finanza di progetto non rappresenta un istituto autonomo e sottratto ai principi in materia di affidamento di lavori pubblici, ma un sistema di realizzazione di questi ultimi che si basa sulle comuni norme che regolano la concessione”, Cons. Stato, Sez. V., 20 ottobre 2004, n. 6847.

⁷ B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-privato: un quadro generale*, in *www.giustamm.it*.

Il fattore del rischio costituisce l'elemento caratterizzante ed imprescindibile sia delle concessioni di costruzione e gestione, sia delle operazioni di finanza di progetto.

Proprio l'analisi di quest'ultimo elemento consente, poi, di affrontare l'ulteriore problematica relativa all'applicabilità dell'articolo 158 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) che disciplina le ipotesi di revoca o di risoluzione della concessione nell'ambito delle norme della finanza di progetto.

Tale norma, collocata nel capo specificamente riguardante il *project financing*, non chiarisce il proprio ambito applicativo: è controverso, infatti, se la medesima si riferisca, in generale, a tutte le concessioni o se, invece, sia applicabile soltanto a quelle affidate mediante *project financing*.

Facendo leva sul fattore comune del rischio di gestione al quale si espone il concessionario (rischio collegato ai proventi che il concessionario mira ad ottenere dalla gestione), si prospetta l'applicabilità dell'articolo sopra citato anche alle concessioni di costruzione e gestione,

indipendentemente dalla collocazione sistematica della norma.

Invero, tanto nelle procedure di *project financing*, quanto nell'ipotesi tradizionale di affidamento di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica, l'ipotesi di una interruzione *ad nutum* del rapporto costituisce un'evidente criticità, in quanto assoggetta gli investitori al rischio che la gestione dell'opera sia interrotta prima di aver garantito il ritorno dell'investimento: è proprio il fattore del rischio di gestione al quale si espone il concessionario (rischio collegato ai proventi che il concessionario mira ad ottenere dalla gestione) che giustifica una tutela speciale dedicata alle concessioni in caso di revoca unilaterale della P.A.

Questo scritto si concentrerà, quindi, sullo studio dei principali modelli di partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale di cui si cercherà di individuare la natura e le principali caratteristiche.

Innanzitutto, dopo un esame della nozione di Partenariato Pubblico-Privato, si analizzeranno gli aspetti giuridici della tradizionale concessione di costruzione e gestione

di opera pubblica partendo dalle ragioni storiche che hanno portato alla sua introduzione.

Essa costituisce il *modello* che consente l'operatività, nel nostro diritto amministrativo, contraddistinto dal principio di tipicità, della finanza di progetto⁸.

Proprio la consolidata esperienza delle concessioni ha costituito il quadro sistematico con cui, nella legge n. 415/1998, la finanza di progetto è stata introdotta nel nostro ordinamento, in quanto considerata una specifica tipologia di concessione⁹.

Soltanto dopo l'analisi dell'istituto della concessione è possibile lo studio della finanza di progetto.

Per poter comprendere a pieno la reale importanza del *project financing*, infatti, è, senza dubbio, indispensabile la previa analisi dell'istituto da cui esso trae origine e di cui rappresenta una specie applicativa.

Si passerà dunque ad esaminare le caratteristiche economico-finanziarie di una operazione di *project financing* sottolineando le ragioni per le quali esso è una

⁸ M. MISCALI, *Il project financing*, in *I Contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995, 749.

⁹ S. SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni ter*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2002, I, 1.

valida alternativa di finanziamento rispetto alle tradizionali procedure di affidamento delle concessioni.

Infine, individuata la natura giuridica del *project financing* e della concessione di costruzione e gestione, nonché il rapporto esistente tra i due istituti, si esamineranno le ipotesi di scioglimento del rapporto per fatto del concedente e si affronterà la problematica relativa all'applicabilità dell'articolo 158 cit. alle concessioni di costruzione e gestione.

CAPITOLO 1.

Il partenariato pubblico-privato.

1.1 L'intervento del privato per la realizzazione e la gestione di opere pubbliche.

Con il termine "Partenariato Pubblico-Privato" si fa riferimento ad una serie di complesse forme di cooperazione tra il settore pubblico e quello privato

attraverso le quali *“le rispettive competenze e risorse si integrano per realizzare e gestire opere infrastrutturali in funzione delle diverse responsabilità ed obiettivi”*¹⁰. Ciò si verifica, in sostanza, allorché la Pubblica Amministrazione, che intenda realizzare un progetto consistente nella realizzazione di un’opera e/o nella gestione di un servizio, qualificabili come pubblici o di pubblica utilità, ne affida la progettazione (in alcuni casi anche di quella preliminare), la realizzazione, la gestione e il finanziamento, in tutto o in parte, ad operatori privati. La codificazione di tale concetto è avvenuta per la prima volta nel *“Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni”*, presentato il 30 aprile 2004¹¹. In tale documento la Commissione delle Comunità Europee (oggi Unione Europea) ha definito i partenariati pubblico-privati come *“forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura o la fornitura di un servizio”*.

¹⁰ Cfr. Decisione Eurostat, 11 febbraio 2004 “Treatment of public-private partnerships”, in *www.utfp.it*.

¹¹ COM (2004), 327 definitivo.

Inoltre, in tal modo, il ruolo dello Stato nella sfera economica si evolve da un ruolo di operatore diretto nel mercato ad un ruolo di organizzatore, regolatore e garante del rispetto dei principi di concorrenza e parità di trattamento imposti dal Trattato e dalle direttive comunitarie in materia di appalti¹².

Data l'importanza del ruolo svolto dall'Amministrazione nell'ambito di tali forme di cooperazione, in termini di programmazione, di indirizzo e di controllo, nonché in termini economici, pare condivisibile la tesi secondo la quale le forme di *PPP* non costituiscono attuazione di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche¹³, bensì rappresentano un momento d'incontro tra pubblica amministrazione e soggetti privati che può generare effetti positivi per la collettività, attecchendosi a strumenti alternativi alla stessa privatizzazione. Al contrario, il PPP è quanto di più lontano possibile dalle politiche di privatizzazione in quanto presuppone

¹² La Commissione Europea nel Libro Verde sul PPP cit., sottolinea appunto come lo sviluppo dei PPP vada inquadrato nell'evoluzione più generale del ruolo dello Stato nella sfera economica che passa da un ruolo di operatore diretto ad un ruolo d'organizzazione, di regolatore e di controllore.

¹³ Come esattamente colto nella Risoluzione del parlamento europeo sul partenariato pubblico-privato e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2006/2043) "i PPP non costituiscono un primo passo verso la privatizzazione di compiti pubblici".

necessariamente un rapporto giuridico – contrattuale o istituzionalizzato, come si vedrà in seguito – tra soggetti pubblici e privati, che è estraneo, allo stesso tempo, alla riduzione della sfera pubblica e alla pubblicizzazione delle attività private¹⁴.

Tali forme di collaborazione, cioè, non impongono alcun passo indietro dello Stato, ma concretizzano una diversa modalità di intervento pubblico che promuove e sostiene l'autonoma capacità di azione dei singoli privati e delle formazioni sociali.

Sul punto, l'Assemblea di Strasburgo ha qualificato il PPP, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche, riconoscendo alle amministrazioni la più ampia facoltà di stabilire se avvalersi o meno di soggetti privati terzi, oppure di imprese interamente controllate, oppure, in ultimo, di esercitare direttamente i propri compiti istituzionali¹⁵. In buona sostanza, gli strumenti di PPP consentono di elevare i privati ad ausiliari della P.A., investendoli della qualifica di concessionari o

¹⁴ M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, (a cura di) M.P. CHITI, p. 6.

¹⁵ Cfr. C. VOLPE, “*In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*”, in www.giustizia-amministrativa.it, 2008.

creando strutture pubbliche in veste privata: in tal modo, da un lato si accentua il carattere imprenditoriale dell'attività dell'ente o dell'impresa, dall'altro si afferma la connotazione pubblicistica del rapporto amministrazione-concessionario.

Il PPP in tal senso può essere inteso come una manifestazione del principio della sussidiarietà orizzontale, che di recente ha trovato eco anche nella Costituzione (art. 118 c. I, novellato con la riforma del 2001, che favorisce l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà)¹⁶. In tal caso, però, la sussidiarietà non deve essere intesa come una sostituzione dei privati all'amministrazione, bensì come un incontro di volontà tra soggetti pubblici e privati che concorrono su un piano, almeno tendenzialmente, paritario a realizzare iniziative di pubblico interesse.

¹⁶ In tal senso, L GIAMPAOLINO, Presidente dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, nell'intervento alla tavola rotonda sul *project financing*, "Regole ed efficienza per la modernizzazione dei contratti pubblici" svoltosi a Roma, il 26 maggio 2009

Le operazioni di PPP sono qualificate, di norma, da tre elementi distintivi e caratterizzanti¹⁷:

- a) una durata relativamente lunga della *partnership*: il Libro Verde, al punto 46, puntualizza che “il periodo durante il quale il partner privato assumerà l’esecuzione di un’opera deve essere fissato in funzione della necessità di garantire l’equilibrio economico finanziario di un progetto”. Al contempo, però, “la durata della relazione di partenariato deve essere fissata in modo da non restringere o limitare la libera concorrenza al di là di quanto sia necessario per garantire l’ammortamento degli investimenti ed una ragionevole rendita dei capitali investiti. Una durata eccessiva sarebbe infatti in contrasto con i principi che disciplinano il mercato interno o con le disposizioni del Trattato in materia di concorrenza”;
- b) la modalità di finanziamento del progetto, garantito (benché non necessariamente in via esclusiva) dal settore

¹⁷ Nella risoluzione del Parlamento europeo sul partenariato pubblico-privato e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2006/2043) si descrive il PPP come “*una forma di cooperazione a lungo termine disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l’espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto*”.

privato. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico possono aggiungersi ai finanziamenti privati;

c) la ripartizione della gestione dei rischi che vanno suddivisi – previa una loro individuazione e quantificazione – in modo preciso, tra partner pubblico e partner privato. Il partner privato non deve necessariamente assumersi tutti i rischi legati all’operazione: al contrario, la ripartizione si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.

Nel nostro ordinamento è stata introdotta recentemente la definizione di contratti di partenariato pubblico privato dall’art. 15-ter del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, recante il terzo decreto “correttivo” del d.lgs., 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture). Tale disposizione, a titolo esemplificativo, inserisce fra i contratti di detto tipo “*la concessione di lavori e di servizi, la locazione finanziaria, il project financing, e le società miste, ovvero l’affidamento a contraente generale quando il corrispettivo per la realizzazione dell’opera sia in tutto o*

in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi”.

Come sottolineato dai primi commentatori della norma¹⁸, la definizione contenuta nell'art. 15-ter cit. appare meno articolata di quella comunitaria, dato che elenca (anche se a titolo esemplificativo) sotto un'unica generale categoria, tutti i PPP che la politica comunitaria si premura di catalogare distintamente in PPP contrattuali e PPP istituzionalizzati. Essa, inoltre, indica soltanto due dei tre elementi distintivi e caratterizzanti le diverse tipologie di PPP: “il finanziamento totale o parziale a carico del privato” e “l’allocazione dei rischi”. Il legislatore nazionale omette, invece, di sottolineare l’elemento della lunga durata contrattuale che contraddistingue gli istituti di partenariato pubblico-privato.

Di particolare rilievo è l’ultimo capoverso del comma 15-ter, il quale prevede che alle operazioni di partenariato pubblico-privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat (*“fermi restando gli obblighi di comunicazione di cui all'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge n.*

¹⁸ Cfr. C. RANGONE, *Art. 3, c.15-ter, Decreto correttivo al Codice degli appalti pubblici*, Convegno IGI 14 ottobre 2008, in www.igitalia.it

248/2007”). Tale norma fa riferimento, in particolare, alla decisione dell’Ufficio statistico europea (Eurostat) n. 18 dell’11 febbraio 2004, secondo cui i contratti di partenariato pubblico privato non sono da registrare nei bilanci delle pubbliche amministrazioni, quando ricorrano le condizioni che il *partner* privato si assume il rischio di costruzione ed almeno uno tra i rischi di disponibilità (rischio legato alla capacità del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità) e di domanda (rischio legato alla variabilità della domanda che non dipende dalla qualità del servizio, ma da altri fattori: presenza di alternative più convenienti, ciclo di business, nuove tendenze del mercato).

La decisione Eurostat dell’11 febbraio 2004 ha contribuito a rendere ancor più attraente per le amministrazioni il ricorso al PPP andando ad incidere soprattutto su quell’area di progetti (definiti “freddi”) che, non essendo autonomamente in grado di remunerare l’investimento effettuato dal privato, richiedono l’intervento economico dello Stato che sostiene l’equilibrio del progetto con la spesa pubblica. In tali

progetti la condizione posta per collocare fuori il bilancio dello Stato gli investimenti in partenariato pubblico-privato è che vi sia un sostanziale trasferimento di rischio economico dalla parte pubblica alla parte privata. Questo principio generale assai semplice in linea teorica si traduce in una serie di regole, contenute nei manuali di contabilità europea e nei documenti di Eurostat, che vanno verificate caso per caso nei documenti di progetto (contratti, capitolati prestazionali e piani economico-finanziari) e non sempre portano ad un giudizio univoco¹⁹.

¹⁹ Da ultimo, la circolare del dipartimento economico di Palazzo Chigi, pubblicata sulla G.U. n. 84 del 14 aprile 2009 (in esecuzione dell'articolo 44, comma 1-*bis*, della legge 28 febbraio 2008, n. 31), ha precisato che la spesa per realizzare opere pubbliche in *project financing* "freddo" può essere contabilizzata fuori bilancio, ai fini del deficit pubblico statale e del Patto di stabilità, solo se il canone pagato dall'amministrazione per ripagare l'investimento del privato non è fisso, ma risulta contrattualmente variabile in base a parametri di qualità della gestione. In particolare, "*Il rischio di disponibilità si può considerare trasferito al privato – si legge nella circolare – qualora contrattualmente sia prevista l'applicazione automatica di penali che incidano sul canone corrisposto dal soggetto pubblico sia nel caso di indisponibilità completa o parziale della struttura, sia di erogazione di servizi non corrispondenti agli standard attuali*". Qualora la tipologia di operazione di PPP abbia le caratteristiche finora espone, la Circolare del 27 marzo 2009, attuando la previsione dell'art. 44 comma 1-*bis*, del D.L. 248/2007(il cd "Milleproroghe") prevede, per le stazioni appaltanti, l'obbligo di comunicazione delle stesse all'Unità Tecnica di Finanza e Progetto. La comunicazione dovrebbe consentire il calcolo sull'indebitamento pubblico delle operazioni di PPP e va effettuata allegando alla comunicazione il contratto di concessione, il piano economico finanziario, la relazione illustrativa del progetto e i dati sulla società. È importante evidenziare che sono tenute alla comunicazione delle operazioni di PPP, aventi le caratteristiche espone, tutti i soggetti aggiudicatori

Nell'ambito del PPP rientra, dunque, uno spettro assai ampio di strutture finanziarie e di possibili settori di intervento. Vi sono ricompresi, infatti, sia progetti capaci di produrre autonomamente un reddito sufficiente a ripagare l'investimento e gli oneri finanziari connessi, e in cui il ruolo dell'Amministrazione si limita alla regolamentazione e al controllo delle procedure, che quelli per la cui attivazione il settore pubblico deve erogare, secondo diverse modalità, una componente di contribuzione pubblica.

A tale proposito, i progetti realizzabili attraverso forme di PPP sono solitamente classificati in base a tre principali tipologie:

- progetti dotati di una intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza: i ricavi commerciali prospettici di tali progetti consentono al settore privato un integrale recupero dei costi di investimento nell'arco della vita della concessione. In tale tipologia di progetti, il coinvolgimento del settore pubblico si limita ad identificare le condizioni necessarie per consentire la

che rientrano nella definizione di "amministrazione aggiudicatrice" e di "organismo pubblico" di cui ai commi 25 e 26 dell'art. 3 del Codice dei Contratti.

realizzazione del progetto, facendosi carico delle fasi iniziali di pianificazione, autorizzazione, indizione dei bandi di gara per l'assegnazione delle concessioni e fornendo la relativa assistenza per le procedure autorizzative (opere c.d. "calde");

- progetti in cui il concessionario privato fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione: è il caso di tutte quelle opere pubbliche - carceri, ospedali, scuole - per le quali il soggetto privato che le realizza e gestisce trae la propria remunerazione esclusivamente (o principalmente) da pagamenti effettuati dalla pubblica amministrazione su base commerciale (opere c.d. "fredde"). Detti interventi richiedono necessariamente l'immissione di risorse pubbliche nell'economia privata;

- progetti che richiedono soltanto una componente di contribuzione pubblica: è il caso di iniziative i cui ricavi commerciali da utenza sono di per se stessi insufficienti a generare adeguati ritorni economici, ma la cui realizzazione genera rilevanti esternalità positive in termini di benefici sociali indotti dalla infrastruttura (opere c.d. "tiepide").

Negli ultimi anni il fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato ha evidenziato una costante e continua crescita²⁰ determinata sia dalle crescenti restrizioni cui sono sottoposti i bilanci delle amministrazioni pubbliche, sia dalla circostanza che tali forme di collaborazione possono assicurare l'apporto di finanziamenti e di capitali, nonché dalla opportunità, per gli Enti, di beneficiare di competenze e metodologie gestionali propri del settore privato, utili a realizzare infrastrutture pubbliche o di pubblica utilità. A loro volta, gli investitori privati sono attratti dalla possibilità di conseguire un'adeguata remunerazione dallo sfruttamento economico di beni pubblici.

La Commissione, nel citato "libro verde", individua due tipi di partenariato pubblico-privato: il PPP "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato".

Il primo tipo di PPP è basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di

²⁰ Secondo i dati dell'Osservatorio nazionale del Partenariato Pubblico-Privato (consultabili sul sito www.infopieffe.it) il valore di questo mercato in Italia è andato progressivamente aumentando negli ultimi anni. L'anno della svolta è stato il 2003 con 1.094 iniziative che prevedono forme di Partenariato Pubblico-Privato, contro le 579 del 2002. Il loro valore complessivo è stato di oltre 8,3 miliardi, contro i 3,3 miliardi dell'anno precedente. La crescita del numero è stata dell'89%. Ancora più rilevante la percentuale relativa agli importi: +154%. La dimensione media dei lavori è cresciuta del 18%.

operazioni, nei quali uno o più compiti più o meno ampi – tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio - vengono affidati al partner privato.

Quello di tipo istituzionalizzato, invece, implica una cooperazione tra il settore pubblico e il settore privato in seno a un'entità distinta e comporta, quindi, la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato, la quale ha il compito di assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico (il più limpido esempio, in tal senso, sono le società miste).

In entrambi i casi la scelta del soggetto privato deve avvenire nel rispetto dei principi concorrenziali, al duplice scopo di garantire che i soldi spesi dalle autorità pubbliche per acquistare prodotti o per conferire a terzi il compito di prestare servizi o effettuare lavori siano bene spesi, nonché per assicurare il rispetto del principio comunitario della parità di trattamento.

1.2 Il partenariato pubblico-privato e gli appalti.

La categoria del partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale comprende principalmente le concessioni, la finanza di progetto e, secondo il Libro verde del 2004, i contratti di appalto pubblico.

In realtà, il fatto che nello stesso Libro verde la Commissione Europea elenchi tra gli elementi caratterizzanti il PPP anche la ripartizione dei rischi, con trasferimento al privato di quelli normalmente a carico della parte pubblica porterebbe a concludere che il PPP contrattuale sia inquadrato nell'istituto della concessione.

La collocazione dell'appalto tra le forme di PPP, infatti, desta non poche perplessità in quanto, come sottolineato da attenta dottrina, lo schema dell'appalto non risponde alle caratteristiche tipiche dei PPP individuate dalla stessa Commissione²¹.

Come si vedrà più in dettaglio avanti, infatti, l'appalto pubblico rappresenta lo strumento attraverso il quale l'amministrazione acquisisce determinate prestazioni in cambio del pagamento di un prezzo, in cui è praticamente assente l'aspetto collaborativo pubblico-privato e nel quale, inoltre, non si rinvencono alcuni elementi che il

²¹ Sul punto, si veda C. RANGONE cit.

Libro verde (ed anche il nostro Legislatore con il nuovo comma 15-ter dell'art. 3) ha individuato come caratterizzanti le forme di partenariato.

Basti pensare all'elemento dell'apporto finanziario privato, alla ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, praticamente assenti nell'appalto. Anche l'elemento della "lunga durata", volto essenzialmente a consentire l'ammortamento degli investimenti ed una ragionevole rendita dei capitali investiti, non caratterizza gli appalti pubblici.

Pertanto, pare condivisibile quanto sostenuto da attenta dottrina, secondo cui rappresenta un evidente limite del Libro verde aver ricompreso nella categoria del "PPP" contrattuale il contratto di appalto pubblico, nel quale le parti formalizzano le proprie antagonistiche posizioni e certo non si accordano per realizzare congiuntamente obiettivi di comune interesse²².

²² M.P.CHITI, cit., p.5.; lo stesso Autore rileva altresì che "appare discutibile l'inclusione dei contratti di appalto pubblico nell'ambito delle forme di partenariato, in quanto il partenariato implica una condivisione di finalità, di impegni e conseguenti rischi che vanno ben oltre la definizione contrattuale di un rapporto in cui le parti rimangono distinte e financo contrapposte, pur nella cornice definita bilateralmente", *Introduzione. Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato*, in *Il Partenariato Pubblico-Privato*, Bologna, Bonomia University Press, 2005, p. 8. Tra gli altri che si riconoscono in questa posizione, si veda A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 5, 1201.

L'art.15-*ter* del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 rende ancor più evidente l'esclusione dell'appalto tra gli istituti di PPP.

Detta norma, invero, prevede che alle operazioni di partenariato pubblico-privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat. In particolare, la decisione dell'Eurostat n. 18 dell'11.2.2004 stabilisce che la condizione posta per collocare fuori il bilancio dello Stato gli investimenti in partenariato pubblico-privato è che vi sia un sostanziale trasferimento di rischio economico dalla parte pubblica alla parte privata. Il che si verifica allorquando ricorrano le condizioni che il *partner* privato si assume il rischio di costruzione ed almeno uno tra i rischi di disponibilità e di domanda.

Orbene, tale previsione sui Partenariati pubblico-privati non può di certo essere riferita ad alcun contratto di appalto, in quanto l'assunzione dei rischi legati alla disponibilità o alla domanda è incompatibile con la stessa definizione di appalto nel quale il privato assume unicamente il rischio legato alla realizzazione dell'opera e mai i rischi legati alla disponibilità o alla domanda.

D'altronde, lo stesso art. 3, comma 15-ter del Codice, allorchè esemplifica le ipotesi di partenariato, non cita i contratti di appalto.

Sembra, dunque, forzata la trattazione congiunta di istituti in realtà assai diversi, come l'appalto, da un lato, la concessione e la finanza di progetto, dall'altro.

Per tale motivo il presente lavoro si focalizza sull'analisi della concessione di costruzione e gestione e della finanza di progetto che oltre ad essere le principali²³ modalità applicative del "PPP" di tipo contrattuale - a cui le Amministrazioni pubbliche, sempre più frequentemente, ricorrono per realizzare e finanziare opere di pubblica utilità - rappresentano anche gli istituti giuridici che corrispondono maggiormente al modello tipo di "PPP" (contrattuale) per durata del rapporto, impegno finanziario dei privati, ripartizione dei rischi²⁴.

²³ Cfr. nota 4.

²⁴ B. RAGANELLI, *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato pubblico-privato: un quadro generale*, in www.giustamm.it

CAPITOLO 2

La concessione (di costruzione e gestione) di opere pubbliche.

2.1. Origini dell'istituto.

L'istituto della concessione di costruzione e gestione di opera pubblica è un istituto di nascita antichissima, già presente nel diritto romano, con il quale venivano realizzate alcune opere portuali da parte dei privati i quali erano ricompensati dal pagamento dei capitani delle navi per l'utilizzo delle stesse²⁵.

Successivamente, il sistema delle concessioni fu ripreso anche in altri Paesi come, ad esempio, in Francia durante *l'Ancien régime* per la costruzione di vie di comunicazione come strade, ponti, acquedotti, canali.

Affinché lo Stato non dovesse sopportare le spese dei lavori, occorreva che l'imprenditore, che in sua vece vi faceva fronte, fosse surrogato all'Autorità in alcune prerogative di essa: amministrare l'opera pubblica e prelevare una tassa, un pedaggio dagli utenti²⁶.

Nella legislazione italiana l'istituto è presente da oltre un secolo e la sua finalità è sempre quella di impiegare le risorse economiche del privato e le sue capacità tecniche ed imprenditoriali al fine di realizzare gli interventi pubblici di cui il Paese ha bisogno (strade, canali,

²⁵ A. CARULLO, *La concessione di costruzione e gestione*, in *Riv. Trim. App.*, 1993, p. 332.

²⁶ Cfr., ancora, A. CARULLO, *op. cit.*, p. 335.

ferrovie)²⁷ e che l'Amministrazione pubblica non è in grado di effettuare da sola, per ragioni di carattere tecnico ed economico.

L'utilizzo delle concessioni di opera pubblica risale alla seconda metà del XIX secolo²⁸ allo scopo di far fronte alle esigenze di modernizzazione delle infrastrutture degli Stati nazionali ed, in particolare, del neonato Stato unitario.

In quel periodo, le difficoltà economico-finanziarie dei poteri pubblici, imposero all'amministrazione l'utilizzo di moduli diversi rispetto all'appalto di lavori per realizzare le opere pubbliche al di fuori delle possibilità di bilancio e più impegnative sul piano tecnico-organizzativo: con l'utilizzo del sistema concessorio, l'Amministrazione riusciva nell'intento di realizzare opere senza un esborso finanziario diretto, dato che insieme alla costruzione dell'opera demandava al

²⁷ Come sottolinea M. PALLOTTINO, *Concessione di opere pubbliche*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, 1990, p. 348 ss., i momenti aurei dell'istituto possono essere fatti, grosso modo, coincidere con l'avvento delle ferrovie, con l'introduzione del sistema dell'illuminazione stradale (prima a gas e poi elettrica) con le condizioni sociali del primo dopoguerra ed infine con la situazione venutasi a determinare nel secondo dopoguerra.

²⁸ Già nella legge del 20 marzo 2248, all. F, del 1865, agli artt. 242-300, si ritrovano le prime norme in materia di concessione per l'impianto e l'esercizio delle strade ferrate stradali piemontesi, concesse a industrie private.

concessionario anche la futura gestione della stessa per un certo periodo di tempo per trarne l'integrale o parziale copertura dell'investimento effettuato. L'intervento della P.A. nella realizzazione delle opere pubbliche, senza l'intervento dei privati, era invece limitato al campo di costruzione di opere (quali, ad esempio, scuole) che non necessitavano di esperienze tecnologiche avanzate tali da richiedere il ricorso a strumenti giuridici (oltre che a operatori economici) particolarmente sofisticati.

In oltre cinquant'anni (tra il 1865 ed il 1919), si sono susseguite numerose leggi speciali che il legislatore emanò per la realizzazione di singole categorie di opere pubbliche di particolare complessità tramite l'istituto della concessione di costruzione e gestione, al fine di soddisfare l'esigenza di realizzare particolari opere dal costo rilevante e dal contenuto tecnologico peculiare.

La concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici fu utilizzata, innanzitutto, per la realizzazione di opere ferroviarie. Le prime disposizioni legislative in materia di concessione di opere pubbliche si rinvengono infatti già nella legge generale sui lavori pubblici del 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, i cui articoli 242-300,

contengono una normativa definita in seguito, come il prototipo dell'istituto²⁹.

Oltre a quelle ferroviarie, troviamo, poi, le concessioni di costruzione e manutenzione delle opere e l'esercizio di mezzi occorrenti per la navigazione, disciplinate dagli artt. 27 ss. del r.d. 11 luglio 1913, n. 959, con il diritto esclusivo del concessionario di percepire proventi e tasse di navigazione; l'art. 53 del r.d. 25 luglio 1904, n. 523, modificato successivamente dalla l. 774 del 1911, in tema di opere idrauliche, riguardante l'affidamento in concessione, da parte del Ministro per i lavori pubblici, a Province, Comuni, e loro Consorzi, dell'esecuzione diretta delle opere di seconda e terza categoria.

Tutte le leggi di settore sopra menzionate, volte alla realizzazione di interventi e singole opere pubbliche, finalizzavano la costruzione dell'opera all'assunzione, da parte del concessionario, del relativo servizio pubblico, mentre era ancora sconosciuto all'epoca l'istituto della concessione di sola costruzione. Inoltre, secondo la legge fondamentale sui lavori pubblici n. 2248/1865 cit., l'esecuzione di opere pubbliche si sarebbe dovuta

²⁹ V. CAIANIELLO, *La concessione di opera pubblica*, in L. MARZANO (a cura di), *Appalto di opere pubbliche*, Roma, 1987, 552.

svolgere, essenzialmente, con un sistema in cui la competenza d'esecuzione e la responsabilità connessa alla realizzazione dell'opera restavano in linea di principio di spettanza esclusiva dell'Amministrazione pubblica³⁰, salvo il caso in cui quest'ultima non fosse in grado di provvedervi.

Solo nel 1912 (artt. 41-45 del r.d. 9 maggio 1912, n. 1447), in tema di concessione all'industria privata, Province, Comuni e loro Consorzi, per la costruzione e l'esercizio di strade ferrate pubbliche fu prevista, per la prima volta, la possibilità di affidare la concessione di costruzione, senza esercizio del relativo servizio ferroviario.

Estesa la facoltà del ricorso alla concessione di sola costruzione per le opere ferroviarie, successivamente la legge 24 giugno 1929, n. 1137³¹, con disposizioni di carattere generale di indubbia portata innovativa, ha generalizzato il sistema delle concessioni. Per effetto di tale legge, cioè, si è attribuito all'Amministrazione pubblica la possibilità di ricorrere alla concessione di opere pubbliche in tutti i casi in cui ne ravvisasse

³⁰ M.PALLOTTINO, op. cit., p.351.

³¹ Legge di conversione del r.d. 6 agosto 1926, n. 1657.

l'opportunità e la convenienza, ad eccezione, ovviamente, delle ipotesi per le quali apposite disposizioni di legge le escludessero. Aspetto significativo e saliente della suindicata legge è stata la previsione della possibilità del conferimento ad operatori privati della concessione di opere pubbliche senza il loro esercizio. L'art. 1 di tale norma ha infatti previsto la possibilità per la P.A. di concedere in esecuzione a Province, Comuni, Consorzi e anche a soggetti privati, l'esecuzione di opere pubbliche di qualunque natura, <<anche a prescindere dall'esercizio delle opere stesse>>.

Dunque, come risulta evidente dai precedenti storici, il progressivo diffondersi del sistema delle concessioni si è determinato allorquando le capacità tecniche ed organizzative delle Amministrazioni operanti nel settore, unitamente alla carenza di risorse economiche, non hanno potuto tempestivamente adeguarsi alla rapida evoluzione della crescente domanda di servizi da parte della collettività³².

³² Così, M.PALLOTTINO, op. cit. p. 352.

Il fondamento dell'introduzione dell'istituto della concessione di costruzione e gestione è, infatti, rinvenibile nell'elevato contenuto tecnologico delle opere da realizzare che presupponevano capacità organizzative e tecniche di un certo livello, spesso mancanti nella Pubblica amministrazione e nel rilevante impiego di capitali di cui la P.A. era sprovvista³³.

2.2. Le concessioni di sola costruzione.

A partire dal 1912 (anno in cui, come sopra ricordato, gli artt. 41-45 del r.d. 9 maggio 1912, n. 1447 hanno previsto, per la prima volta, la possibilità di affidare la concessione di costruzione, senza esercizio del relativo servizio ferroviario), le concessioni di lavori pubblici sono state fatte oggetto di una bipartizione tra la “concessione di costruzione e gestione”, con la quale si affidava al concessionario non soltanto la realizzazione materiale dell'opera, ma anche la successiva gestione funzionale-economica della stessa, e la “concessione di sola costruzione”, concernente il solo incarico di realizzazione materiale dell'opera ma con contestuale

³³ Così, G.LEONE, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova, 1990, p. 4. A ciò va aggiunto, secondo l'Autore, che l'intervento dello Stato liberale nell'economia, durante la seconda metà del XIX secolo, era del tutto marginale.

assunzione da parte dell'amministrazione dell'obbligo di riconoscere al concessionario un compenso aggiuntivo relativo all'attività di progettazione, di individuazione e di acquisizione delle aree necessarie per i lavori, nonché della direzione e vigilanza sui lavori medesimi.

La *ratio* dell'istituto della concessione di sola costruzione era quella di accelerare la realizzazione dei lavori: per raggiungere tale obiettivo il legislatore da un lato svincolava l'autore delle opere dai controlli e i sindacati che normalmente la P.A. svolge nell'ambito della disciplina dell'appalto, dall'altro trasferiva potestà pubbliche dall'Amministrazione al concessionario³⁴

A sua volta la concessione di sola costruzione si distingueva dall'appalto di lavori pubblici³⁵ in quanto il concessionario era obbligato non soltanto al semplice

³⁴ L'art. 60 della legge 22 ottobre 1971, n. 865 prevedeva, ad esempio, che i concessionari potessero <<*procedere direttamente all'acquisto delle aree in nome e per conto dei Comuni*>> avvalendosi della procedura di espropriazione.

³⁵ In realtà, l'esistenza di differenze tra l'istituto dell'appalto di opere pubbliche e la concessione di sola costruzione non era ammessa da tutta la dottrina: in tal senso, A. CIANFLONE, *L'Appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950, p. 152, che definisce la concessione di sola costruzione come un appalto "larvato". Per entrambe le figure, una volta compiuta l'opera, questa diviene di proprietà dell'amministrazione ed il concessionario alla pari dell'appaltatore non ha alcun potere di ingerirsi nell'utilizzazione dell'opera stessa. Diversamente, nella concessione di costruzione ed esercizio l'opera rimane in proprietà del concessionario per tutta la durata del rapporto di concessione, dopo di che passa in proprietà dell'ente concedente, E. VALLANIA, *Le innovazioni apportate dalla Comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 2000, p. 841.

compimento dell'opera pubblica inteso come mera attività materiale di costruzione, ma a svolgere funzioni ed attività diverse ed ulteriori, previa attribuzione di poteri e facoltà propri dell'ente concedente, quali la progettazione dell'opera, la direzione dei lavori, la sorveglianza, l'espletamento delle necessarie procedure espropriative³⁶.

In tal modo i privati venivano investiti della funzione di stazione appaltante e, poi, della realizzazione dell'opera, con una straordinaria capacità di concentrazione di funzioni in sé che poi doveva portare alla realizzazione dell'opera pubblica senza una successiva gestione da parte del privato della stessa opera³⁷.

Proprio la presenza di attività ulteriori rispetto all'attività di mera esecuzione avevano giustificato l'affidamento sostanzialmente fiduciario mediante trattativa privata.

Di conseguenza, altro elemento differenziatore era dato dal carattere fiduciario (*intuitu personae*) che permeava il provvedimento concessorio mancante nell'appalto, in cui

³⁶ Sulla distinzione tra concessione di sola costruzione e appalto si veda Cass., sez. un., 10 dicembre 1993, n. 12166, in *Foro it.* 1994, I, 2472, e, più approfonditamente, G. LEONE, op. cit, p. 55 e ss.

³⁷ Così, G. MONTEDORO, *Le concessioni di lavori in Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI, Milano, 2005 p. 835.

la scelta del contraente è data soltanto dalla convenienza economica e dalle capacità tecniche necessarie in base alle prescritte modalità procedurali poste in essere³⁸. Secondo l'orientamento tradizionale³⁹, infatti, la concessione, a differenza dell'appalto, non rappresentava un contratto bensì un provvedimento adottato unilateralmente dalla P.A. nell'esercizio dei suoi poteri autoritativi, sulla base di una valutazione fiduciaria e discrezionale che escludeva la necessità di ricorrere all'evidenza pubblica.

Proprio quest'ultimo elemento rappresenta la ragione principale della diffusione dell'istituto: in passato, invero, le pubbliche amministrazioni, facendo leva sulla natura discrezionale e autoritativa (e non contrattuale) del provvedimento concessorio, si sono avvalse della

³⁸ Così, G. TURCO LIVERI, in *Repertorio dei lavori pubblici*, MAGGIOLI Editore, 1990, p. 114. Non a caso, osserva l'Autore, tale aspetto si evidenzia maggiormente ove si consideri la determinazione di decadenza e della concessione collegate al potere di autotutela della Pubblica amministrazione non esercitabili nell'appalto, soggetto alla disciplina civilistica ed alla contrattazione negoziale tra le parti intercorsa.

³⁹ Secondo O. RANELLETTI la concessione di lavori pubblici, o di lavori e gestione insieme, era un atto amministrativo proprio, un atto d'imperio unilaterale, motivando la conclusione in ragione del <<modo come questi appaiono concepiti dal nostro legislatore nelle varie nostre leggi, le quali tra l'altro parlano di decreti di concessioni o di leggi di concessione, unificando così in un solo atto tutto il contenuto della concessione>> (O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur.it.*, 1894, 11).

concessione di sola costruzione al fine di eludere le lungaggini derivanti dalla necessità di esperire le gare pubbliche previste dalla normativa sugli appalti della pubblica amministrazione. In altre parole, soltanto il ricorso alle concessioni di sola costruzione consentiva alla P.A. di affidare le concessioni a trattativa privata, ossia tramite contrattazione diretta, senza gara.

La normativa comunitaria ha fatto venir meno la possibilità di applicare nel nostro Paese l'istituto della cd. concessione di sola costruzione: le direttive comunitarie⁴⁰, infatti, hanno più volte ribadito la regola della identità di concessioni di lavori ed appalti, ove non vi fosse il meccanismo diverso del pagamento del prezzo per dare giustificazione alla diversità della figura concessoria rispetto a quella degli appalti. In particolare, l'art. 3, punto 1, della direttiva n. 305/71 ha definito il *“contratto di concessione”* come un *“contratto analogo a quelli di cui all'art. 1, lett. a⁴¹) in cui la*

⁴⁰ In particolare, si fa riferimento dapprima alla equiparazione delle concessioni di sola costruzione agli appalti di lavori (direttiva 1971/305), in seguito alla conferma della concessione di costruzione e gestione come unica figura concessoria ammissibile (direttive 1989/440 e 93/37).

⁴¹ E cioè gli *“appalti di lavori pubblici”* definiti come *“contratti a titolo oneroso conclusi per iscritto tra un imprenditore (...) ed un'amministrazione aggiudicatrice”* aventi ad oggetto una delle attività elencate nell'allegato alla direttiva 26 luglio 1971, n. 304.

controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera, oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo”

A seguito di questa direttiva diveniva impossibile continuare a sostenere, in modo ragionevole, la configurabilità di una figura di concessione di lavori pubblici sottratta alla normativa comunitaria, visto che anche la concessione veniva assoggettata a determinate regole tese a garantire la libera prestazione dei servizi nell'ambito di tutta la Comunità. Inoltre, era ricondotta alla figura dell'appalto non solo l'esecuzione, ma anche la progettazione congiunta all'esecuzione di lavori e vi erano ricondotti anche quei contratti aventi ad oggetto il <<far eseguire, con qualsiasi mezzo, un'opera>>⁴².

Dunque, il legislatore italiano, a fronte della necessità di adeguamento alle esigenze di trasparenza e di concorrenza imposte dalle normative comunitarie, ha

⁴² Cfr. C. CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in *Il partenariato pubblico-privato*, M. P. CHITI (a cura di), cit., p. 27. Si veda anche, V. CAIANIELLO, *Le vicende della concessione di opera pubblica fino al d.P.R. n. 406 del 1991 (di attuazione della direttiva CE n. 440 del 1989)*, in *Rassegna Giuridica dell'energia elettrica*, Milano, 1990, p. 315: “mentre sotto il regime della precedente direttiva era stato possibile sostenere da molti autori che anche per la realizzazione di un'opera singola senza gestione fosse possibile effettuare il relativo affidamento mediante la figura pubblicistica della concessione...oggi questa possibilità è certamente esclusa, perché è vietata dalla nuova direttiva”.

ricondotto anche tale concessione nell'alveo della disciplina ad evidenza pubblica, parificando la stessa al contratto d'appalto con l'unica differenza rappresentata dal fatto che, nel caso della concessione, il corrispettivo è rappresentato dalla gestione dell'opera o dalla gestione accompagnata da un prezzo.

In particolare, la legge 8 agosto 1977 n. 584, in recepimento della direttiva 71/305/CE cit., ha assimilato ad ogni effetto l'istituto della concessione di sola costruzione al contratto d'appalto.

Successivamente, il Legislatore, in seguito al decisivo impulso della direttiva 89/440/CEE, con il d.lgs. n. 406/91 ha assoggettato anche la concessione di costruzione e gestione di opera pubblica alle regole procedurali dettate per gli appalti, configurandola espressamente in guisa di <<contratto>>, al pari dell'appalto⁴³ e prevedendo in ogni caso il ricorso a procedure concorsuali anche per la scelta del concessionario.

⁴³ Conclusione che era stata anticipata dalla autorevole dottrina di M.S. GIANNINI il quale, riferendosi alla concessione di lavori pubblici affermava che *“Malgrado la denominazione che le si dà, è divenuta un vero e proprio contratto”* (M.S. GIANNINI, *Punti fermi in tema di opere pubbliche*, in *Riv.trim. app.*, 1986, p. 12).

Anche la legge n. 415/98 (c.d. legge Merloni-*ter*), ha previsto come unica forma di concessione di lavori pubblici ammissibile nell'ordinamento amministrativo "la concessione di costruzione e gestione", pervenendo così alla eliminazione della non codificata "concessione di sola costruzione". Da ultimo, il Codice degli Appalti, nel dare attuazione alle direttive del 2004, ha confermato l'esclusione della possibilità di ricorrere alle concessioni di sola costruzione.

Il modulo della concessione di sola costruzione è stato dunque espunto dal nostro ordinamento perché il diritto comunitario ci insegna che un contratto o è di appalto o è di concessione a seconda che il rischio della realizzazione dell'operazione economica, che costituisce l'oggetto del contratto, sia a totale carico dell'amministrazione oppure sia a carico del privato⁴⁴.

Pertanto, oggi, l'unica tipologia di concessione di lavori pubblici esistente è quella che prevede insieme alla costruzione dell'opera anche la futura gestione della stessa per un certo periodo di tempo.

⁴⁴ Così, MONTEDORO G., cit., p. 835.

2.3. L'attuale disciplina delle concessioni di costruzione e gestione di opera pubblica.

In base all'art. 3, comma 1 (n. 11), del d. lgs. 12 aprile 2006, n 163, le concessioni (di costruzione e di gestione) di lavori pubblici sono *“contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*.

Con siffatto tipo di concessione, l'ente committente concede l'esercizio di un servizio pubblico di propria competenza ad un soggetto, terzo rispetto alla propria organizzazione, il quale realizza le opere occorrenti per la gestione di tale servizio.

In particolare, il concessionario predispone il progetto definitivo e/o esecutivo (ma il progetto può essere

circoscritto anche al solo completamento della progettazione ovvero alla revisione della medesima da parte del concessionario) delle opere da realizzare, provvede all'esecuzione dei lavori a propria cura e spese direttamente o mediante appalto a terzi, e, successivamente, alla gestione del servizio; l'amministrazione esercita sulla concessione compiti di vigilanza nel corso dell'esecuzione dei lavori, approva il progetto delle opere e le eventuali varianti, provvede al collaudo finale dell'opera.

Il concessionario, dunque, assume il rischio connesso alla realizzazione dell'opera e alla gestione del servizio, effettua le spese di investimento per la progettazione e l'esecuzione delle opere (che dovranno tornare gratuitamente al concedente al termine della concessione) e sostiene gli oneri di gestione, in cambio del diritto a riscuotere i corrispettivi presso gli utenti beneficiari del servizio.

Il concessionario, cioè, beneficia come controprestazione del diritto – eventualmente accompagnato da un prezzo – di gestire e sfruttare economicamente l'opera per un arco

di tempo tale da consentirgli il perseguimento dell'equilibrio economico finanziario.

Quanto alla prestazione progettuale del concessionario, l'art. 143 del Codice dei contratti prevede che al concessionario di opere pubbliche sia demandata, di regola, la predisposizione sia del progetto definitivo sia del progetto esecutivo dell'opera, oltre – ovviamente – l'esecuzione dei lavori.

Tuttavia, il comma 2 dell'art. 143 prevede l'eventualità che al concessionario possa essere affidata la predisposizione del solo progetto esecutivo, ovvero addirittura la revisione della progettazione già in possesso dell'amministrazione concedente. L'ipotesi da ultimo richiamata contempla dunque la possibilità che le amministrazioni siano già in possesso di una progettazione di livello definitivo od esecutivo, ma non adeguatamente revisionata oppure incompleta.

I casi in cui tale circostanza possa in concreto verificarsi sono molteplici: da un lato si possono ipotizzare progetti (definitivi e/o esecutivi) che sono stati eseguiti o fatti eseguire in passato dalle amministrazioni, ma che poi non è stato possibile realizzare per le più svariate ragioni e

per i quali – al momento della loro effettiva messa in opera – si presenti come necessaria una revisione o un aggiornamento tecnico; dall'altro, è possibile ipotizzare il caso in cui l'affidamento a terzi della redazione di progetti secondo quanto consentito dagli artt. 90 e ss. del Codice non sia andato a buon fine, in quanto i progettisti affidatari non hanno completato – anche in tal caso per varie possibili cause – l'incarico loro assegnato, sicchè la progettazione residuale necessita soltanto di un adeguato completamento. In questi casi, sempre che le opere da realizzare siano astrattamente suscettibili di essere affidate in gestione a soggetti privati, potrebbe risultare utile ricorrere alla figura della concessione di lavori pubblici, peraltro limitata, per quanto riguarda le prestazioni di progettazione, alla sola revisione o completamento di quella preesistente.

La prestazione progettuale non è, comunque, requisito indefettibile della concessione di lavori pubblici, ben potendo prevedersi una concessione avente ad oggetto la sola esecuzione (e successiva gestione economica) di opere già interamente progettate a cura dell'ente concedente.

Gli articoli 144, 145, 146, 147 disciplinano le procedure di affidamento dei lavori pubblici rendendo necessario l'espletamento di una procedura aperta o ristretta ed utilizzando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa sempre pubblicazione di un bando; stabiliscono poi i termini per la presentazione delle candidature e delle offerte e gli obblighi e le facoltà del concessionario in relazione all'affidamento a terzi di una parte dei lavori.

Infine, l'art. 147 regola l'affidamento al concessionario di lavori complementari, stabilendo che: *<<possono essere affidati al concessionario in via diretta, senza l'osservanza delle procedure previste dal presente codice, i lavori complementari che non figurano nel progetto inizialmente previsto della concessione né nel contratto iniziale e che sono divenuti necessari, a seguito di una circostanza imprevista, per l'esecuzione dell'opera quale ivi descritta, a condizione che l'affidamento avvenga a favore dell'operatore economico che esegue l'opera nelle seguenti ipotesi: a) quando i lavori complementari non possono essere tecnicamente o economicamente separati dall'appalto iniziale senza*

gravi inconvenienti per la stazione appaltante, oppure b) quando i lavori, quantunque separabili dall'esecuzione dell'appalto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento>>.

2.4. La distinzione tra appalti pubblici e concessioni.

Definite le caratteristiche dell'istituto della concessione, è ora opportuno distinguerlo dall'appalto.

Come si legge all'art. 1, paragrafo 3, della Direttiva 2004/18/CE la differenza principale delle concessioni rispetto all'appalto risiede nel *“fatto che (nelle concessioni) il corrispettivo consiste nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*⁴⁵.

Invero, la concessione al pari dell'appalto è mezzo di esecuzione dei lavori pubblici, ma presenta il vantaggio per il committente di non sopportare il necessario esborso finanziario, che viene a gravare sul soggetto esecutore, il quale si remunera attraverso i proventi della gestione da parte della collettività.

⁴⁵ Precisa, infatti, l'art. 1, paragrafo 3, della Direttiva 2004/18/CE, che <<La “concessione di lavori pubblici” è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo>> (art. 1, comma 3, Direttiva 2004/18/CE).

Così, l'assunzione del rischio di gestione dell'opera da parte del concessionario – derivante dal fatto che la sua remunerazione dipende strettamente dai proventi che può trarre dalla fruizione altrui dell'opera - costituisce l'altra vera differenza con l'appalto, connotato invece da una condizione del rischio che, al confronto, è bassissima⁴⁶.

Come efficacemente sottolineato dalla giurisprudenza “le concessioni di servizi pubblici, nel quadro del diritto comunitario, non si distinguono dagli appalti di servizi per il titolo provvedimentale dell'attività, né per il fatto che ci si trovi di fronte ad una vicenda di trasferimento di pubblici poteri o di ampliamento della sfera giuridica del privato, né per la loro natura autoritativa o provvedimentale rispetto alla natura contrattuale dell'appalto, ma per il fenomeno di traslazione dell'alea inerente una certa attività in capo al soggetto privato. Quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un canone o tariffa, allora si ha

⁴⁶ Sul punto, la Commissione CE nella Comunicazione del 12 aprile 2002, (<<Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario>>), ha, inoltre, precisato che se i soggetti pubblici sopportano la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera, garantendo ad esempio al concessionario il rimborso dei finanziamenti, viene a mancare l'imprescindibile elemento del rischio e si deve ritenere trattarsi di appalto e non di concessione.

concessione: è la modalità della remunerazione il tratto distintivo della concessione dall'appalto di servizi. Pertanto un servizio pubblico si rivela quale appalto di servizi quando il suo onere sia interamente a carico dell'amministrazione, mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio⁴⁷.

Dunque, nel caso del contratto d'appalto il costo dell'opera grava sostanzialmente sull'autorità aggiudicatrice e il contraente non si remunera attraverso i proventi corrisposti dagli utenti, ma mediante la percezione diretta di un corrispettivo pagato dall'ente appaltante. L'appaltatore, cioè, è un semplice *conductor operis*, ossia un realizzatore di una determinata opera che si obbliga ad eseguire in cambio di un corrispettivo (con conseguente assunzione del solo rischio di realizzazione dell'opera); il concessionario, invece, esegue nei confronti dell'utenza le attività che dovrebbe svolgere

⁴⁷ In tal senso, Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 maggio 2002, n. 2634, in *Cons. Stato 2002*, I, p. 1133.

l'amministrazione con la conseguente assunzione dei rischi connessi alla gestione dell'opera.

Come è stato opportunamente precisato, “non è sufficiente a trasformare un appalto di lavori in concessione il fatto che si accompagni all'onere di realizzare materialmente l'opera la possibilità di gestirla, neppure se la gestione sia posta formalmente (e non sostanzialmente) come controprestazione dell'esecuzione dei lavori. Se in detta ipotesi, infatti, si dovesse riscontrare, valutandolo *ex ante*, che l'imprenditore non supporterà un effettivo rischio di gestione, vale a dire non rischierà di perdere il capitale investito ove la gestione non fosse redditizia, ci troveremmo di fronte ad un appalto di costruzione e gestione e non dinanzi ad una concessione”.⁴⁸

Il fatto, cioè, che il privato sia chiamato a gestire un servizio pubblico non comporta necessariamente che si abbia un rapporto concessorio: ove non sussista un rischio di gestione si tratterà di un contratto di appalto⁴⁹.

⁴⁸ Cfr. F. LEGGIADRO, *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. I contratti di rilevanza comunitaria*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, p. 1076.

⁴⁹ Da questo punto di vista si comprende (ma l'Autore non condivide) la scelta della Commissione di collocare l'appalto tra gli strumenti di partenariato pubblico-privato: sebbene infatti sia più labile il profilo di collaborazione e non siano presenti alcuni tratti

Al contempo, 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 alla gestione⁵⁰. Il diritto di gestire l'opera può essere accompagnato da un prezzo, ma la remunerazione del concessionario deve provenire sostanzialmente dalla gestione.

In buona sostanza, è la modalità di remunerazione dell'operatore l'elemento che consente di stabilire se vi è stata l'assunzione del rischio di gestione.

2.5. La distinzione tra concessione di lavori pubblici e di servizi.

Un ulteriore profilo che è opportuno precisare è quello relativo alla distinzione tra concessione di lavori e di servizi, disciplinate, rispettivamente, dagli artt. 142 e ss. e dall'art. 30 del Codice dei Contratti Pubblici.

Nel caso della concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici la “*gestione funzionale ed economica*” dell'opera si traduce in un servizio a favore dell'utenza

propri dei rapporti di partenariato, esso può comunque essere uno strumento di gestione di servizi pubblici e conseguentemente l'attività dell'appaltatore essere diretta all'utente del servizio. C. CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit. p. 56.

⁵⁰ Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario del 29 aprile 2000, (C121/02)

del tutto simile all'attività oggetto della concessione di servizi: in entrambi i casi, infatti, l'operatore, quando assume i rischi di gestione, trae il suo utile rifacendosi sull'utente.

Come la concessione di lavori anche la concessione di servizi è caratterizzata, cioè, da un trasferimento della responsabilità di gestione.

Ma ciò non vale a far identificare le due figure giacché nella concessione di costruzione e gestione l'opera diventa l'oggetto principale del contratto, mentre il servizio rappresenta uno strumento accessorio di remunerazione dell'esecuzione dei lavori⁵¹.

In quest'ultimo caso, la costruzione dell'opera, cioè, è strumentale rispetto al servizio, che rappresenta il punto essenziale e caratterizzante della figura⁵².

Come evidenziato dalla Commissione CE nella comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto

⁵¹ In proposito si veda Cons. Stato, Sez. V, 11 settembre 2000, n. 4795, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Opere pubbliche*, n. 276, secondo cui, là dove la gestione del servizio sia strumentale alla costruzione dell'opera in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione è configurabile l'ipotesi della "concessione di lavori pubblici", mentre nel caso inverso, ossia quando l'espletamento di lavori sia strumentale alla gestione di un servizio pubblico, sotto i profili della manutenzione e dell'implementazione di un'opera pubblica già esistente, è configurabile l'ipotesi della "concessione di servizi pubblici".

⁵² M.PALLOTTINO, op. cit., p.352.

comunitario del 29 aprile 2000 (2000/C121/02), la distinzione tra le due tipologie di concessione si basa su un criterio di prevalenza funzionale, per cui se un contratto ha come oggetto principale la costruzione di un'opera o l'esecuzione e realizzazione di lavori per conto del concedente si tratta di una concessione di lavori, se invece i lavori sono meramente accessori rispetto all'oggetto principale del contratto si tratta di una concessione di servizi.

Sul piano concreto la differenziazione tra i due tipi di concessione diventa particolarmente complessa soprattutto per quelle fattispecie nelle quali il tratto distintivo che individua la prevalenza dei lavori rispetto ai servizi, viceversa, risulta piuttosto sfumata.

In tale ipotesi è necessario stabilire se l'oggetto della concessione riguardi principalmente o prevalentemente la costruzione di un'opera, nel qual caso si tratterà di una concessione di lavori⁵³. Ove, al contrario, il contratto

⁵³ L'accessorietà dell'opera da realizzare diventa un elemento caratterizzante, soprattutto nei casi in cui la concessione di lavori pubblici si mostra in concreto, per gli elementi contenutistici, molto simile alla concessione di servizi. Un indirizzo giurisprudenziale (Cons. Stato, V, 4 maggio 2001, n. 2518, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce Contratti della p.a., n. 124; Cons. Stato, V, 24 aprile 2002, n. 2209, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce Opere pubbliche, n. 174) individua il criterio distintivo delle due tipologie di concessioni nella prevalenza economica delle prestazioni riconducibili ai servizi

costituisca un rapporto in cui l'aspetto gestionale ha rilievo predominante e contempra la realizzazione di lavori solo a titolo accessorio, si tratterà di una concessione di servizi che sarà disciplinata secondo la normativa specifica, ferma restando comunque l'applicazione dei principi di carattere generale del trattato CE, quali in particolare quello di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità.

In buona sostanza, qualora un affidamento contempra l'esecuzione di lavori congiuntamente alla gestione di un servizio, solo laddove la gestione del servizio sia strumentale alla costruzione dell'opera, in quanto consente il reperimento dei mezzi finanziari necessari alla sua realizzazione, è configurabile l'ipotesi della concessione di lavori pubblici⁵⁴.

o di quelle ascrivibili ai lavori. In sostanza, qualora nell'ambito di una concessione le prestazioni contrattuali siano di diversa e commista specie, il criterio risolutore da utilizzare è quello della "prevalenza", con riferimento al valore economico delle prestazioni.

⁵⁴ Cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 14 febbraio 2008, n. 3518, in *Urb. e App.* 2008, p.732 con commento di FIMIANI P.

CAPITOLO 3

Il *project financing* e le concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche.

3.1. Definizione e caratteristiche economico-finanziarie delle procedure di *project financing*.

Una volta illustrate le origini e le caratteristiche fondamentali dell'istituto della concessione di costruzione e gestione, è ora possibile comprendere gli elementi distintivi del *project financing*, dato il rapporto di genere a specie esistente tra i due istituti.

Come sopra riferito, infatti, il *project financing* rappresenta una particolare forma di concessione di costruzione e gestione.

Invero, come si verifica nel caso delle concessioni di costruzione e gestione, anche nelle procedure di *project financing*, il privato si impegna a realizzare opere pubbliche o di pubblica utilità in cambio del diritto a

gestire l'opera, assumendo su di sé i rischi connessi alla gestione dell'opera stessa.

Insieme alle concessioni, il *project financing*⁵⁵ rientra tra le principali modalità applicative del PPP per la realizzazione di opere infrastrutturali pubbliche e di pubblica utilità e rappresenta senza dubbio una valida alternativa di finanziamento rispetto alle tradizionali procedure di affidamento delle concessioni.

L'istituto in parola nasce allo scopo di rendere concreto il coinvolgimento del capitale privato nella realizzazione di opere pubbliche tramite un finanziamento che avvenga con esclusivo riferimento al progetto da realizzare e alla sua futura redditività, senza che vi sia alcun legame economico ed organizzativo tra lo Stato ed il soggetto finanziatore.

⁵⁵ Sull'argomento, in generale: G. DE MARZO, M. BALDI, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, II ed., 2004; AA.VV., *La finanza di progetto con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, a cura di E. PICOZZA, Torino 2005; AA.VV., *Finanza di progetto, Quaderno CESFIN*, a cura di G. MORBIDELLI, Torino 2004; AA.VV., *Project financing e opere pubbliche*, a cura di G.F. FERRARI, F. FRACCHIA, Milano 2004; S. SAMBRI, *Project financing, la finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, Padova, 2006; 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, 2008, 217-250.

La disciplina del *project financing*, riferita al settore pubblico⁵⁶, è stata introdotta per la prima volta in Italia in via generale dall'art. 11 della legge n. 415 del 1998 (c.d. *Merloni-ter*), che ha aggiunto al testo della legge Merloni una serie di disposizioni – gli artt. da *37 bis* a *37 nonies* – che disciplinano la figura del promotore di opere pubbliche ed una particolare procedura per la concessione delle opere pubbliche.

La finanza di progetto è stata prospettata, da uno dei massimi esperti a livello internazionale in materia, come “*un’operazione di finanziamento di una particolare unità economica nella quale il finanziatore fa affidamento, sin dallo stadio iniziale, sul flusso di cassa e sugli utili dell’unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività*”

⁵⁶ L'utilizzo della finanza di progetto in ambito privatistico, inteso come finanziamento di opere (anziché di aziende) sulla base della capacità di produrre reddito, era già consentito nel nostro ordinamento in base al principio di autonomia contrattuale *ex art.* 1322 c.c. Inteso in tal modo, le origini del *project financing* possono essere fatte risalire al XII secolo, anno in cui i banchieri fiorentini Frescobaldi concedevano un finanziamento garantito dal *cash flow* della vendita dell'argento estratto nelle miniere del Devon (così, MARIANI M., *Il Project Financing nel Codice dei Contratti*, a cura di V. MENALDI, GIAPPICHELLI, 2007). Seguendo tale ragionamento anche i viaggi commerciali di Cristoforo Colombo, intesi come investimenti che si riteneva potessero essere ripagati ampiamente dai flussi di ricchezza che avrebbero generato.

dell' unità economica come garanzia collaterale del prestito"⁵⁷.

La definizione tiene conto della *ratio* sottesa all'introduzione dell'istituto in esame ed ha il pregio di evidenziare la logica, vale a dire l'attitudine dell'attività economico-finanziaria ad autofinanziarsi⁵⁸, cioè a produrre flussi di cassa di segno positivo in grado di compensare il prestito ottenuto per finanziare l'attività, garantendo al contempo un'adeguata remunerazione del capitale investito dai finanziatori. Si sottolinea, in tal modo, l'idea di finanziare non un determinato soggetto ma un progetto, in forza di garanzie oggettive "costituite dalla redditività del progetto stesso"⁵⁹. Sicchè, in buona sostanza, mentre il finanziamento d'impresa assume ad oggetto la valutazione dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa e gli effetti su tale equilibrio dei nuovi investimenti realizzati e dei nuovi debiti contratti, viceversa il finanziamento di progetti assume ad oggetto

⁵⁷ Così P.K. NEVITT, *Project financing*, Bari, Laterza, 1988, (traduzione a cura di P. DE SURY), p. 13.

⁵⁸ FALCONE G., *Finanziamento delle infrastrutture e intervento del capitale privato nel campo delle opere di pubblica utilità*, in Ternau, *Project financing*, 78 ss. L'Autore, cogliendo tale profilo dell'istituto, ha proposto di tradurre l'idioma anglosassone con l'espressione di "*progetto che si finanzia con la sua realizzazione*":

⁵⁹ Cfr. U. DRAETTA, Il project financing nella prassi del commercio internazionale, in *Riv. comm. int.*, 1994, 495, p. 497

la valutazione dell'equilibrio economico-finanziario di uno specifico progetto imprenditoriale legato ad un determinato investimento, giuridicamente ed economicamente indipendente dalle altre iniziative delle imprese che lo realizzano⁶⁰.

Dunque, laddove normalmente i finanziatori sopportano solo il rischio della solvibilità del mutuatario, nel *project financing* dovrebbero condividere almeno tendenzialmente, secondo la logica dell'istituto, anche i fondamentali rischi sulla buona riuscita dell'impresa attuando, pertanto, un isolamento economico-finanziario dell'iniziativa rispetto alle altre attività dei promotori, con conseguenti vantaggi sia per gli *sponsor* che per gli enti finanziatori. L'effetto di separazione dovrebbe comportare infatti il duplice vantaggio di consentire ai primi di far risultare fuori dai bilanci aziendali il debito contratto per il finanziamento, mantenendo così inalterata la propria capacità di indebitamento nei confronti del sistema bancario; al tempo stesso, assicura ai secondi l'isolamento del flusso di cassa del patrimonio personale dei promotori con un evidente rafforzamento della

⁶⁰ Cfr. G.IMPERATORI, *Il project financing, Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 1995, pag. 27.

garanzia di restituzione del credito erogato. In tale contesto, è evidente che assuma un ruolo fondamentale la validità (detta anche "bancabilità") del progetto che sia in grado di produrre ricavi fondati su previsioni attendibili, capaci di garantire con ragionevolezza il ritorno reddituale per i soggetti che partecipano in varia misura nell'operazione finanziaria.

E' solo la previsione di redditività futura dell'opera, infatti, che può far sorgere in capo ad un operatore privato l'intenzione di promuovere la realizzazione di un'opera pubblica, in considerazione del fatto che in capo a quest'ultimo rimarrà soltanto la gestione dell'attività e non certo la proprietà, trasferita, dopo un certo periodo di tempo, alla mano pubblica.

Anche la giurisprudenza amministrativa ha avallato la definizione di *project financing* come strumento finanziario "che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e, dall'altra, si sostanzia in un'operazione di finanziamento di una particolare attività economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la

*gestione proficua dell'attività stessa; in altri termini l'attività economica deve avere la capacità di autofinanziarsi*⁶¹.

L'espressione adoperata dal Nevitt per definire l'istituto in oggetto, tuttavia, sembra semplificare eccessivamente un istituto giuridicamente più complesso, in quanto si riferisce ad una sola tipologia di *project financing*, ossia quello senza rivalsa sui promotori⁶². L'Autore, cioè, pur cogliendo a pieno la logica sottostante al *project financing*, descrive un *project financing* "puro", in cui, cioè, non è prevista la possibilità di rivalsa sugli *sponsors*, né altre forme di garanzia in favore dei finanziatori (l'unica forma di garanzia è data dagli utili prodotti dalla gestione dell'opera), presupponendo una separazione ed una indipendenza assoluta del progetto.

⁶¹ Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847, in *Foro Amm. C.d.S. 2004*, p. 2889.

⁶² Sulla distinzione tra operazioni di PF con rivalsa sui promotori dell'iniziativa o su terzi soggetti e quello senza rivalsa, si veda F.MEROLA, in *www.infopieffe.it*. Secondo l'Autore, nelle ipotesi di PF senza rivalsa ("*without recourse*"), la capacità dell'iniziativa di generare ricavi e le eventuali garanzie reali costituite sui beni del progetto rappresentano l'unico elemento rilevante per i finanziatori ai fini delle valutazioni sulla capacità di servizio del debito. Non è previsto, invece, alcun tipo di sostegno esterno e soprattutto sono escluse garanzie dirette dei promotori dell'iniziativa o di soggetti terzi (privati o anche appartenenti alla P.A.) a supporto dei finanziamenti. Quando invece tali elementi sono presenti, anche solo in minima parte, si parla di PF senza rivalsa o più precisamente a rivalsa limitata ("*limited recourse*").

In realtà, se è vero che l'attenzione dei finanziatori dovrebbe porsi, secondo la logica dell'istituto, esclusivamente sui profitti che l'opera sarà in grado di generare una volta giunta a compimento, è altrettanto vero che tali previsioni possono rappresentare la principale ma non l'unica garanzia di remunerazione del finanziamento. Infatti, bisogna puntualizzare che quasi mai i finanziatori accettano di concedere il prestito in base alla sola previsione che il progetto sarà in grado di produrre adeguati flussi di cassa (nella terminologia anglosassone, “*cash flow*”), ma pretendono delle ulteriori garanzie dai promotori dell'iniziativa. Si fa qui riferimento a garanzie prestate dai promotori che incidono o possono incidere direttamente sul bilancio dei promotori, invece che - secondo la logica del *project financing* - sul solo bilancio della società appositamente costituita al fine di gestire il progetto.

Così, il termine *PF* è di fatto divenuto nel nostro ordinamento genericamente sinonimo di coinvolgimento privato nel finanziamento e nella gestione delle infrastrutture di pubblica utilità, andando a ricomprendere anche fattispecie che non appartengono

alla nozione tecnico-finanziaria di *PF* contenuta nei manuali di finanza o praticata sui mercati finanziari internazionali.

In forma più esplicita, questo vuol dire che spesso l'espressione "finanza di progetto" viene utilizzata nel nostro Paese anche con riferimento a situazioni in cui la realizzazione di una nuova opera viene in realtà finanziata avendo riguardo anche al bilancio dei soggetti coinvolti, siano essi pubblici o privati, e non solo ai flussi di cassa generati dalla nuova iniziativa. Ciò significa, in altre parole, che le banche spesso chiedono garanzie tradizionali, come ipoteche su beni immobili, fidejussioni e altre forme di garanzia⁶³, spostando di fatto il rischio

⁶³ Una delle garanzie che, molto spesso, vengono prestate a favore delle banche a fronte della concessione di finanziamenti finalizzati alla realizzazione di opere pubbliche è costituita dalla fideiussione comunale ed è prevista dallo stesso Legislatore all'art. 207, comma 3, d.lgs. n. 267/2000 ai sensi del quale: *"I comuni, le province e le città metropolitane possono rilasciare a mezzo di deliberazione consiliare garanzia fideiussoria per l'assunzione di mutui destinati ad investimenti e per altre operazioni di indebitamento da parte di aziende da essi dipendenti, da consorzi cui partecipano nonché dalle comunità montane di cui fanno parte (...). La garanzia fideiussoria può essere rilasciata anche a favore di terzi per l'assunzione di mutui destinati alla realizzazione o alla ristrutturazione di opere a fini culturali, sociali o sportivi, su terreni di proprietà dell'ente locale, purché siano sussistenti le seguenti condizioni:*

a) il progetto sia stato approvato dall'ente locale e sia stata stipulata una convenzione con il soggetto mutuatario che regoli la possibilità di utilizzo delle strutture in funzione delle esigenze della collettività locale;

b) la struttura realizzata sia acquisita al patrimonio dell'ente al termine della concessione;

dall'andamento dell'iniziativa finanziata a quello dell'impresa promotrice.

E' per tale motivo che altri Autori fanno riferimento ad altre definizioni, che indicano in modo più esaustivo le caratteristiche strutturali di queste operazioni. Si può, infatti, più esaurientemente, definire il *project financing* come "*un'organizzazione costituita da una pluralità di soggetti allo scopo di finanziare la realizzazione e la gestione di un bene economico, in grado di remunerare, attraverso il proprio cash flow, l'investimento iniziale ad un tasso di rendimento di mercato la cui caratteristica peculiare consiste nel fatto che i finanziatori accettano, a garanzia dei prestiti concessi, i flussi di cassa prodotti dalla gestione dell'opera, resi il più possibile stabili dai soggetti partecipanti all'operazione, attraverso accordi contrattuali volti alla ripartizione dei rischi connessi all'iniziativa*"⁶⁴.

Quest'ultima definizione, forse, consente di evidenziare un aspetto caratteristico delle operazioni di *project*

c) la convenzione regoli i rapporti tra ente locale e mutuatario nel caso di rinuncia di questi alla realizzazione o ristrutturazione dell'opera".

⁶⁴ La definizione è di S. CARPINELLI, contenuta in P. ROSTIROLLA, *La fattibilità economico-finanziaria. Metodi e applicazioni*, Napoli, 1998, p. 325.

financing, e cioè l'individuazione dei rischi, sia tecnici che finanziari, connessi al progetto e la loro copertura.

Infatti, poiché di solito le operazioni di *project financing* presentano un'elevata leva finanziaria, i rischi connessi al progetto ed alle previsioni economiche che lo riguardano vengono suddivisi tra tutti i soggetti coinvolti nell'operazione, attraverso un sistema coordinato di contratti. In questo caso, a garanzia del finanziamento, oltre ai flussi di cassa del progetto e alle garanzie contrattuali sono presenti anche elementi esterni di supporto all'iniziativa. Si tratta, prevalentemente, di obbligazioni contrattuali a carico dei promotori (o anche di terzi), che si aggiungono alla capacità del progetto di generare profitti (capacità che, nelle operazioni di PF, deve essere asseverata da una banca).

Dunque, l'indipendenza assoluta del progetto, senza cioè alcun legame con le caratteristiche soggettive dei soggetti promotori e delle imprese esecutrici dei lavori o che gestiscono i servizi, è un'ipotesi che si verifica piuttosto raramente nel nostro Paese.

In altre parole, non si verifica quasi mai che la capacità dell'iniziativa di generare profitti, insieme alle attività ed

ai beni del progetto, costituiscono gli unici elementi rilevanti per i finanziatori, ai fini della valutazione sulla capacità di servizio del debito del progetto.

Ed è proprio la carenza di finanziatori disposti ad assumere il rischio di operazioni di rilevante importo economico e, al tempo stesso, di progetti concretamente finanziabili esclusivamente in base alla loro capacità di produrre reddito che hanno portato attenta dottrina⁶⁵ ad affermare che il *project financing* per diventare una valida alternativa ai sistemi propri della finanza pubblica dovrebbe concretamente trasformarsi in un sistema di finanziamento avente ad oggetto unicamente il progetto in quanto tale.

Per tali ragioni, a seconda del rischio assunto dai finanziatori per la realizzazione e la gestione dell'opera, la dottrina distingue tre diverse tipologie di *project financing*.

In particolare, è possibile identificare, operazioni "senza rivalsa" (*without recourse*), operazioni con "rivalsa limitata" (*limited recourse*), operazioni con "rivalsa piena" (*total recourse*).

⁶⁵ F. MERUSI, *La finanza di progetto: studi e riflessioni*, in *Studi e note dell'economia*, I, 1998, pp.7-13 .

Nella prima ipotesi, definita anche di *project financing* “puro”⁶⁶, è esclusa la rivalsa dei finanziatori sui promotori del progetto.

I finanziatori assumono, cioè, pressoché interamente i rischi connessi alla realizzazione e alla redditività dell’opera. Non essendo previsto alcun tipo di garanzia di rivalsa nei confronti dei promotori dell’iniziativa, in questo caso le banche operano secondo logiche non tradizionali accollandosi rischi vicini a quelli imprenditoriali

Si tratta dell’operazione che attua nel modo più pieno la logica sottostante al *project financing* poiché, non prevedendo alcuna possibilità di rivalsa sugli *sponsors*, l’unica garanzia che esso fornisce ai finanziatori è data dai *cash flows* del progetto.

Il secondo tipo di *project financing*, che nella realtà operativa è il più ricorrente, è definito come *limited recourse*, ovvero con rivalsa limitata sui promotori dell’iniziativa.

Si parla di rivalsa limitata poiché tali garanzie accessorie non coprono, generalmente, l’intero importo del progetto;

⁶⁶ Per essere chiari, è la tipologia di *project financing* a cui fa riferimento il NEVITT nella nota definizione sopra citata.

quindi una parte del rischio commerciale viene di fatto assunto dagli investitori (generalmente le banche).

Ciò determina evidentemente una riduzione dell'indipendenza del progetto e fa sorgere il rischio di uno stravolgimento dell'essenza del *project financing*.

Infine, le operazioni di *project financing total recourse* si hanno allorquando la rivalsa dei finanziatori sui promotori, sugli azionisti della società di progetto è totale. Quest'ultimo schema di suddivisione dei rischi è il più lontano dalla concezione di fondo del "*project financing vero e proprio*"⁶⁷, poiché attribuisce tutti i rischi dell'operazione ai suoi promotori, consentendo ai finanziatori di rivalersi su di loro in caso di insuccesso dell'operazione, cioè se essa non produce i *cash flows* necessari al ripagamento del debito.

Quest'ultimo tipo di operazioni, secondo certa dottrina, non possono essere definite *project financing*. Secondo tale corrente di pensiero, invero, siamo fuori da tale tecnica operativa quando i finanziamenti, attivati per la realizzazione di un intervento, fanno affidamento per la

⁶⁷ L'espressione è di U. DRAETTA, *Il project financing nella pratica del commercio internazionale* cit., p. 497.

loro remunerazione sul bilancio complessivo dei promotori⁶⁸.

Dunque, chiarito che nel *project financing* quasi mai si realizza un'indipendenza assoluta del progetto, detto istituto si prospetta comunque, per le ragioni esposte in seguito, come un valido strumento attraverso il quale far crescere il numero delle concessioni e, per l'effetto, l'afflusso di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche.

3.2. Il *project financing* e la concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici.

Alla luce di quanto evidenziato nel paragrafo precedente, il *project financing* nasce dalla necessità di offrire nuove vie per la realizzazione delle opere pubbliche, centrate sul coinvolgimento di soggetti privati e sul finanziamento attraverso fondi da questi provenienti. Del resto, il ricorso ad uno strumento introdotto appositamente per accrescere la partecipazione di investitori privati nella realizzazione di opere pubbliche è stata una scelta quasi obbligata per un Paese come l'Italia, il cui livello di

⁶⁸ Così, S. CASTENASI, *Il partenariato pubblico privato* cit., p. 77.

infrastrutturazione è al di sotto della media di quello degli altri Paesi dell'Unione Europea.

Già prima dell'introduzione nel settore pubblico della finanza di progetto, esisteva (ed esiste) il ricorso al capitale privato per la realizzazione e la gestione di opere pubbliche tramite l'istituto della concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici⁶⁹.

Come sopra sottolineato, infatti, anche l'istituto della concessione di costruzione e di gestione è nato e si è sviluppato, da un lato, per fronteggiare la carenza di risorse economiche (lo Stato consente all'imprenditore di realizzare l'opera con fondi privati e di ripagarsi con i proventi derivanti dalla gestione dell'opera), dall'altro, per la mancanza, all'interno dell'Amministrazione, di competenze tecniche idonee⁷⁰. La concessione di lavori

⁶⁹ Il suo utilizzo risale alla seconda metà del XIX secolo quando le esigenze di modernizzazione delle infrastrutture degli stati nazionali, ed in particolare del neonato Stato unitario, imposero all'amministrazione l'utilizzo di moduli diversi dall'appalto di lavori per realizzare le opere pubbliche più impegnative sul piano finanziario ed organizzativo. Per questo motivo la concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici fu utilizzata, innanzitutto, per la realizzazione di opere ferroviarie: l'amministrazione, cioè, evitava di ricorrere all'appalto e sceglieva il sistema della concessione di lavori pubblici, che le consentiva di realizzare opere senza un esborso finanziario diretto, soltanto se insieme alla costruzione dell'opera demandava al concessionario anche la futura gestione della stessa per un certo periodo di tempo per trarne il necessario guadagno per rientrare dall'investimento effettuato.

⁷⁰ Il fondamento dell'introduzione dell'istituto della concessione di costruzione e gestione è, dunque, rinvenibile nell'elevato contenuto tecnologico delle opere da realizzare e nel rilevante impiego di

pubblici (strutturata in termini di costruzione e gestione) è, dunque, un modo per eseguire in maniera indiretta l'opera pubblica, in cui un soggetto privato ottiene l'affidamento per realizzare e gestire l'opera per un determinato periodo di tempo, terminato il quale deve restituirla definitivamente all'ente concedente⁷¹.

La P.A., in tal modo, assicura indirettamente la gestione di un pubblico servizio, sfruttando le professionalità dell'imprenditore privato, riducendo le attività amministrative strumentali ed evitando l'assunzione sul proprio bilancio delle spese di esecuzione dell'opera e di avviamento della sua gestione, nonché dei rischi connessi.

capitali di cui la P.A. era sprovvista. A ciò va aggiunto che l'intervento dello Stato liberale nell'economia, durante la seconda metà del XIX secolo, era del tutto marginale (così, G. LEONE, cit. p. 4). Si veda, inoltre, sul tema, F. PELLIZZER, cit., il quale sottolinea come *“la formula concessoria non costitutiva certamente un quid novi, dal momento che, oltre ad alcune fattispecie previste anche nella prima metà dell'ottocento, l'origine della attribuzione di <<uffici pubblici>> a soggetti non facenti parte del potere pubblico risale (...) ad esperienze ben più remote quali quelle dei <<munera pubblica>> nel diritto romano”*, (p. 50).

⁷¹ Il Codice dei Contratti, all'art. 3, comma 11, reca la definizione della concessione di lavori pubblici, qualificando come tali i *“contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, in conformità al presente Codice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente Codice”*.

Dunque, sia nel caso del *project financing* che in quello della concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici la remunerazione del capitale investito dal privato avviene attraverso la gestione funzionale ed economica dell'opera realizzata e, pertanto, della capacità della medesima di generare un reddito idoneo ad assicurare non solo l'ammortamento degli investimenti e il pagamento del canone, ma anche a remunerare il capitale investito nella misura ritenuta soddisfacente dai finanziatori. Non appaiono, cioè, diverse le rispettive utilità nei riguardi dell'interesse della pubblica amministrazione a non gravarsi di esborsi finanziari per l'esecuzione di un'opera. Ciò perché sia il concessionario sia il promotore, una volta ottenuto l'affidamento, realizzano a proprie spese i lavori, cercando remunerazione nel profitto traibile dalla gestione. E, se la concessione può registrare talvolta l'aggiunta di un prezzo, altrettanto è contemplato per il promotore giacché le norme in tema di *project financing* prevedono che esso realizzi l'opera con risorse anche solo "parzialmente" a suo carico, vale a dire anche grazie a risorse finanziarie pubbliche.

Allora ci si può chiedere come mai sia stato introdotto un istituto che pare ricalcare, nella sostanza, il “vecchio” schema della concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici in cui il prezzo è costituito in tutto od in parte dal diritto di gestire l’opera.

La risposta a tale domanda è tanto più necessaria alla luce del terzo decreto correttivo del codice dei contratti che ha ulteriormente ridotto le differenze tra i due istituti.

A tale proposito, il Consiglio di Stato, nel parere del 14 luglio 2008, n. 2357 ⁷² avente ad oggetto il futuro decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152 (terzo decreto correttivo del codice dei contratti), osserva che *“la norma così come concepita finisce con l’essere un inutile duplicato dell’istituto della concessione, di cui al Capo II del Codice. Le uniche differenze che rimangono, infatti, attengono all’oggetto dell’offerta – che nella concessione comprende il progetto definitivo e qui il preliminare – e alla possibilità del “promotore” di chiedere l’inserimento di un nuovo intervento nel programma”*, concludendo con *“l’invito alla amministrazione a prendere seriamente in considerazione la possibilità di*

⁷² In www.giustizia-amministrativa.it.

sopprimerlo”, tenuto anche conto che l’istituto non è previsto nelle direttive comunitarie.

In realtà, è opportuno precisare subito che l’istituto della finanza di progetto non rappresenta un istituto autonomo ma è riconducibile nel *genus* delle concessioni di lavori pubblici, pur rappresentandone una forma particolare. Si consideri che la giurisprudenza è concorde nel definire il *project financing* come un procedimento volto all’affidamento di una concessione⁷³. Se, però, si ritiene che la concessione di lavori pubblici rappresenti *il genus* nel cui ambito è riconducibile anche la figura speciale della finanza di progetto, deve ritenersi che i due istituti abbiano necessariamente dei rilevanti elementi di specialità e che il regime (speciale) espressamente dettato per la prima figura non si estende automaticamente anche alla seconda⁷⁴.

⁷³ Si veda, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 2889, secondo cui “*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 queste ultime che si basa sulle comune norme che regolano la concessione*”.

⁷⁴ Così, R. PECORARO, in *La legge-quadro in materia di lavori pubblici*, (a cura di) CARULLO e CLARIZIA, Padova, 2004, p. 1696 ss. ove si afferma che il rinvio alla concessione operato dall’art. 37-bis, concernente la risoluzione e la revoca del rapporto col promotore, deve ritenersi limitato, siccome desumibile dalla stesso dato letterale, al richiamo del solo modello negoziale; in termini, F. CINTIOLI, *Le concessioni di lavori pubblici*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*.

A tale proposito, sembra fuorviante individuare nella titolarità dell'iniziativa (pubblica o privata) il criterio distintivo dei due istituti in esame⁷⁵.

Non sfugge, infatti, che l'ambito dell'iniziativa privata (anche con riferimento alla procedura di *project financing* precedente il terzo decreto correttivo) non può, in ogni caso, essere slegata dalle funzioni di programmazione e tipicamente amministrative: la proposta di *project financing* non può riferirsi a qualsivoglia lavoro pubblico o di pubblica utilità bensì solo ad interventi che siano preventivamente inseriti nel programma triennale delle opere pubbliche ovvero in altri strumenti di programmazione, tra i progetti realizzabili con capitale privato.

Commentario sistematico, a cura di F. SATTA, p. 997 ss., secondo il quale “*in tal senso orienterebbe già il fatto che i due regimi sono contenuti in distinti, sebbene consecutivi, Capi*”.

⁷⁵ Non è di questo avviso, ad esempio, R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 110, che identifica strettamente la <<promozione>> con il *project financing* e configura, quindi, l'istituto quale tecnica di finanziamento piuttosto che modo di realizzazione di opere pubbliche. Di diverso avviso, invece, M. ZOPPOLATO, *Commento agli artt. 37-bis-37 nonies*, in *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1012, il quale distingue nettamente le due figure e argomenta nel senso che il <<project financing>>, inteso come finanziamento esterno di opera pubblica, può operare in qualsiasi caso di concessione di costruzione e gestione, indipendentemente dal fatto ch'essa segua alla procedura di <<promozione>>; anche F. CINTIOLI, *Le concessioni di lavori pubblici* cit., ritiene che “*l'istituto del project financing (...) può operare in qualsiasi caso di concessione di costruzione e gestione, a prescindere dal fatto che l'iniziativa dei lavori sia stata o meno promossa da un privato*”.

Inoltre, in seguito alle modifiche della finanza di progetto inserite nel terzo decreto correttivo il bando ha come riferimento uno studio di fattibilità predisposto dalla amministrazione, anziché un progetto preliminare redatto dal promotore. Di conseguenza, mentre prima l'iniziativa del promotore era più accentuata, con la presentazione da parte del promotore di una proposta che veniva scelta dall'amministrazione, con la nuova disciplina tale iniziativa si affievolisce inserendosi in un contesto che assume come riferimento lo studio di fattibilità redatto dalla p.a. Nondimeno è sempre il promotore a predisporre il progetto preliminare che anzi costituisce uno dei principali documenti di cui consta l'offerta per la partecipazione alla gara.

Del resto, le modifiche introdotte dal terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici prevedono diverse procedure utilizzabili al fine di dare attuazione all'istituto della finanza di progetto, che possono essere attivate sia ad iniziativa di soggetti privati, mediante la formulazione di una proposta rivolta all'amministrazione aggiudicatrice (art. 153, commi 16, 17 e 18, che disciplinano il modello di *project financing*, in caso di

inerzia della p.a. che non pubblichi il bando), sia ad iniziativa dell'Amministrazione (art. 153, commi da 1 a 14 che disciplinano rispettivamente il modello di p.f. con gara unica e senza prelazione, nonché il modello con doppia gara e con diritto di prelazione), mediante la pubblicazione di un bando⁷⁶.

Appare, dunque, evidente che le differenze tra i sopra descritti istituti, all'apparenza molto simili, non possono essere individuate attraverso il criterio dell'iniziativa, pubblica o privata.

Premesso ciò, per comprendere le esigenze precipue a cui si è cercato di dare risposta con l'introduzione nel settore pubblico della finanza di progetto (e, dunque, le sue differenze con l'istituto della concessione), è necessario, innanzitutto, un esame dell'esperienza passata.

Invero, salvo poche eccezioni per lo più a livello locale, il privato non è stato mai interessato ad impegnarsi,

⁷⁶ Sui primi commenti al terzo decreto correttivo: R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2008, 1225; M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo decreto correttivo*, *ivi*, 1376; A. COLETTA, *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*; M. COLLEVECCHIO, *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel "correttivo 3"*, Convegno IGI 30 settembre 2008; Autorità per la vigilanza sui Contratti Pubblici, deliberazione 14 gennaio 2009, n. 1, *Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. terzo decreto correttivo (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152)*, in *www.autoritalavoripubblici.it*.

tramite l'istituto della concessione, nella realizzazione di grandi infrastrutture e, quindi, le opere pubbliche realizzate con tale disciplina non sono state molto numerose.

Le concessioni di grandi infrastrutture sono state per lo più assentite a società formalmente private, ma appartenenti al sistema delle partecipazioni statali e possedute quindi direttamente o indirettamente dallo Stato⁷⁷. Il finanziamento del privato era fittizio o inesistente dal momento che lo Stato, sia pure tramite organi o enti diversi, era al tempo stesso concedente e concessionario. E' pertanto evidente, almeno finora, che il vecchio schema delle concessioni non ha sollecitato i privati ad assumere rischi nella realizzazione di opere pubbliche.

Le ragioni di ciò vanno individuate non soltanto nella consapevolezza che le tariffe al pubblico per l'utilizzo delle infrastrutture non possono essere rimesse alla libera scelta del concessionario (il più delle volte anche monopolista) e che lo Stato può essere indotto, da ragioni

⁷⁷ Sul tema, cfr. V. SARACENO, *Partecipazioni Statali* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1982; S. CASSESE, *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1974.

politiche contingenti, a modificarle senza adeguate contropartite per il concessionario; ma, soprattutto, nella sfiducia nella loro redditività, atteso che nelle concessioni di costruzione e di gestione il progetto preliminare e il piano economico-finanziario sono predisposti dalla Pubblica Amministrazione che definisce i progetti e stabilisce le caratteristiche dell'opera da realizzare (dimensioni, livello di attività ecc.) con i relativi costi, sui quali costruire le posizioni di equilibrio del piano di investimento.

Ebbene, quello che in primo luogo caratterizza il *project financing* e lo distingue dalla concessione tradizionale è che in quest'ultima la pubblica amministrazione dispone già di un progetto preliminare (o, addirittura, definitivo o esecutivo) che definisce l'insieme degli obiettivi da raggiungere, oltre alle caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori. Lo strumento della concessione, infatti, presuppone, indipendentemente da qualsiasi scambio interlocutorio con gli operatori privati, la predisposizione, da parte dell'Amministrazione concedente, sia attraverso i servizi tecnici dell'amministrazione sia tramite un professionista esterno

appositamente incaricato, della documentazione necessaria da porre a base di gara: progetto preliminare, bozza di convenzione, disciplinare sulle modalità di gestione, piano economico-finanziario.

Il confronto concorrenziale – sulla base dei documenti innanzi descritti che individuano le caratteristiche dell'opera e le sue modalità di gestione – avviene poi attraverso un'apposita procedura di gara avviata dall'Amministrazione concedente tramite la quale avviene la scelta del concessionario.

Ciò nel rispetto del principio di separazione tra l'attività di progettazione degli impianti e quella di realizzazione-gestione degli stessi (confermato dall'art. 90, comma 8 del Codice dei Contratti) la cui *ratio* è quella di assicurare il cumulo delle qualità di progettista e di direttore dei lavori, per evidenti ragioni organizzative ed economiche e al tempo stesso di evitare qualsiasi contiguità tra il direttore dei lavori e l'esecutore degli stessi. Infatti, il vincolo di economicità, cui fa riferimento l'art. 1 della legge n. 241 del 7 agosto 1990, impone all'amministrazione di ricorrere all'internalizzazione del servizio di progettazione avente ad oggetto un'opera di

pubblica utilità qualora l'ente pubblico possieda una certa competenza da mettere in campo⁷⁸.

Così facendo, l'onere della strutturazione dell'operazione ricade interamente sulla pubblica amministrazione che deve definire un progetto "fattibile". Il processo di definizione del progetto, essendo tutto interno all'amministrazione, non è preceduto da alcun momento di confronto con il mercato che possa consentire aggiustamenti se il progetto non è ritenuto "contendibile" dal settore privato. Deriva da ciò che l'assenza di offerte nel caso della procedura *ex art. 19* può essere interpretata come un sostanziale fallimento da parte dell'amministrazione nel definire un progetto interessante

⁷⁸ Secondo il T.A.R. Puglia – Lecce, l'incompatibilità tra la qualità d'incaricato della progettazione o dipendente o collaboratore dello stesso (nonché quella di affidatario di attività di supporto alla progettazione o dipendente di questo) e la qualità di appaltatore o concessionario di lavori pubblici, nonché di subappaltatore o cottimista, è da ricondurre alle disposizioni secondo cui gli incarichi di progettazione devono essere prioritariamente assolti all'interno della struttura pubblica, per essere affidati all'esterno solo ove quest'ultima non sia nelle condizioni di svolgerli, e gli incarichi di direzione di lavori progettati da professionisti esterni devono essere prioritariamente al progettista interni incaricato (sez. II, 18 novembre 2002, n. 6297, in *Foro Amm. T.A.R. 2002*, 3773). Sul punto, la Corte dei Conti ritiene che la progettazione costituisca attività istituzionale della pubblica amministrazione, il cui esercizio è demandato, secondo la legge, al relativo apparato e che solo in presenza di obiettive ragioni di pubblico interesse (come la specialità dei lavori a fronte dell'inadeguatezza delle strutture interne di intervento) può essere affidato a professionisti esterni (così, sez. giurisdizionale per la Calabria, 10 giugno 2002, n. 394, in www.amcorteconti.it).

per il mercato, con riferimento agli aspetti tecnici, economici, organizzativi⁷⁹.

Al contrario, nelle procedure di *project financing* di cui all'art. 153, sia il progetto preliminare (relativi costi e impiego di risorse) che il piano economico-finanziario sono predisposti dal promotore in piena autonomia. In particolare, il Codice dei Contratti Pubblici, in base alla modifica disposta del terzo decreto correttivo, prescrive che le *offerte* da presentare nelle procedure di cui all'art. 153 devono contenere:

- a) un *progetto preliminare*;
- b) una bozza di convenzione;
- c) un *piano economico-finanziario* asseverato da una banca, comprendente anche l'importo – nella misura massima del 2,5% dell'entità dell'investimento come desumibile dallo *studio di fattibilità* posto a base di gara – delle spese sostenute per la predisposizione dell'*offerta* o della *proposta*, comprensivo pure dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile;
- d) la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

⁷⁹ Così, Baccolini R.- Baldini.D., *Il project finance in Italia*, Il Mulino, Bologna 2006, pp. 69-70.

E' altresì previsto. in modo espresso dal comma 5 dell'art. 153 cit. che l'esame delle *proposte* – ma si ritiene che l'art. 153 faccia riferimento anche alle offerte di cui alla seconda e alla terza procedura da esso disciplinate – sia esteso alla qualità del *progetto preliminare* presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione.

Dunque, valutati i contenuti sintetici dello studio di fattibilità, il *project financing*, anche nella sua originaria riformulazione, assegna alla progettazione privata un ruolo centrale demandandole le scelte strategiche dell'intervento seppur nell'ottica di un quadro dell'intervento parzialmente disegnato dal disciplinare di gara che dovrà indicare, in particolare, l'ubicazione e 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.

Questa fondamentale differenza spiega, in parte, l'introduzione del *project financing* che viene, quindi, adoperato come lo strumento per rendere più consistente il coinvolgimento del capitale privato nello sviluppo e

nell'ammodernamento delle reti e degli insiemi infrastrutturali del Paese.

La progettazione economico-finanziaria di tutta l'operazione ad opera dell'investitore privato ha un'importanza non trascurabile in quanto, prima di tutto, gli consente di non investire i propri capitali in progetti già definiti dall'Amministrazione o da terzi e di stabilire le caratteristiche dell'opera da realizzare (dimensioni, livello di attività ecc.) con i relativi costi, sui quali costruire le posizioni di equilibrio del piano di investimento. Essendo, infatti, la progettazione finanziaria strettamente legata con quella ingegneristica, potrebbe risultare oltremodo limitante doverla adattare su un progetto già definito (o definito in parte) da altri. Inoltre, ricadendo sul soggetto privato l'onere degli studi preliminari e della progettazione, la P.A. è sollevata dallo svolgimento di particolari attività che l'insufficienza di personale qualificato e la complessità delle opere da realizzare non le consentirebbero di svolgere adeguatamente. Ciò in ossequio ai sopra richiamati principi di economicità ed efficienza, codificati dall'art. 1 della legge n. 241/90, che richiedono di perseguire

politiche di partenariato o di esternalizzazione in ambiti in cui la competenza degli enti pubblici sia modesta.

Per tali ragioni, il giudizio espresso dal Consiglio di Stato⁸⁰ sull'istituto del *project financing*, ritenuto sostanzialmente un inutile doppione della concessione ed in quanto tale da sopprimere, appare eccessivo alla luce, soprattutto, delle difficoltà connesse all'attività di progettazione che, molte volte, l'intervento privato riesce a risolvere proponendo soluzioni tecnicamente innovative ed economicamente convenienti.

Questa prima differenza che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe incentivare il privato ad investire in operazioni di p.f., non comporta, però, solo conseguenze positive.

Invero, mentre nel caso della concessione tradizionale è l'amministrazione che si fa carico delle problematiche inerenti ai costi (non solo economici) dell'opera e della "partecipazione" degli altri enti pubblici coinvolti, nelle operazioni di p.f. è invece il privato che, privo delle necessarie competenze e conoscenze di tipo politico-partecipativo, privo altresì di legittimazione al confronto

⁸⁰ Parere n. 2357/2008 cit.

con i cittadini e con gli organi tecnici quali soprintendenze od altre amministrazioni, redige il progetto preliminare e propone le modalità realizzative e gestionali del caso.

Ciò significa che, pur con tutta la buona volontà del privato, quest'ultimo si trova, in un momento diverso da quello originario, ideativo, spesso addirittura in fase esecutiva, a dover discutere con cittadini e con gli organi "terzi" delle problematiche che sarebbero dovute essere già risolte in sede di progettazione preliminare. Infatti, quando il soggetto privato che partecipa ad una procedura di *project financing* redige il preliminare, difficilmente è in possesso di tutte le informazioni che servirebbero, non avendo la possibilità di discutere con i vari soggetti (pubblici e privati) che dovrebbero fornire le delucidazioni del caso. Ciò in quanto costui non ha una veste qualificata per sollecitare le istanze partecipative - fatta eccezione per l'oneroso⁸¹ strumento della conferenza di servizi preliminare, ex art. 14-bis, L. 241/90 - che, se trascurate, tenderanno a sfociare in

⁸¹ Si ricordi che, in caso di conferenza di servizi preliminare ex art. 14 bis, i relativi costi sono a carico del privato.

accesi dibattiti o in vertenze radicabili presso la giustizia amministrativa.

Questo aspetto è uno dei punti più critici, tuttora, delle procedure di p.f. che prevedono un importante contributo di soggetti privati. Infatti, il procedimento di aggiudicazione si fonda su una *offerta* o *proposta* di un soggetto privato che ha una coerenza sintetizzabile nell'equilibrio del *piano economico-finanziario* dell'intervento, il quale rispecchia costi e ricavi in una prospettiva temporale che abbraccia il tempo di gestione ritenuto conveniente e necessario.

Qualora nel corso del procedimento l'*offerta* (o la *proposta*) muti con incrementi di costi in adempimento alle prescrizioni della *valutazione di impatto ambientale* oppure dell'acquisizione dei consensi *tecnico amministrativi*, non può negarsi che il *piano economico-finanziario* non presenta più un corretto equilibrio. Tanto è vero, che molto spesso si è verificato che i diversi enti pubblici che presiedono la tutela di interessi specifici della comunità (come quello ambientale, paesaggistico-territoriale, storico-artistico, della salute e della pubblica incolumità), si siano espressi negativamente sulla

conformità del progetto ai suddetti interessi in momenti successivi alla indizione della gara (addirittura dopo l'aggiudicazione), apportando delle prescrizioni al progetto originario, tali da stravolgere il piano economico-finanziario (PEF) dell'iniziativa, con la conseguenza che la stessa non risultasse più finanziabile e i documenti prodotti sino a quel momento dal promotore (PEF, progetto preliminare) non più attuali. Ed è questa la principale ragione per la quale molto spesso le procedure di *project financing* non hanno completato il proprio *iter*⁸².

Questo cd. "rischio amministrativo" è stato solo in parte ridotto dalla nuova disciplina introdotta dal terzo decreto correttivo che, all'art. 153, comma 10, impone l'attivazione obbligatoria della conferenza dei servizi ai sensi dell'art. 97 del Codice, sul progetto preliminare presentato dal promotore anche ai fini della valutazione di impatto ambientale.

⁸² Secondo A. GERMANI (componente dell'Unità Tecnica della Finanza di Progetto, presso il CIPE), *Finanza di Progetto, inquadramento tecnico-finanziario*, in www.citymanagement.it, la dilatazione estrema dei tempi di valutazione e la "mortalità" delle proposte non è sempre dovuta a ritardi ed inefficienze della P.A., quanto molto spesso alla necessità di richiedere ai privati aggiustamenti ed integrazioni di carenze riscontrate nelle proposte, al fine di renderle compatibili con il pubblico interesse che le ha sollecitate

Tale soluzione rimuove con forza di legge solo parte del rischio amministrativo in quanto gli aspiranti promotori presentano proposte già potenzialmente configgenti con le prescrizioni che verranno rese dalle varie autorità pubbliche⁸³, con la conseguenza che il piano economico-finanziario, sulla base del quale i soggetti privati hanno aderito alle iniziative proposte dalla PA, non risulta più realizzabile⁸⁴.

E' evidente, dunque, che il rischio amministrativo – che si traduce in ritardi e costi aggiuntivi nella realizzazione delle opere – risulta essere in queste procedure molto elevato e rischia di disincentivare fortemente i privati a presentare proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici, dal momento che quest'ultimi potrebbero non essere più disponibili ad adeguare le proprie proposte iniziali. Al contrario, nel caso della concessione tradizionale, in cui le offerte dei privati vengono presentate sulla base di un progetto preliminare predisposto dalla P.A., quest'ultima ha a disposizione

⁸³ Così, M.RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urb. e App 2008.*, p. 1380.

⁸⁴ Si badi che i costi della 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.

maggiori strumenti (si pensi ai numerosi strumenti di programmazione “negoziata” o “concertata” quali, ad esempio, conferenza di servizi preliminare, intese istituzionali di programma, accordi di programma...) per interloquire con le altre amministrazioni preposte alla tutela di determinati interessi pubblici e per sottoporre il progetto preliminare al loro vaglio preventivo.

Per ridurre il suddetto “rischio amministrativo” sarebbe pertanto opportuno, come da più parti auspicato⁸⁵, l’intervento del legislatore al fine di rendere obbligatoria la convocazione di una conferenza di servizi preliminare sullo studio di fattibilità, in modo da far sì che le amministrazioni pubbliche definiscano sin da subito le prescrizioni su una determinata opera, di modo che i privati possano essere indirizzati verso l’elaborazione di progetti che tengano conto delle esigenze della PA medesima: ciò allo scopo di consentire ai privati la

⁸⁵ In tal senso, si segnala la determinazione n. 1, del 14 gennaio 2009, della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (*Linee guida sulla finanza di progetto dopo l’entrata in vigore del cd. “terzo decreto correttivo”*) che suggerisce alle amministrazioni aggiudicatrici di sottoporre gli studi di fattibilità, relativi ad opere di particolare complessità e importanza, ad una conferenza di servizi preliminare, ai sensi dell’art. 14-bis della legge 241/90, al fine di verificare quali siano le condizioni per ottenere i necessari atti di consenso sui successivi livelli di progettazione. Sulla stessa posizione si pone il presidente dell’ABI, D. SANTACECCA, in *Analisi delle proposte di legge nn. 170/2006, 171/2006, 2822/2007*, del 22 gennaio 2008, Camera dei deputati, VIII Commissione.

redazione del progetto preliminare, minimizzando il rischio di modifiche in fase di approvazione.

A rendere evidente un altro tratto distintivo delle operazioni di *project financing* è l'espressa previsione dell'obbligo dell'asseverazione di una banca che non è invece prevista nello schema generale delle concessioni di lavori⁸⁶.

La richiesta dell'asseverazione del piano economico finanziario indubbiamente agevola i potenziali finanziatori nel valutare l'operazione, i quali oltre alle stime del promotore hanno anche quelle di un istituto di credito effettuata secondo criteri obiettivi e ragionevoli.

Come sottolineato dalla giurisprudenza, *“si tratta di requisito essenziale per la corretta valutazione del progetto perché pur integrando e giammai sostituendo le valutazioni dell'amministrazione (C.d.S., V, n. 6727 del*

⁸⁶ Purtuttavia, non è vietato ad una stazione appaltante introdurre nel bando di una concessione anche questo requisito. Come noto, infatti, la facoltà delle stazioni appaltanti di richiedere nel bando di gara requisiti di partecipazione e di qualificazione ulteriori rispetto a quelli espressamente stabiliti dalla legge trova un limite solo nel principio di proporzionalità e ragionevolezza, nonché nel divieto di inutile aggravio del procedimento di cui all'art. 1 comma 2, l. n. 241 del 1990 (così, Cons. Stato, sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9350 in www.giustizia-amministrativa.it).

2006), *l'asseverazione costituisce l'utile presupposto per un primo esame del progetto*”⁸⁷.

L'asseverazione, in buona sostanza, nell'intenzione del Legislatore, serve a consentire ai finanziatori di concedere il prestito basandosi sulla capacità del progetto di ripagare il debito contratto e non sul valore e sulla consistenza dello stato patrimoniale che i promotori mettono a disposizione⁸⁸. Ciò soprattutto allorquando difficilmente il patrimonio dei promotori sarebbe in grado di garantire il rischio per la realizzazione di grandi opere infrastrutturali e progetti di notevoli dimensioni: in questi casi, sono la validità del progetto presentato dai

⁸⁷ Cons. Stato, sez. V, 15.9.2009, n. 5503, in *www.federalismi.it.*; in termini, a sottolineare l'indefettibilità dell'asseverazione nell'ambito del *project financing*, CGAR, 5 dicembre 2007, n. 1088 secondo cui “è inammissibile la proposta avanzata dal soggetto promotore che risulti priva della necessaria asseverazione del piano economico-finanziario da parte di un istituto di credito, a nulla rilevando la sua successiva produzione”;

⁸⁸ Per quanto riguarda i soggetti che possono asseverare i *piani economici finanziari* vi è una differenza nella nuova normativa introdotta con il terzo decreto correttivo: l'asseverazione può essere fatta solo dalle banche e non più da società di servizi costituite dagli istituti di credito e da una società di revisione. Anche le garanzie nella nuova normativa sono diverse dalla precedente. Prima era previsto che il *promotore* doveva indicare nella *proposta* quali garanzie offriva, mentre ora è previsto che le *offerte* devono essere corredate dalla garanzia provvisoria prevista dal codice dei contratti pubblici e da una ulteriore garanzia stabilita dal bando nella misura massima del 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dallo *studio di fattibilità* posto a base di gara. La normativa dispone, altresì, che il soggetto è tenuto a prestare la cauzione definitiva prevista dal codice dei contratti pubblici nonché una cauzione, nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio, a garanzia degli obblighi contrattuali relativa alla gestione dell'opera.

privati e la liquidità prospettica, asseverati da una banca, ad assumere un ruolo basilare ai fini della finanziabilità dell'operazione. Dunque, la previsione obbligatoria dell'asseverazione bancaria ha lo scopo di consentire il finanziamento per la realizzazione di grandi opere infrastrutturali, vale a dire di quei progetti maggiormente dispendiosi dal punto di vista economico, il cui rischio di esecuzione ben difficilmente potrebbe essere coperto dal patrimonio dei privati.

Nel *project financing*, dunque, il promotore dell'iniziativa deve conquistarsi sia la fiducia della banca asseveratrice, sia la fiducia dei finanziatori (in alcuni casi è la stessa banca asseveratrice a finanziare il progetto), proponendo un progetto che questi ultimi devono essere disposti a finanziare in relazione alla capacità di reddito del progetto medesimo senza (o con limitato) diritto di rivalsa nei confronti del promotore.

Dunque, rispetto alle modalità ordinarie di finanziamento di un investimento, almeno nelle intenzioni del legislatore, la finanza di progetto si caratterizza, quindi, per il fatto che il finanziatore si garantisce - o quantomeno, dovrebbe garantirsi - non tanto mediante la

solidità patrimoniale della società o il valore commerciale dei beni oggetto del finanziamento, o tramite altre garanzie reali, quanto piuttosto attraverso il valore commerciale ricavabile dalla attività gestionale futura del bene che si va a realizzare, ossia dai flussi di cassa ottenibili con lo sfruttamento dello specifico bene, dal reddito che esso è capace di generare durante il periodo di vita utile del bene realizzato⁸⁹.

E' dunque evidente che per finanziare i progetti secondo la logica del *project financing* servono delle banche in grado di valutare i progetti. Le banche, cioè, per finanziare operazioni di p.f. dovrebbero 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 che “*ha per oggetto la valutazione*

⁸⁹ Per la verità il “concetto” di finanziare una specifica opera piuttosto che una azienda non è una novità assoluta che nasce con la finanza di progetto. La rete ferroviaria europea realizzata fra il 1840 ed il 1860 comportò l'impiego di una tecnica di finanziamento non lontana da quella che oggi è chiamata *finanza di progetto*. Ma persino i viaggi commerciali di Cristoforo Colombo possono essere intesi come investimenti che si riteneva potessero essere ripagati ampiamente dai flussi di ricchezza che avrebbero generato. Così, anche il finanziamento che nel XIII secolo la famiglia di banchieri italiani, i Frescobaldi, fecero agli inglesi che intendevano sviluppare le miniere di argento nel Devon può essere considerato un esempio di *finanza di progetto*: era infatti previsto che il prestito fosse garantito dal diritto di estrarre per un anno tutta la quantità di minerale che sarebbe stata disponibile e quindi dal *flusso di cassa* ricavabile dalla vendita del minerale.

dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa e degli effetti su tale equilibrio dei nuovi investimenti realizzati e dei nuovi debiti contratti”, al finanziamento di progetto che ha, invece, “*per oggetto la valutazione dell'equilibrio economico finanziario di uno specifico progetto imprenditoriale legato ad un determinato investimento, giuridicamente ed economicamente indipendente dalle altre iniziative delle imprese che lo realizzano*”⁹⁰.

In realtà, come detto in precedenza, non sempre i finanziatori accettano di concedere il prestito in base alla sola asseverazione bancaria (in base cioè, alla sola previsione che il progetto sarà in grado di produrre adeguati flussi di cassa), ma, sovente, pretendono delle ulteriori garanzie dai promotori dell'iniziativa. Si fa qui riferimento a garanzie prestate dai promotori che incidono o possono incidere direttamente sul bilancio dei promotori, invece che - secondo la logica del *project financing* - sul solo bilancio della società appositamente costituita al fine di gestire il progetto. Infatti, per quanto riguarda quest'ultimo profilo, il termine *PF* è spesso

⁹⁰ G. IMPERATORI, “*Il Project Financing: una tecnica, una cultura, una politica*”, Ed. Il Sole 24 ORE, Milano 1995, 27.

utilizzato con riferimento a fattispecie che non appartengono alla nozione tecnico-finanziaria di *PF* contenuta nei manuali di finanza o praticata sui mercati finanziari internazionali.

In forma più esplicita, questo vuol dire che spesso l'espressione "finanza di progetto" viene adoperata nel nostro Paese anche allorquando la realizzazione di una nuova opera viene in realtà finanziata avendo riguardo al bilancio dei soggetti coinvolti, siano essi pubblici o privati, anziché ai flussi di cassa generati dalla nuova iniziativa. In altre parole, nonostante l'asseverazione sulla validità del progetto, ad opera di un istituto di credito, in alcuni casi le banche chiedono garanzie tradizionali, come ipoteche su beni immobili, fidejussioni e altre forme di garanzia piena dei promotori, spostando di fatto il rischio dall'andamento dell'iniziativa finanziata a quello dell'impresa promotrice. Quando ciò accade (quando cioè non si realizza l'isolamento dell'iniziativa rispetto alle altre attività della compagine imprenditoriale che fa capo al promotore), l'unico elemento che rende possibile la distinzione tra la finanza di progetto e le concessioni di costruzione e di gestione è unicamente

quello (sicuramente non privo di importanza) della realizzazione della progettazione preliminare da parte del soggetto privato.

Sulla base di quanto esposto, è evidente che la validità del progetto, predisposto interamente dal privato, costituisce il presupposto della finanza di progetto⁹¹: al privato non è più richiesto soltanto il progetto dell'opera da realizzare o del servizio da rendere, ma anche e soprattutto un'articolata progettazione economico-finanziaria di tutta l'intera operazione, dall'inizio alla fine, che ne dimostri e garantisca il carattere di impresa veramente produttivo e, perciò, in grado di autofinanziarsi senza dover ricorrere, prima o poi, all'intervento pubblico, come invece si è troppo spesso verificato in passato.

Dunque - essendo la validità economico-finanziaria del progetto presentato dal privato il presupposto della finanza di progetto - non tutte le opere ed i servizi di pubblica utilità sono ugualmente realizzabili attraverso tale operazione di finanziamento il cui ambito di

⁹¹ Cfr. V. PONTOLILLO, *Aspetti economico. istituzionali del project financing. Problematiche ed esperienze in Italia*, in *Lezioni di finanza*, Milano, 2000, 73.

operatività è fortemente condizionato dalla finanziabilità dell'opera o del servizio.

Il ricorso alla finanza di progetto, cioè, non deve essere una scelta ideologica, ma una soluzione di cui si possa provare la convenienza: una volta acclarato l'interesse pubblico alla realizzazione di un'opera, deve essere svolta un'analisi delle alternative di finanziamento effettivamente disponibili per la Pubblica Amministrazione, incluse quelle tradizionali.

Ebbene, la finanza di progetto rappresenta una valida alternativa alle forme tradizionali di PPP, innanzitutto, allorquando l'Amministrazione reputi opportuno, per l'inadeguatezza del personale di cui dispone l'Amministrazione stessa e la complessità delle opere da realizzare, trasferire l'onere di realizzare gli studi preliminari e la progettazione al settore privato. Ciò consente da un lato alla P.A. di esimersi dallo svolgimento di particolari attività di progettazione che l'insufficienza di personale qualificato e la complessità delle opere da realizzare non le consentirebbero di svolgere adeguatamente; dall'altro, rende possibile per l'investitore privato di investire in un progetto ideato in

buona misura dallo stesso, evitando gli effetti negativi conseguenti alla frammentazione dell'attività di progettazione. Infatti, la possibilità di successo dell'investimento saranno tendenzialmente maggiore in quei casi in cui si accetti di trasferire al concessionario un maggiore grado di libertà nella fase di progettazione delle opere e maggiori livelli di responsabilità operativa nella loro gestione.

L'utilizzo delle procedure di *project financing* appare, inoltre, opportuno allorquando si renda necessario il finanziamento di opere di grandi dimensioni che richiedono ingenti investimenti economici e che difficilmente potrebbe essere garantito dal patrimonio di soggetti privati. In tal caso, infatti, l'asseverazione del progetto da parte di un istituto di credito, prevista obbligatoriamente solo per le procedure di *project financing*, gioca un ruolo fondamentale in quanto fornisce una maggiore garanzia per gli investitori circa la sussistenza delle necessarie condizioni per il raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario.

E' per tali ragioni che il *project financing* può diventare un prezioso strumento di sviluppo del nostro Paese in

quanto consente un rapporto collaborativo tra enti pubblici e soggetti privati, i quali possono concretamente conferire o mobilitare non solo capitali, attraverso cui finanziare investimenti pubblici (*con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi*), ma possono anche apportare competenze tecniche e gestionali, in molti casi scarse o addirittura assenti all'interno delle amministrazioni, conferendo all'operazione un duplice potenziale vantaggio, di ordine sia economico-finanziario, sia strategico-operativo.

Il *project financing* è considerato, quindi, una sorta di surrogato del finanziamento pubblico, uno strumento a cui ricorrere, in alternativa alla tradizionale concessione di lavori pubblici, per riempire il vuoto lasciato dal fallimento dello Stato come principale – o forse anche esclusiva – fonte delle risorse finanziarie per la realizzazione di infrastrutture⁹².

3.3 La revoca della concessione e la risoluzione per inadempimento del concedente, nelle ipotesi di *project financing* e di concessione di costruzione e gestione.

⁹² Cfr. C. PACE, nella prefazione al volume *Project financing, Fondamenti tecnici economici e giuridici*, di A. CESCHI, M. COLTELLACCI, G. FIDONE, M.C. LEPORÉ, Roma, 2001.

Come è noto, in tema di contratti sussiste la regola generale, applicabile nel caso di recesso nell'appalto privato, dell'impossibilità giuridica delle parti di procedere unilateralmente allo scioglimento del vincolo negoziale. Ciò è stabilito in modo espresso dall'art. 1372 c.c. secondo cui <<*il contratto ha forza di legge tra le parti*>> e <<*non può essere sciolto che per mutuo consenso*>>. La stessa norma prevede poi, come eccezione a tale regola, lo scioglimento unilaterale <<*per cause ammesse dalla legge*>>. A tale riguardo, la legge prevede che nel contratto d'appalto (art. 1671 c.c.) il committente può recedere unilateralmente dal rapporto, determinandone l'immediata cessazione, ma tenendo indenne l'appaltatore o il prestatore d'opera delle spese effettuate e del mancato guadagno.

Individuata la natura del *project financing* e della concessione di costruzione e gestione, nonchè il rapporto esistente tra i due istituti, è possibile ora affrontare la problematica relativa all'ambito applicativo dell'articolo 158, che disciplina le ipotesi di revoca e di risoluzione della concessione nell'ambito delle norme della finanza di progetto.

Detta norma, infatti, non chiarisce se essa si applichi a tutte le concessioni oppure soltanto a quelle affidate tramite *project financing*.

Va innanzitutto premesso che il potere della P.A. di recedere *ad nutum* dal rapporto contrattuale instaurato con i privati trova il suo fondamento nel principio, da tempo consolidato, in base al quale le amministrazioni concedenti, in virtù della preminenza dell'interesse pubblico da tutelare, possono risolvere unilateralmente il rapporto concessorio in presenza di gravi esigenze di pubblico interesse, non altrimenti soddisfabili⁹³.

In ossequio a tale principio, la giurisprudenza amministrativa ha da sempre riconosciuto alla P.A. il potere di ritirare in via di autotutela decisoria, per ragioni di pubblico interesse e previo il pagamento di un equo indennizzo, il provvedimento concessorio, sciogliendo il contratto ad esso accessivo e con esso tutti gli effetti riconducibili al rapporto giuridico instaurato con la stipula della convenzione⁹⁴.

⁹³ Cfr. M. ZOPPOLATO, *Commento agli artt. 37-bis e seguenti*, in *Legge Quadro sui lavori pubblici (Merloni quater)*, AA.VV., Milano 2003, p. 1025.

⁹⁴ In tal senso, *ex multis*. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 gennaio 2000 n. 244, in *Cons. Stato 2000*, I, 65 che ha qualificato la revoca della concessione come atto a carattere autoritativo incidente su posizioni di interesse legittimo.

Detto potere di carattere generale trova oggi un limite nella previsione dell'art. 21-*sexies* della novellata legge 241/90 in base al quale *“il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto”*.

In tale ambito si pone l'art. 158 del codice dei contratti pubblici che riproduce il precedente art. 37-*septies* della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e disciplina specificamente l'ipotesi di revoca della concessione per volontà unilaterale della P.A., ossia l'interruzione del rapporto concessorio per fatto dell'amministrazione concedente.

A tale ipotesi l'art. 158 cit. assimila (ciò che non ha mancato di sollevare perplessità) la fattispecie della risoluzione per inadempimento del concedente.

Detta norma disciplina, dunque, sia il caso in cui, una volta aggiudicata la realizzazione dell'opera o la gestione del servizio, il rapporto venga revocato dalla stazione appaltante per motivi di pubblico interesse, sia l'ipotesi che il provvedimento da cui tale rapporto è scaturito venga risolto per inadempimento dell'amministrazione concedente.

In tal modo, il Legislatore è intervenuto a tutela dei soggetti privati (concessionario e finanziatori) non sopprimendo i poteri autoritativi dell'amministrazione, ma attraverso la disciplina delle conseguenze patrimoniali e dei presupposti dello *ius variandi*, nell'intento di consentire agli stessi soggetti privati una ragionevole previsione del rischio e dei costi connessi a tale eventualità⁹⁵.

Il primo comma dell'art. 158 detta una disciplina comune per due fattispecie notevolmente differenti tra di loro: esso si riferisce sia alla risoluzione per inadempimento del concedente, sia alla revoca da quest'ultimo disposta per motivi di pubblico interesse, ponendo sullo stesso piano il risarcimento del danno e l'indennità.

Come osservato in dottrina⁹⁶, detta norma desta non poche perplessità per aver dettato un'unica regolamentazione per fenomeni del tutto diversi.

Nel primo caso, infatti, lo scioglimento del rapporto è determinato dal sopraggiungere, in fase esecutiva, di una

⁹⁵ Così, M. PROTTO, *Commento all'art. 37-septies*, in *La riforma dei lavori pubblici*, (a cura di) C. ANGELETTI, Torino, Utet, 2000, p. 794.

⁹⁶ G. LEONE, *Commento all'art. 37-septies*, in *Legge <<quadro>> in materiali lavori pubblici*, a cura di A.CARULLO e A. CLARIZIA, Cedam, 2004, p. 1814.

situazione patologica (l'inadempimento dell'amministrazione concedente), nel secondo caso, viceversa, il rapporto procede entro binari fisiologici, e la sua interruzione dipende da una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico, compiuta dall'amministrazione aggiudicatrice, circa l'opportunità di proseguire il rapporto⁹⁷.

Del resto, appare evidente quanto sia diversa la *ratio* dei due istituti: la revoca, tipico potere autoritativo, mira, ad eliminare un atto non più rispondente alle mutate esigenze pubbliche ed attraverso il quale si estrinseca un'attività lecita della Pubblica Amministrazione; la risoluzione per inadempimento, invece, mira ad eliminare un atto viziato nel suo sinallagma funzionale per il verificarsi di un'azione illecita, dolosa o colposa, della stessa Amministrazione.

Di conseguenza, contrariamente al caso della risoluzione, nell'ipotesi di revoca l'accordo contrattuale non costituirà più un vincolo per la Pubblica Amministrazione che potrà o recedere dal contratto o non adempierlo senza, per questo, essere obbligata al

⁹⁷ Cfr. A. MAGGIO, *Codice dei Contratti Pubblici*, (a cura di) A. Maggio e G. Steri, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 945.

risarcimento del danno se non nei limiti di un indennizzo come forma di ristoro patrimoniale.

Nello specifico, in entrambe le ipotesi sopra menzionate, l'art. 158 riconosce il diritto del concessionario di conseguire una somma composta da tre distinte voci.

Nell'ambito della prima voce, la norma distingue il caso in cui l'opera sia stata realizzata e collaudata dal concessionario, dall'ipotesi in cui i lavori non siano stati ultimati e siano, quindi, privi di collaudo.

Nel primo caso, il concessionario che abbia realizzato l'opera o parte di essa, ha diritto ad ottenere il rimborso del valore delle opere realizzate, aumentato degli eventuali costi accessori, quali quelli sostenuti per la manutenzione ordinaria dell'opera, nonché degli interessi passivi documentati.

Si osservi che con l'espressione "valore delle opere" il legislatore fa riferimento al valore cd. venale del bene ossia al giusto prezzo che avrebbe l'opera in una libera contrattazione di compravendita.

Tale valutazione appare, però, complicata dal fatto che, trattandosi di un'opera pubblica, il valore non è ricavabile dal mercato ma può essere calcolato in base

alla sua redditività in rapporto alle funzioni connesse alla fase di gestione. Detto rimborso, qualora abbia già avuto inizio lo sfruttamento economico del bene, avviene chiaramente al netto degli ammortamenti maturati al momento della cessazione del rapporto concessorio.

Se tale cessazione avviene, invece, prima che l'opera sia stata completata oppure prima che sia stato approvato il certificato di collaudo (il quale determina il trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione), il concessionario potrà pretendere il ristoro dei "*costi effettivamente sostenuti*". Tale locuzione potrebbe far desumere che, in caso di variazioni del costo dei materiali o della manodopera, il concessionario abbia diritto di ricevere l'esatto ammontare degli oneri effettivamente sopportati, pur se le variazioni di cui sopra non superino il limite di un decimo rispetto a quanto inizialmente convenuto, fissato dall'art. 1664 c.c.

La seconda voce da rimborsare a favore del concessionario concerne le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere per effetto della risoluzione (ad esempio, il complesso degli oneri volti ad indurre il concedente ad adempiere ai suoi obblighi). Ciò al fine di

far gravare in capo al concessionario qualsiasi pregiudizio economico discendente direttamente dalla cessazione della concessione per un fatto a lui non imputabile. Anche se la lettera della norma fa riferimento soltanto agli oneri derivanti dalla risoluzione, per ovvi motivi di ragionevolezza, deve ritenersi che l'operatore privato possa pretendere il rimborso anche dei costi da sostenere a seguito della revoca. Del resto, l'ultimo comma dell'art. 158 subordina l'efficacia della revoca al pagamento da parte del concedente di "tutte" le somme previste dai commi precedenti.

Infine, il concessionario ha poi diritto ad un *<<indennizzo, a titolo di risarcimento per il mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da realizzare ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario>>*.

La fissazione di un limite forfetario del 10% all'indennizzo della perdita dell'utile sperato, come risulta dal piano economico-finanziario redatto dal promotore, pur potendosi rilevare insufficiente a coprire i danni derivanti dalla mancata realizzazione

dell'iniziativa sponsorizzata, fornisce, però, come sopra rilevato, la certezza in ordine all'entità dell'indennizzo che l'amministrazione concedente è tenuta a corrispondere al concessionario in caso di revoca, rendendo possibile una predeterminazione economica del rischio, possibilità di non scarso rilievo al momento della valutazioni da parte dei finanziatori della convenienza economica-finanziaria dell'operazione di *project financing* o di concessione di costruzione e gestione. Da questo punto di vista, nelle operazioni di concessione è decisamente importante la previsione di una liquidazione del danno in modo certo, al di là di un risarcimento incerto nel *quantum*, seppure in ipotesi maggiore.

Infatti, come già visto in precedenza, laddove venga rilasciata una concessione, il flusso dei ricavi attesi dal concessionario sarà dato dalle tariffe pagate dai fruitori dell'opera o dagli utenti del servizio, sicchè i mancati introiti andranno determinati in virtù non tanto dell'importo della concessione, quanto delle aspettative di lucro del concessionario.

Non è allora casuale che la norma indichi come termine di raffronto per la quantificazione dell'indennizzo il

piano economico-finanziario e, quindi, in ultima analisi, il risultato economico che il concessionario intendeva o sperava di conseguire a seguito della gestione dell'opera o del servizio.

Sotto questo profilo, appare evidente la differenza rispetto alle previsioni generali della l.n. 241/90 che, in caso di recesso unilaterale dagli accordi *ex art. 21-quinquies*, riconosce il diritto del soggetto interessato di essere indennizzato unicamente allorché abbia riportato un pregiudizio e non anche per l'eventuale mancato guadagno.

Il pagamento delle somme indicate nel primo comma ad opera dell'amministrazione concedente è condizione di efficacia della risoluzione del contratto.

E' ragionevole ritenere che la limitazione dell'ammontare del risarcimento sia riferita alla sola ipotesi di legittimo esercizio della revoca.

Invero, nell'ipotesi in cui la revoca sia illegittima, perché esercitata in contrasto con i principi di legalità e di buona amministrazione indicati quale presupposto della revoca dall'art. 158, il concessionario avrà diritto al risarcimento del danno nella sua pienezza.

Diversamente opinando, l'art. 158 comporterebbe l'equiparazione di ipotesi del tutto differenti, riservando all'amministrazione concedente un trattamento identico sia quando incorra in una grave responsabilità, tale da condurla ad una sentenza di condanna o di annullamento (rispettivamente nelle ipotesi di risoluzione per inadempimento o di illegittimità della revoca), sia nei ben diversi casi di revoca legittima per sopravvenuti motivi di pubblico interesse.

Vi sarebbe, poi, una contraddizione ulteriore nel sistema delineato dall'art. 158, in quanto paradossalmente il concessionario nell'ipotesi di azione risarcitoria conseguente all'illegittimo esercizio della revoca avrebbe diritto ad ottenere un risarcimento secondo i criteri ordinari e, quindi, eventualmente non limitato alle quantificazioni stabilite dalla norma per l'ipotesi di inadempimento del concedente, cui è equiparata la revoca per motivi di pubblico interesse⁹⁸.

E' pur vero che non risulta facile individuare ulteriori profili di danno non risarciti dall'integrale rimborso degli

⁹⁸ Cfr. M. BALDI, *Il project financing*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, (a cura di) R. DE NICTOLIS, pp.286-287.

oneri e delle spese sostenute dal concessionario e dal pagamento del previsto indennizzo⁹⁹.

Il comma 2 dell'art. 158, in caso di risoluzione del rapporto per inadempimento dell'amministrazione concedente, ovvero di revoca della concessione per motivi di pubblico interesse, prevede che il rimborso spettante al concessionario dovrà essere prioritariamente volto al soddisfacimento dei finanziatori creditori, mentre lo stesso concessionario e, quindi, anche i soci finanziatori dovranno attendere la liquidazione della società per il recupero dell'investimento, con evidente svantaggio rispetto ai primi.

Detta norma, allo scopo di incentivare l'ingresso di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche, prevede il prioritario soddisfacimento dei crediti dei finanziatori anche su importi quali i costi di esecuzione dell'opera e quelli dovuti a terzi in conseguenza della risoluzione del rapporto¹⁰⁰.

⁹⁹ S.M. SAMBRI, *Project financing – La finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, in PICOZZA, GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2006 p. 249.

¹⁰⁰ Il legislatore in tal modo, come osservato in dottrina, ha subordinato il pagamento delle retribuzioni dei lavoratori che hanno prestato la propria attività nella realizzazione dell'opera al soddisfacimento integrale delle pretese creditorie dei finanziatori. Sorgono così forti dubbi di legittimità costituzionale della norma, che favorisce interessi di natura economica senza rilevanza

Chiarita la disciplina dell'art. 158 del Codice, è ora possibile soffermarsi sulla problematica relativa all'ambito di applicazione dello stesso.

Il Legislatore ha espressamente previsto e regolato tali ipotesi di revoca o di risoluzione della concessione nell'ambito delle norme della finanza di progetto, ma pare ragionevole ritenere che dette previsioni siano applicabili a tutti i tipi di concessione di lavori pubblici e non solo a quelle che vengono affidate a seguito della procedura di selezione prevista per il *project financing*¹⁰¹.

Su quest'ultimo punto, la dottrina è tutt'altro che pacifica.

Secondo un certo orientamento¹⁰², l'art. 158 cit. riguarderebbe solo le fattispecie di *project financing*, mentre all'istituto generale della concessione di lavori pubblici si dovrebbe applicare, nelle ipotesi di recesso unilaterale della PA, l'art. 134 del codice dei contratti che

costituzionale rispetto a quelli dei lavoratori subordinati che invece hanno tale rilevanza. Cfr, sul punto, S. CASTENASI, cit., p. 120.

¹⁰¹ In tal senso, M. ZOPPOLATO, *Commento agli artt. 37-bis e seguenti*, in *Legge Quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano 2003, p. 1028; M. PROTTO, cit., p. 794.

¹⁰² F. CINTIOLI, *Le concessioni di lavori pubblici*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, a cura di F. SATTA, Cedam, 2008, p. 1018 ss.

regola il recesso della “stazione appaltante” dal “contratto”.

Tale tesi, al fine di giustificare l’applicazione dell’art. 158 cit. esclusivamente alle fattispecie di *project financing*, fa leva sul “giusto merito” da tributare al promotore “sia per l’impulso che dà all’esecuzione dell’opera pubblica sia per il notevole rischio al quale egli si espone” ¹⁰³, che giustificerebbe un regime dedicato soltanto alla “promozione d’opera pubblica”.

Quest’ultima argomentazione non può essere condivisa per diversi ordini di ragioni.

Innanzitutto, essa non tiene conto del fatto che la titolarità dell’iniziativa privata non è affatto un elemento essenziale delle procedure di *project financing*: come evidenziato in precedenza, le modifiche introdotte dal terzo decreto correttivo del Codice dei Contratti Pubblici prevedono una pluralità di procedure utilizzabili al fine di dare attuazione all’istituto della finanza di progetto, che possono essere attivate sia ad iniziativa di soggetti privati, mediante la formulazione di una proposta rivolta all’amministrazione aggiudicatrice (art. 153, commi 16,

¹⁰³ F. CINTIOLI, op. cit., p. 1020.

17 e 18, che disciplinano il modello di *project financing*, in caso di inerzia della p.a. che non pubblichi il bando), sia ad iniziativa dell'Amministrazione (art. 153, commi da 1 a 14 che disciplinano rispettivamente il modello di p.f. con gara unica e senza prelazione, nonché il modello con doppia gara e con diritto di prelazione), mediante la pubblicazione di un bando. Del resto, anche nelle procedure di *project financing* attivabili ad iniziativa di parte, mentre prima l'iniziativa del promotore era più accentuata, con la presentazione da parte del promotore di una proposta che veniva scelta dall'amministrazione, con la nuova disciplina tale iniziativa si affievolisce, giacché si inserisce in un contesto che assume come riferimento lo studio di fattibilità redatto dalla p.a.

Pertanto, l'elemento dell'iniziativa privata non può essere utilizzato come argomento per giustificare l'esistenza di un diverso regime applicabile al *project financing* e alla concessione di lavori pubblici.

Quanto al “*notevole rischio*” esso non è una prerogativa delle operazioni di *project financing* ma, al contrario, rappresenta un fattore caratterizzante le concessioni in

generale: come insegna la Corte di Giustizia¹⁰⁴, il criterio del “rischio di gestione” e della relativa “remunerazione” sono gli elementi che servono a distinguere le concessioni dagli appalti. In virtù di questo criterio, nella concessione l'imprenditore assume il rischio di gestione del servizio remunerandosi per una parte significativa presso l'utente, in particolare mediante la riscossione di canoni; se il rimborso dei finanziamenti è assicurato dall'Amministrazione senza l'alea connessa alla gestione, l'elemento rischio verrebbe meno ed il contratto dovrebbe essere considerato come appalto e non come concessione. Nel contratto di appalto, infatti, pur sussistendo sempre un rischio legato alla realizzazione dell'opera, il rimborso dei finanziamenti è assicurato dall'Amministrazione senza l'alea connessa alla gestione.

Orbene, è proprio il fattore del rischio di gestione al quale si espone il concessionario (rischio collegato ai proventi che il concessionario mira ad ottenere dalla gestione) che giustifica una tutela speciale dedicata alle concessioni: tanto nelle procedure di *project financing*, quanto nell'ipotesi tradizionale di affidamento di

¹⁰⁴ Corte di Giustizia Europea U.E., Sez. III, 13 novembre 2008, n. C-324/07, Coditel Brabant, punti 24 e 25, p.4.

concessione di costruzione e gestione di opera pubblica, l'ipotesi di una interruzione *ad nutum* del rapporto costituisce un'evidente criticità, in quanto assoggetta gli investitori al rischio che la gestione dell'opera sia interrotta prima di aver garantito il ritorno dell'investimento. Nelle concessioni di lavori pubblici, cioè, così come accade nelle procedure di *project financing*, la dimensione economica e la durata del rapporto rendono estremamente arduo prevedere in modo efficace – al contrario che nell'appalto – tutte le evenienze che si possono verificare capaci di incidere sulla concessione, anche in modo tale da mettere in pericolo il suo successo¹⁰⁵.

Ebbene, la fissazione di un limite forfettario del 10% all'indennizzo della perdita dell'utile sperato (prevista dalla lett. c dell'art. 158), come risulta dal piano economico-finanziario, serve proprio a fornire certezza in ordine all'entità dell'indennizzo che l'amministrazione concedente è tenuta a corrispondere al concessionario in caso di revoca e rende possibile una predeterminazione economica del rischio: possibilità di non scarso rilievo al

¹⁰⁵ In tal senso, G.SELLA, in *ProgettoPubblico*, Rivista ufficiale OICE, 22 dicembre 2005, p. 4.

momento della valutazione da parte dei finanziatori della convenienza economica-finanziaria dell'operazione sia nel caso in cui l' affidamento avvenga tramite *project financing* sia nel caso in cui esso avvenga tramite la tradizionale concessione di costruzione e gestione.

Dunque, è proprio l'elemento del rischio di gestione, comune a tutti i contratti di concessione (a prescindere dalla circostanza che a tale contratto si sia pervenuti tramite le procedure di affidamento disciplinate dall'art. 143 oppure tramite le procedure di *project financing* disciplinate dagli artt. 153 ss. del codice dei contratti) la *ratio* che ha indotto il Legislatore a prevedere una disciplina *ad hoc* in caso di scioglimento del rapporto contrattuale per "fatto" dell'amministrazione concedente.

Al contrario, l'art. 134 disciplina le ipotesi di scioglimento del contratto per fatto della P.A. nell'ambito dei contratti di appalto, che, come già detto, rappresentano un fenomeno economico ed imprenditoriale che ha davvero poco in comune con i contratti di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica.

E' per tale ragione che non pare ragionevole ritenere che il Legislatore, con l'articolo da ultimo citato, abbia inteso disciplinare due fattispecie così differenti.

E' evidente, cioè, che gli artt. 134 e 158 del codice dei contratti regolano in modo differente fattispecie sostanzialmente identiche nei presupposti: il recesso disciplinato dall'art. 134 cit. coincide, infatti, con la revoca prevista dall'art. 158 cit. dato che in entrambi i casi è implicito il pubblico interesse¹⁰⁶.

In conclusione, stante l'eventualità che la concessione od il rapporto vengano meno a seguito dell'iniziativa del concedente, il Legislatore, tramite l'art. 158 del Codice dei Contratti, si preoccupa di fornire una particolare tutela alla posizione del concessionario e a quella dei soggetti che, a vario titolo hanno finanziato l'attività, senza distinguere il caso in cui al contratto di concessione si sia pervenuti tramite le procedure di affidamento disciplinate dall'art. 143, dall'ipotesi in cui detto contratto abbia formalizzato un'operazione di *project financing*.

¹⁰⁶ In tal senso, G. CAPUTI e D. VILLA, *Recesso e risoluzione del contratto: 134-140*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a (cura di) F. SATTA cit., p. 885 ss.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Finanza di progetto, Quaderno CESFIN*, a (cura di) MORBIDELLI G., Torino, 2004.

AA.VV., *La finanza di progetto con particolare riferimento ai profili pubblicitari*, (a cura di) PICOZZA E. Torino 2005.

AA.VV., *Project financing e opere pubbliche*, (a cura di)

FERRARI G.F., FRACCHIA F. , Milano 2004.

BACCOLINI R.- BALDINI D., *Il project finance in Italia*, Il Mulino, Bologna 2006.

CAIANELLO V., *La concessione di opera pubblica*, in MARZANO (a cura di), *Appalto di opere pubbliche*, Roma, 1987.

CAPUTI G. e VILLA D., *Recesso e risoluzione del contratto: 134-140* ,in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di SAITTA F., Cedam, 2008.

CARTEI G.P., *Finanza di progetto e modelli partenariati pubblico-privati: profili critici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. CARTEI, Napoli, 2008,

CARULLO A., *La concessione di costruzione e gestione*, in *Riv. Trim. App.*, 1993,

CASSESE S., *Concessione di opere pubbliche e partecipazioni statali*, in *La formazione dello stato amministrativo*, in *La formazione dello Stato amministrativo*, Milano, 1975.

CHITI M. P (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

CIANFLONE A., *l'Appalto di opere pubbliche*, Milano, 1950.

CINTIOLI F., *Le concessioni di lavori pubblici*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, a cura di F. SATTA.

CINTIOLI F., *Le concessioni di lavori pubblici*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, a cura di F. SATTA.

COLETTA A., *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it

COLLEVECCHIO M., *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel "correttivo 3"*, Convegno IGI 30 settembre 2008

CORSI C. *Le concessioni di lavori e di servizi*, in *Il partenariato pubblico-privato*

DE MARZO G., BALDI M., *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, II ed., 2004.

DE NICTOLIS R. , *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2008.

DRAETTA U. , *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Riv. comm. int.*, 1994

F. MERUSI, *La finanza di progetto: studi e riflessioni*, in *Studi e note dell'economia*, 1998.

FALCONE G., *Finanziamento delle infrastrutture e intervento del capitale privato nel campo delle opere di pubblica utilità*, in Ternau, 1996.

Finanza di progetto, problemi e prospettive, in *Economia e Diritto del terziario*, a cura di A. AMATO, FRANCOANGELI, n. 1, 2005.

GERMANI A., *Finanza di Progetto, inquadramento tecnico-finanziario*, in www.citymanagement.it.

GIAMPAOLINO L., intervento alla tavola rotonda sul *project financing: "Regole ed efficienza per la modernizzazione dei contratti pubblici"* ,Roma 26 maggio 2009.

GIANNINI M.S. *Punti fermi in tema di opere pubbliche*, in *Riv.trim. app.*, 1986.

IMPERATORI G., *Il project financing, Una tecnica, una cultura, una politica*, Milano, 1995.

IMPERATORI, “*Il Project Financing: una tecnica, una cultura, una politica*” - Ed. Il Sole 24 ORE - Milano 1995.

LEGGIADRO F., *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. I contratti di rilevanza comunitaria, in Urbanistica e Appalti*, 2006

LEONE G., *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova, 1990.

MELE E., *La disciplina dei contratti pubblici*, (a cura di) G. Baldi e R. Tomei, Milano, 2007.

MISCALI M., *Il project financing*, in *I Contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato diretto da F. Galgano, Torino, 1995.

MONTEDORO G., *Le concessioni di lavori in Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI.

NEVITT P. K., *Project financing*, Bari, Laterza, 1988, (traduzione a cura di P. DE SURY).

PACE. C, *Fondamenti tecnici economici e giuridici*, (a cura di) CESCHI A., COLTELLACCI M., FIDONE G., LEPORE M.C., Roma, 2001.

PALLOTTINO M., *Costruzione di opere pubbliche*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, 1990.

PECORARO R., in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di CARULLO e CLARIZIA, Padova, p. 1696.

PELLIZZER F., *Le concessioni di lavori pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, (a cura di) M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, Giuffrè, Milano, 2008.

PICOZZA E., *Introduzione al diritto amministrativo*, CEDAM, 2006.

PONTOLILLO V., *Aspetti economico. istituzionali del project financing. Problematiche ed esperienze in Italia*, in *Lezioni di finanza*, Milano, 2000

PROTTO M., Commento all'art. 37-septies, in *La riforma dei lavori pubblici* (dir. Angeletti), Torino, Utet, 2000,

RAGANELLI B., *Principi, disposizioni e giurisprudenza comunitaria in materia di partenariato*

pubblico-privato: un quadro generale, in
www.giustamm.it

RANELETTI O., *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative, in Giur.it., 1894, 11).*

RICCHI M. *Il promotore nel Codice dei Contratti a seguito del terzo decreto correttivo D.lgs. 152/08, in*
www.itaca.org.

RICCHI M., *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo decreto correttivo, in Urb. e App.,*
2008.

SAMBRI S., *Project financing, la finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche, Padova, 2006.*

SARACENO V., *Partecipazioni Statali (voce), in*
Enciclopedia del diritto, Milano, 1982.

SCOTTI CAMUZZI S., *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni ter, in Banca, borsa, titoli di*
credito, 2002, I.

SELLA G., *in ProgettoPubblico, (Rivista ufficiale*
OICE), 22 dicembre 2005.

TURCO LIVERI G., *in Repertorio dei lavori pubblici,*
Maggioli Editore, 1990.

VALLANIA E., *Le innovazioni apportate dalla Comunicazione interpretativa della Commissione nel settore delle concessioni pubbliche*, in *Riv. trim. appalti*, 2000.

VOLPE C., *In house providing, Corte di Giustizia, Consiglio di Stato e Legislatore nazionale. Un caso di convergenze parallele*”, in *www giustizia-amministrativa.it*, 2008.

ZOPPOLATO M., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, Milano, 2003, 973 ss.

ZOPPOLATO M., *Commento agli artt. 37-bis e seguenti*, in *Legge Quadro sui lavori pubblici (Merloni quater)*, Milano 2003.