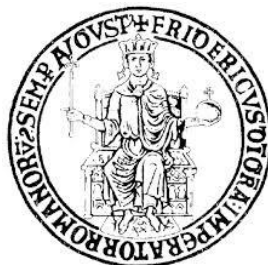


Università degli studi di Napoli “Federico II”



**Dottorato di ricerca in La programmazione negoziale per
lo sviluppo e la tutela del territorio**

XXVI CICLO

Tesi di Dottorato

*Il project financing come strumento di programmazione e
di sviluppo: premesse teoriche, questioni applicative e
prospettive future*

Tutor:
Chiar.ma Prof.ssa
RENATA SPAGNUOLO VIGORITA

Coordinatore:
Chiar.mo Prof.
FIRENZO LIGUORI

Candidata:
Dott.ssa MARIA ALTAVILLA

Premessa	6
-----------------------	----------

CAPITOLO I

INTRODUZIONE AL TEMA DELLA PROGRAMMAZIONE ATTRAVERSO IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

1. La cooperazione tra pubblico e privato nell'ordinamento giuridico europeo: pluralità di modelli, origini e prospettive	12
2. La rilevanza assunta dai principi enunciati dai Trattati europei	18
2.1. I principi di <i>partnership</i> e sussidiarietà come fondamento giuridico della collaborazione tra pubblico e privato	18
2.2. Applicazione soggettiva, il perimetro della nozione di Pubblica Amministrazione	19
3. La collaborazione tra pubblico e privato nell'ordinamento giuridico interno. La programmazione negli studi di M. S. Giannini	28
4. Le diverse forme di partenariato come strumento di programmazione ed ottimizzazione dell'uso delle risorse pubbliche nell'ambito del Codice dei contratti pubblici	37

CAPITOLO II

CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI E *PROJECT FINANCING*: DUE MODELLI A CONFRONTO NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA

1. Premessa. Concessione di lavori pubblici e <i>project financing</i> come strumenti di partenariato pubblico-privato.	41
2. Breve ricostruzione storica dell'evoluzione dello strumento concessorio nel settore delle opere pubbliche: origini, nozione, caratteristiche e classificazione	45
3. Concessione di lavori pubblici e <i>project financing</i> : analogie e differenze	58

CAPITOLO III

IL *PROJECT FINANCING*: ORIGINE, EVOLUZIONE E SISTEMI DI TUTELA

1. Le origini storiche del <i>project financing</i> : l'esperienza del Regno Unito	63
2. L'introduzione del <i>project financing</i> nell'ordinamento giuridico italiano ad opera della l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-ter): modello originario e questioni problematiche	67
3. La disciplina del <i>project financing</i> nel Codice dei contratti pubblici a seguito delle modifiche introdotte dal "Terzo decreto correttivo"	73
3.1.1. La procedura "ordinaria" ad unica fase senza diritto di prelazione del promotore	73
3.1.2. La procedura "ordinaria" a doppia fase con diritto di prelazione del promotore	85
3.1.3. La finanza di progetto "propedeutica": il	

modello “sollecitatorio”	88
3.1.4. La finanza di progetto “propedeutica”: il modello “propositivo”	95
3.2. Segue. L’evoluzione legislativa dell’istituto a seguito del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. <i>Decreto Sviluppo</i>), del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. <i>Decreto “Cresci Italia”</i>), del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 (c.d. <i>Decreto “Semplifica Italia”</i>), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 e del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. <i>Decreto del “Fare”</i>)	101
4. Le società di progetto quale modello peculiare di <i>project financing</i>	113
5. La tutela giurisdizionale sulle controversie relative al <i>project financing</i>	117
5.1. I limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui contratti delle Amministrazioni pubbliche e le controversie in materia di <i>project financing</i>	117
5.2. Il contributo della giurisprudenza amministrativa: l’impugnabilità immediata del provvedimento di scelta del promotore	120

CAPITOLO IV

IL PROJECT FINANCING NEI SETTORI DEI SERVIZI PUBBLICI E DELLE OPERE PUBBLICHE: STATO DELL’ARTE E PROSPETTIVE FUTURE

1. L’operatività del <i>project financing</i> nell’ambito dei servizi pubblici	122
1.2. I servizi sociali: il caso della sanità	127
1.3. I servizi pubblici locali tra tradizione e innovazione	131
2. <i>Project financing</i> e opere pubbliche (infrastrutture,	

riqualificazione urbana ed edilizia sostenibile): i casi di Scandicci (FI) e Trapani	137
Considerazioni conclusive	152
Bibliografia	154

PREMESSA

La collaborazione pubblico-privato costituisce una tematica tanto attuale quanto risalente, se si considera che il fenomeno affonda le sue radici nell'ordinamento giuridico già agli albori del diritto amministrativo. Si pensi, in particolare, alle concessioni di opera pubblica e di servizi pubblici, più di recente, agli accordi tra Amministrazioni e privati, alle società miste, ecc. Tali forme di collaborazione testimoniano come le autorità amministrative abbiano, fin da subito, percepito le potenzialità del coinvolgimento del privato nello svolgimento di compiti e funzioni di rilevanza pubblica. Nell'attuale periodo storico, questa collaborazione appare quanto mai necessaria: la crisi finanziaria nazionale e globale, che ha coinvolto gli Stati costringe le Amministrazioni a ricorrere in misura sempre maggiore all'intervento del soggetto privato, soprattutto in termini di risorse economiche. Il *favor* manifestato dalle istituzioni europee ha certamente e progressivamente influito sull'opera di affinamento ed ampliamento delle forme di collaborazione tra settore pubblico e operatore privato. Ed infatti, giova ricordare che la locuzione partenariato pubblico-privato, cui normalmente oggi ci si riferisce per alludere a quel fenomeno giuridico di cooperazione pubblico-privato per lo svolgimento di compiti di rilevanza pubblica, è di matrice europea. Tuttavia, sia in ambito europeo che in quello nazionale, manca una definizione normativa del fenomeno. Il *deficit* definitorio è

stato, invero, compensato dall'opera qualificatoria della dottrina e della giurisprudenza che, partendo dalle singole normative nazionali ed europee riguardanti il partenariato, hanno contribuito a delinearne l'ambito applicativo e ad aprirne la strada ad interessanti sviluppi futuri. Il rilancio comunitario del partenariato pubblico-privato è avvenuto in seguito alla pubblicazione del *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, del 30 aprile 2004, mediante il quale la Commissione europea ha perseguito l'obiettivo di stimolare la crescita economica degli Stati membri attraverso il coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità. È proprio il *Libro Verde* a fornire le prime e più significative indicazioni sul tema del partenariato pubblico-privato, pur non delineando una precisa definizione dello stesso. In particolare, si prevede che il partenariato pubblico-privato si riferisca, in generale, a diverse forme di cooperazione possibili tra il settore pubblico e il settore privato al fine di garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio. La cooperazione tra i due operatori può avvenire sia in termini di integrazione delle competenze che delle risorse. Il tentativo di instaurare una sinergia tra settore pubblico ed operatori privati costituisce il fondamento giuridico del fenomeno, nella duplice variante contrattuale ed istituzionale, dei principi di *partnership* e di sussidiarietà, come è noto, cardini dell'ordinamento dell'Unione. In particolare, durante gli anni '90, la diffusione dei principi del *New*

public management e la necessità di operare una razionalizzazione delle spese per rispettare i vincoli imposti dal Patto di stabilità interno, hanno condotto le aziende pubbliche ad intraprendere strade alternative all'indebitamento per il finanziamento delle opere pubbliche, trovando nella *partnership* con le imprese private una soluzione efficiente ed efficace. La cooperazione tra settore pubblico e privato, storicamente e tradizionalmente contrapposti, finalizzata ad incentivare la crescita dell'economia, si inserisce nell'ambito dei principali obiettivi perseguiti dall'Unione Europea. Lo strumento che più efficacemente rappresenta questa ormai "inestricabile interdipendenza" è il *project financing*, che nell'ordinario assetto ordinamentale assume un'importanza strategica.

L'istituto, di matrice anglosassone, affonda le sue radici nell'universo giuridico e finanziario dei Paesi di *common law*, nei quali è stato applicato a partire dal XVIII Secolo, sebbene autorevoli studiosi ne riconducano l'operatività già al XIII Secolo. Alla dottrina anglosassone ed, in particolare, a Nevitt, va il merito di aver condotto un'attenta analisi del fenomeno, tale da fornire una, parziale, ma al contempo essenziale, definizione della nozione di *project financing* quale "operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto nel considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente dei fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito". Tale definizione mette in luce l'aspetto

peculiare che vale a caratterizzare il *project financing*, ovvero l'attitudine dell'iniziativa economica a produrre ritorni tali da bilanciare in larga misura l'investimento iniziale, andando così a remunerare l'investitore. Tuttavia, la non esaustività di una simile definizione si coglie registrando le attuali tendenze in materia, che evidenziano la possibilità che il ritorno garantito dall'esecuzione dell'iniziativa possa essere anche di natura non economica.

A livello nazionale, l'interesse verso questa tecnica di finanziamento alternativa emerge negli anni '80, ma deve attendersi la fine degli anni '90 per una compiuta disciplina. È particolarmente interessante notare come il legislatore nazionale si sia uniformato ai principi ed alle direttive europee miranti a garantire il rispetto dell'imparzialità e della parità di trattamento dei potenziali contraenti delle Pubbliche Amministrazioni, nell'ambito di un istituto non totalmente sconosciuto all'ordinamento italiano, ma che rinviene altrove le sue origini.

L'esegesi normativa della finanza di progetto (locuzione con la quale l'istituto viene denominato in Italia) ha percorso un lungo *excursus*, le cui tappe prendono l'avvio dall'emanazione dell'art. 37-*bis* della L. 1994, n. 109 (*Legge quadro sui lavori pubblici* cd. "Merloni"), come introdotto dall'art. 11 della L. 18 novembre 1998, n. 415, c.d. "Merloni-*ter*", che contiene la formulazione originaria della finanza di progetto trasfusa, poi, negli artt. 153 ss. D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*), successivamente "ritoccato" da una serie di recentissimi

interventi di riforma. L'*excursus* storico delineato testimonia il ritardo con cui l'Italia si sia avvicinata a questo modello rispetto agli altri *partners* europei. Ciò non ha, tuttavia, costituito un limite all'ampia utilizzazione di questo strumento finanziario al punto da rinvenirne l'impiego, già agli esordi, in operazioni di spiccato rilievo: si pensi, in particolare, alla costruzione del Ponte sullo Stretto di Messina, dell'Autostrada Salerno-Reggio Calabria e della Pedemontana Veneta. La rilevanza di tali operazioni in *project financing* non deve, tuttavia, indurre erroneamente a ritenere che quello in oggetto sia uno strumento valido solo in presenza di investimenti di un certo spessore. La tendenza attuale, infatti, è quella di incentivare l'applicazione di una simile operazione in tutte le circostanze in cui le condizioni di utilità sociale ed equilibrio economico-finanziario lo consentano. Nonostante il *nomen iuris* "finanza di progetto", l'utilità dello strumento in parola non rileva soltanto ai fini finanziari. Infatti, la sua rilevanza ha una matrice più profonda legata, oltre che alla sua congeniale capacità di generare flussi di cassa (*cash-flow*) proficui per i bilanci pubblici, anche ai non meno rilevanti vantaggi che le autorità pubbliche possono trarre dal *know-how* del settore privato, specie in termini di efficienza. È nel carattere ambivalente dell'istituto che va colta la sua genialità, soprattutto alla luce dell'attuale scenario economico-finanziario, in cui lo stretto connubio pubblico-privato diviene la risposta necessaria in settori essenziali del comune vivere sociale (quali, in particolare, i servizi e le opere pubbliche), che senza la necessaria cooperazione dell'operatore privato sarebbero costretti a

vivere un drammatico rallentamento, per non dire una tragica battuta d'arresto.

È scopo della dissertazione, dunque, dimostrare l'utilità dell'istituto, ripercorrendo le tappe di un percorso animato, sia a livello normativo che giurisprudenziale, così da evidenziarne gli aspetti giuridici non trascurando, tuttavia, gli imprescindibili riflessi in ambito tecnico-finanziario. L'analisi degli specifici settori in cui viene impiegato il *project financing* consentirà, poi, di evidenziare lo stato dell'arte sul tema, nonché gli sviluppi verso i quali sembra inesorabilmente proseguire.

CAPITOLO I

INTRODUZIONE AL TEMA DELLA PROGRAMMAZIONE ATTRAVERSO IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

SOMMARIO: **1.** La cooperazione tra pubblico e privato nell'ordinamento giuridico europeo: pluralità di modelli, origini e prospettive. – **2.** La rilevanza assunta dai principi enunciati dai Trattati europei. – **2.1.** I principi di *partnership* e sussidiarietà come fondamento giuridico della collaborazione tra pubblico e privato. – **2.2.** Applicazione soggettiva, il perimetro della nozione di Pubblica Amministrazione. – **3.** La collaborazione tra pubblico e privato nell'ordinamento giuridico interno. La programmazione negli studi di M. S. Giannini. – **4.** Le diverse forme di partenariato come strumento di programmazione ed ottimizzazione dell'uso delle risorse pubbliche nell'ambito del Codice dei contratti pubblici.

1. La cooperazione tra pubblico e privato nell'ordinamento giuridico europeo: pluralità di modelli, origini e prospettive.

La tematica del partenariato pubblico-privato¹ è stata affrontata, per la prima volta, all'interno dell'ordinamento comunitario, nella

¹ La letteratura sul partenariato in ambito comunitario è vasta. A titolo esemplificativo, si segnalano R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005; M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009; G.A. BENACCHIO-M. COZZIO (a cura di), *Appalti pubblici e*

prospettiva di concretizzare le innovative linee normative tracciate dal *Libro Verde* della Commissione europea del 2004 (dedicato, appunto, al partenariato pubblico-privato, agli appalti pubblici ed alle concessioni)². In realtà, cosa si intenda con l'espressione Partenariato (cui ci si riferisce solitamente anche con l'acronimo PPP), quali siano gli istituti ad esso ascrivibili, rappresenta un'operazione ermeneutica per nulla scontata. Un primo approccio ha fatto riferimento «*ad una forma di cooperazione a lungo termine tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse necessarie sono poste in gestione congiunta ed i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato, sulla base delle competenze di gestione del rischio dei partner del progetto*»³. «*Il partenariato, quindi, implica una cooperazione che può essere realizzata mediante strumenti differenti e che può coinvolgere, in orizzontale, le stesse istituzioni europee, in verticale, istituzioni europee e istituzioni nazionali, globalmente, soggetti istituzionali*

concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio, Trento, 2008; M.R. ASSETTA, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto comunitario*, in G.A. BENACCHIO-M. COZZIO, *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e servizi pubblici*, Torriana (RN), 2010, 25 ss.; M. MATTALIA, *Il project financing come strumento di partenariato privato*, in *Foro Amm.-Cds*, 2010, 1259 ss.; G.F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in www.giustamm.it.

² Commissione delle Comunità europee, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 30 aprile 2004, COM (2004) 327 definitivo.

³ M. P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, cit., 1, il quale sottolinea che tale nozione è sostanzialmente conforme a quella elaborata dal Parlamento europeo nella risoluzione del 16 ottobre 2006 (relativa ai partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni), ma alquanto differente da quella assunta dalla Commissione.

pubblici e soggetti privati». In altri termini, finalità primaria degli istituti di partenariato dovrebbe essere quella di favorire una collaborazione – sul piano contrattuale o su quello istituzionale, come si vedrà – tra settore pubblico e settore privato, per ottimizzare l’uso di risorse pubbliche mediante l’apporto di quelle private o di avvalersi esclusivamente del capitale privato per la realizzazione di compiti di interesse pubblico.

L’ordinamento dell’Unione Europea, infatti, riconosce alle Pubbliche Amministrazioni la più ampia autonomia organizzativa nella scelta del modulo organizzativo più adeguato al soddisfacimento dei compiti pubblici ad esse affidati. La stessa giurisprudenza comunitaria ha rilevato che *«un’ autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico su di essa incombenti mediante propri strumenti, senza essere obbligata a far ricorso ad enti esterni non appartenenti ai propri servizi e [...] può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche [...]. Parimenti, come rilevato [nella] comunicazione interpretativa della Commissione sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), un’ autorità pubblica è libera di esercitare in proprio un’attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell’ambito di un partenariato pubblico-privato»*⁴. Per tale ragione, esso rappresenta un importante strumento per la realizzazione di azioni comunitarie, soprattutto dei progetti finanziati nell’ambito

⁴ Corte di Giustizia CE, sez. III, 22 dicembre 2010, in causa C-215/09, *Mehiläinen Oy e Terveystalo Healthcare Oy c. Oulunkaupunki*, in www.curia.europa.eu.

dell'attuazione delle politiche di coesione sociale promosse dall'Unione, come dimostrato – sul piano nazionale – dall'instaurazione di un regime collaborativo negoziale tra pubblico e privato per la programmazione e la promozione dello sviluppo economico. Ci si riferisce, in particolare, alla legislazione in materia di «programmazione negoziata»⁵, ove la stipulazione di accordi tra Amministrazioni pubbliche e soggetti privati ha la finalità di consentire che l'apporto del capitale privato, unitamente all'utilizzo di risorse pubbliche (anche comunitarie), sia preordinato alla realizzazione di uno sviluppo socio-economico dei territori interessati e, in alcuni casi, alla promozione dell'occupazione.

Nonostante la nozione di partenariato presenti, come si è visto, contorni alquanto sfumati⁶, la Commissione europea ne ha individuato

⁵ La disciplina della «programmazione negoziata» è contenuta nel comma 203, lett. a), dell'art. 2 (*Misure in materia di servizi di pubblica utilità e per il sostegno dell'occupazione e dello sviluppo*), della l. 23 dicembre 1996, n. 662 (*Misure di razionalizzazione della finanza pubblica*), il collegato alla legge finanziaria per il 1997. Per «programmazione negoziata» s'intende «la regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di competenza». Si vedano al riguardo M. NICOLAI, *La programmazione negoziata. Patti territoriali e contratti d'area: nuovi strumenti di finanza agevolata per le imprese e gli enti locali*, Milano, 1999; A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2008; R. CUONZO, *La programmazione negoziata nell'ordinamento giuridico*, Padova, 2007; P. D'ANGIOLILLO, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009; L. D'ARCANGELO, *La programmazione negoziata tra crisi ideologica e virtuosismi locali*, Relazione ai seminari di studio sul tema «Sviluppo e occupazione tra europeismo e localismo», Napoli, 3-4 maggio 2002, in www.sole.unina.it; G. DI PLINIO, *La programmazione negoziata nell'esperienza italiana*, Relazione al convegno «La pianificazione dello sviluppo locale: istituzioni e procedure», Trento, 6 giugno 2005, in www.itc.it; R. FERRARA, *La programmazione "negoziata" tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 1999, 429 ss.;

⁶ G. CERRINA FERONI, *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo*

i caratteri salienti nel *Libro Verde*, precisando che rientrano nello stesso le operazioni che presentano le seguenti caratteristiche: 1) una collaborazione di lunga durata, in quanto basata su di una cooperazione tra il pubblico ed il privato per la realizzazione di un progetto comune; 2) il finanziamento del progetto garantito dal settore privato; 3) la partecipazione del privato a tutte le fasi del progetto, mentre l'intervento di quello pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere (*sub species*, interesse pubblico perseguito, qualità dei servizi offerti, politica dei prezzi) e sulla garanzia di un controllo effettivo del rispetto degli stessi; 4) trasferimento dei rischi del progetto in capo al *partner* privato⁷.

Più che procedere ad una classificazione di tutte le ipotesi di collaborazione pubblico-privato finalizzate allo svolgimento di compiti pubblici, le istituzioni comunitarie hanno preferito individuare due macro categorie: il partenariato di tipo contrattuale e quello di tipo istituzionale. Alla prima sono riconducibili tutti i casi in cui la cooperazione tra soggetto pubblico e *partner* privato è affidata a strumenti negoziali, come l'appalto e la concessione. Alla seconda, invece, appartengono tutti quei modelli in cui l'apporto collaborativo del soggetto privato implica la costituzione di un organismo complesso, attraverso il quale l'Amministrazione partecipante esercita

nell'ordinamento italiano, Relazione tenuta al Convegno organizzato dalla Fondazione Cesifin Alberto Predieri il 26 novembre 2010 sul tema "Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti", in www.giustamm.it, evidenza che «non esiste una classificazione unitaria dei diversi modelli, ma vi è un'estrema varietà di definizioni e di categorie».

⁷ Così G. PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 3 ss., 11.

un controllo effettivo e strutturato sull'attività concretamente svolta dal primo. È il caso delle società *in house*, delle società miste, delle associazioni e fondazioni.

All'ordinamento comunitario va, dunque, il merito di aver colto l'importanza, di un fenomeno invero già noto nell'ambito del diritto amministrativo⁸. Il coinvolgimento degli operatori economici privati nello svolgimento di funzioni e compiti di rilevanza pubblica ha da sempre connotato l'azione delle Pubbliche Amministrazioni. Tuttavia, nel periodo storico attuale, tale fenomeno ha assunto un ruolo ed una dimensione di grande rilevanza nei vari ordinamenti interni, quale strumento di collaborazione tra le singole amministrazioni nazionali e quella comunitaria per il raggiungimento degli obiettivi previsti dai Trattati.

Nata nell'ambito di singoli settori (in particolare, a livello nazionale, quello delle opere e dei servizi pubblici), la dinamica collaborativa ha subito una spinta evolutiva tale da divenire un "fenomeno diffuso", ove i meccanismi di cooperazione divengono strumenti ordinari nella disponibilità degli operatori giuridici.

Ad incentivare il coinvolgimento dei privati nello svolgimento di funzioni pubblicistiche hanno senza dubbio contribuito le difficoltà che le Amministrazioni hanno incontrato nel reperimento delle risorse economiche necessarie per assicurare l'erogazione dei beni e dei

⁸ Così G. PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, cit., precisa che la collaborazione pubblico-privato costituisce una "vecchia novità", in quanto «*il diritto e la prassi delle Pubbliche Amministrazioni ne hanno sempre conosciuto differenti manifestazioni, ma negli ultimi tempi tale fenomeno ha assunto una rilevanza prima non immaginabile*».

servizi alle collettività di riferimento. Il ricorso ai capitali ed alle energie dei privati è stato operato nell'ottica del contenimento degli oneri economico-finanziari che le autorità pubbliche devono affrontare nell'assolvimento dei rispettivi compiti di interesse pubblico (ad esempio, nella realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità).

2. La rilevanza assunta dai principi enunciati dai Trattati europei.

2.1. I principi di *partnership* e sussidiarietà come fondamento giuridico-normativo della collaborazione tra pubblico e privato.

Il fondamento giuridico del partenariato pubblico-privato nell'esperienza comunitaria è, senza dubbio, costituito dai principi di *partnership* e di sussidiarietà, che rappresentano il substrato giuridico dell'ordinamento comunitario. Il primo – sancito dall'art. 10 del Trattato CE – obbliga gli Stati membri ad adottare “*tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità*”. Tale principio, oltre che assumere una propria e specifica rilevanza nell'ambito dell'attuazione delle politiche comunitarie da parte dei singoli ordinamenti nazionali, rappresenta altresì una limitazione al principio di *autonomia*

istituzionale degli Stati membri (principio, quest'ultimo, nato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che pone un divieto di interferenza dell'ordinamento comunitario con l'organizzazione istituzionale interna agli Stati nazionali e, in particolare, con la potestà di questi ultimi di definire l'assetto delle Amministrazioni Pubbliche operanti nel proprio ambito⁹). In altre parole, l'ordinamento comunitario riconosce le potestà nazionali degli Stati membri nella determinazione della nozione di Pubblica Amministrazione, che, tuttavia, assume rilevanza anche per il primo, vigendo a carico dei singoli ordinamenti nazionali l'obbligo di dare esecuzione alle politiche comunitarie, nonché di dare attuazione agli impegni derivanti dalla partecipazione degli stessi alla Comunità¹⁰.

2.2. Applicazione soggettiva, il perimetro della nozione di Pubblica Amministrazione.

Per comprendere l'effettiva portata del principio di *partnership*, che, come si è visto, è intrinsecamente connesso a quello di *autonomia istituzionale*, è necessario individuare e tracciare il confine della nozione di Pubblica Amministrazione, giacché i diretti destinatari

⁹⁹ Corte di Giustizia CEE, sentenza 12 giugno 1990, in causa C-08/88, *Germania c. Commissione*, in www.curia.europa.eu.

¹⁰ Per una completa ricostruzione giurisprudenziale dei principi generali dell'ordinamento comunitario, tra cui quello di leale cooperazione e di autonomia istituzionale, si veda A. MASSERA, *I principi generali*, in M. P. CHITI e G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, Parte generale, Tomo I, 286 ss., 292 ss.

degli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario sono gli Stati membri e, in ultima analisi, le Amministrazioni nazionali. È vero che la Comunità (oggi l'Unione) riconosce il potere degli Stati nazionali di determinare tale nozione, ma è altrettanto vero che – al fine di consentire un'applicazione uniforme del diritto comunitario (soprattutto derivato), nonché il conseguimento dei singoli obiettivi individuati dai Trattati da parte di tutti gli Stati membri – l'ordinamento comunitario ha condizionato (e continua a condizionare) il concetto di Pubblica Amministrazione. Si allude, in particolare, non solo alle direttive in materia di appalti pubblici¹¹, ma anche alla nozione di organismo di diritto pubblico¹², alle c.d. società *in house*¹³, costituenti un vero e proprio braccio operativo dell'ente o

¹¹ Si allude, in particolare, alla Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi; nonché alla Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali. In attuazione di queste direttive è stato emanato, nell'ordinamento italiano, il D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture*). Tali direttive sono, tuttavia, destinate ad essere sostituite a breve da quelle recentemente approvate con la risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2014, il cui testo (nella versione provvisoria) è disponibile in www.europarl.europa.eu.

¹² La definizione di organismo di diritto pubblico è contenuta nell'art. 3, comma 26, D.lgs. n. 163/2006, che qualifica lo stesso come “*qualsiasi organismo, anche in forma societaria:*

- *istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*

- *dotato di personalità giuridica;*

- *la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico”.*

¹³ L'*in house providing* è un istituto di origine giurisprudenziale, creato dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea con la sentenza *Teckal*, del 18 novembre 1999 (C-

degli enti pubblici controllanti e, per questo, sottoposte a tutte le norme riguardanti le Pubbliche Amministrazioni¹⁴. Proprio in considerazione della rilevanza assunta dal diritto comunitario nell'individuazione della nozione di Pubblica Amministrazione, è stato introdotto nell'ordinamento giuridico italiano (dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, nell'art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241), il comma 1-ter (recentemente modificato dalla l. 6 novembre 2012, n. 190¹⁵) della legge generale sul procedimento, che stabilisce l'obbligo per “*i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative [di assicurare] il rispetto dei principi di cui al comma 1*”, ossia i principi generali dell'attività amministrativa. Tra questi figurano, appunto, anche quelli derivanti dall'ordinamento comunitario, che i soggetti preposti sono tenuti a rispettare con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le Pubbliche Amministrazioni in forza della presente legge. Inoltre, è la stessa l. n. 241/1990 a fornire una nozione (ampia) di Pubblica Amministrazione, al fine di

107/98). I caratteri dello stesso sono stati progressivamente specificati dalla giurisprudenza comunitaria (*ex multis*, sentenza *Stadt Halle, Parking Brixen, Coname*, ecc.). Per una disamina esaustiva delle origini dell'istituto e della sua evoluzione, si rinvia, tra i tanti, a G. SORICELLI, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, 2008; R. DE NICTOLIS, *Gli elementi connotanti le società in house*, in R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 133 ss. D.-U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 17 ss.;

¹⁴ Ad esempio, le norme riguardanti le procedure ad evidenza pubblica per la scelta degli operatori economici cui aggiudicare gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, contenute nel D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), c.d. Codice dei contratti pubblici.

¹⁵ Legge 6 novembre 2012, n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*), in www.normattiva.it.

consentire la più estesa applicazione delle norme sul diritto di accesso ai documenti amministrativi: l'art. 22, comma 1, lett. e) sancisce, infatti, che sono tenuti al rispetto di tali norme *“tutti i soggetti di diritto pubblico e i soggetti di diritto privato limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario”*, dimostrando, così, che i confini della nozione di Amministrazione risentono anche delle disposizioni comunitarie in materia.

Dall'interpretazione sistematica di tali norme emerge la non rilevanza della natura giuridica (di diritto pubblico o di diritto privato) del soggetto esercente pubbliche funzioni o attività di pubblico interesse al fine della riconducibilità dello stesso alla categoria delle pubbliche amministrazioni, quanto la rilevanza pubblicistica o privatistica dell'attività svolta¹⁶. Il disallineamento tra la natura giuridica del soggetto e la consistenza dell'attività concretamente svolta, se, da un lato, ha determinato un'estensione della nozione di Pubblica Amministrazione e dei soggetti tenuti all'applicazione delle norme riguardanti le stesse (ad esempio, in materia di responsabilità e controlli), dall'altro, ha reso notevolmente più difficoltosa l'individuazione di confini certi di tale categoria. Ciò è evidente nella definizione di organismo di diritto pubblico, contenuta nell'art. 3, comma 26, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*

¹⁶ A. MASSERA, *I principi generali*, cit., 297, rileva che *«anche sul piano nazionale, dunque, non è la natura soggettiva dell'ente che rileva, o, meglio, non viene essa in rilievo in via esclusiva al fine di determinare il territorio di applicabilità delle leggi amministrative e quindi della sottoponibilità dei diversi enti a principi e regole generali di tipo pubblicistico; concorre a tale scopo, infatti, un profilo di ordine sostanziale, ovvero [...] di carattere funzionale (se non più strettamente economicistico)»*.

relativi a lavori, servizi e forniture), secondo cui s'intende come tale qualsiasi organismo in qualunque forma costituito, avente personalità giuridica, che svolga attività d'interesse generale, destinata a soddisfare esigenze di carattere non industriale, né commerciale e sottoposto al controllo pubblico.

L'organismo di diritto pubblico non costituisce un soggetto pubblico ulteriore rispetto a quelli contemplati dai singoli ordinamenti interni, ma, al contrario, rappresenta una categoria giuridica di matrice comunitaria creata con l'obiettivo di smussare le differenze strutturali delle diverse Amministrazioni nazionali. Rappresenta, quindi, uno strumento necessario a consentire l'applicazione uniforme del diritto comunitario in materia di appalti pubblici, per raggiungere l'obiettivo della libera circolazione¹⁷ di persone, merci, servizi e capitali enunciato dai Trattati.

L'esempio rappresentato dalla creazione della nozione di organismo di diritto pubblico dimostra che l'Unione, al fine di individuare i soggetti qualificabili come Pubblica Amministrazione, prescinde da considerazioni basate esclusivamente sulla natura del soggetto, preferendo soffermarsi sui profili dell'attività concretamente svolta dagli stessi. Attività, queste, che vengono considerate sotto il profilo finalistico, ovvero dell'idoneità a soddisfare bisogni che il mercato non può soddisfare. Quando, infatti, un soggetto viene istituito per la soddisfazione di bisogni d'interesse generale, aventi

¹⁷ Si vedano i Titoli I (*Mercato interno*), II (*Libera circolazione delle merci*), III (*Libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali*), Parte I (*Principi*) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

carattere non commerciale né industriale, ossia per lo svolgimento di una funzione pubblica, non c'è la necessità di applicare il diritto comunitario sugli appalti pubblici, in quanto la concorrenza non esiste a monte.

Al contrario, ove si tratti di affidare l'esecuzione di una prestazione, volta a soddisfare un bisogno diretto dell'ente pubblico aggiudicatore o indiretto della collettività, è necessario applicare le norme in materia di evidenza pubblica, al fine di scegliere l'operatore economico che meglio soddisfa i requisiti per lo svolgimento di tale prestazione.

Lo svolgimento di funzioni e compiti istituzionali, che rappresentano prerogativa dei soggetti pubblici, vede sempre di più il coinvolgimento dei soggetti privati. Dall'esigenza di coordinare l'attività delle Pubbliche Amministrazioni e dei privati coinvolti, attraverso la predisposizione di moduli negoziali *ad hoc* oppure attraverso la creazione di organismi deputati ad internalizzare il controllo svolto dall'Amministrazione sull'operatore privato prescelto, deriva la creazione dei singoli istituti di partenariato. Il fondamento giuridico del fenomeno è, come si è visto, il principio di *partnership*, affiancato dal principio di *sussidiarietà*, il quale «*opera come limite all'attuazione amministrativa comunitaria diretta del diritto amministrativo comunitario e come incentivo alla cooperazione e alla coamministrazione*»¹⁸, ovvero «*come manifestazione della mancata rinuncia da parte degli Stati nazionali a quelle quote di sovranità che*

¹⁸ S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 377 ss.

si esprimono attraverso l'esercizio di poteri amministrativi [...]»¹⁹. Il principio è sancito dall'art. 5, par. 3, TUE²⁰, secondo cui “nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale, né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione”. In buona sostanza, l'intervento dell'Unione nello svolgimento di funzioni e compiti miranti al conseguimento degli obiettivi siglati dai Trattati, è residuale e limitato ai casi in cui l'azione degli Stati si dimostri inadeguata e inefficiente allo scopo. Ciò al fine di assicurare un collegamento immediato tra i cittadini e le istituzioni nazionali, certamente ad essi più vicine rispetto a quelle comunitarie.

¹⁹ A. MASSERA, *I Principi generali*, cit., 304. L'A. sottolinea altresì che il principio di sussidiarietà «prima ancora di essere assunto nel novero dei principi costituzionali dell'ordinamento comunitario [...] è stato sancito anche dalla “Carta europea delle autonomie locali” firmata a Strasburgo nel 1985 e introdotta nell'ordinamento nazionale con la l. 439/1989. L'art. 4 della Carta, al terzo comma, stabilisce, in particolare, che “l'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere di preferenza sulle autorità più vicine ai cittadini. L'assegnazione di una responsabilità ad un'altra autorità deve tener conto dell'ampiezza e della natura del compito e delle esigenze di efficacia e di economia» (ivi 305).

²⁰ A norma dell'art. 5, par. 3, del Trattato sull'Unione Europea (TUE), “In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione.

Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo”.

La rilevanza che il principio di sussidiarietà ha assunto nello spazio giuridico comunitario ha determinato, quale riflesso, la sua introduzione anche in alcuni ordinamenti giuridici interni. La legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 – che ha riformato il Titolo V della Costituzione italiana – ha, tra l’altro, interamente riscritto l’art. 118 Cost.²¹, introducendo la declinazione del principio di sussidiarietà in senso verticale ed orizzontale. Nella prima accezione (verticale) la norma delinea un criterio di articolazione delle funzioni amministrative basato sulla vicinanza dell’ente titolare ai cittadini destinatari delle stesse. L’ente più vicino ai cittadini, per caratteristiche dimensionali e tipologiche, è il Comune, al quale, pertanto, vengono assegnate le funzioni amministrative. Qualora, tuttavia, quest’ultimo non sia in grado di assolvere tali compiti in maniera efficiente – a causa, ad esempio, di particolari condizioni economiche o caratteristiche morfologiche, geografiche, dimensionali, ecc. – le funzioni amministrative vengono allocate al livello territoriale superiore, in attuazione dei criteri di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

²¹ A norma dell’art. 118 Cost., “*Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.*”

I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze.

La legge statale disciplina forme di coordinamento fra Stato e Regioni nelle materie di cui alle lettere b) e h) del secondo comma dell’articolo 117, e disciplina inoltre forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali.

Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”.

Ma la declinazione del principio di sussidiarietà di maggior interesse ai fini dell'indagine è senz'altro quella orizzontale, enunciata dall'art. 118, comma 4, Cost. Dalla formulazione della norma *de qua* si evince una preferenza per l'esercizio di funzioni e compiti di interesse generale da parte di soggetti privati, singoli ed associati, nonché l'assunzione di un impegno attivo da parte delle Amministrazioni centrali e locali nella promozione dell'iniziativa privata per lo svolgimento di tali attività. Anche in questo caso, l'intervento dei pubblici poteri è residuale e limitato ai casi in cui l'iniziativa privata risulti inadeguata ed inefficiente. A tale principio si collega quello «*di leale collaborazione, seppure apparentemente sancito dall'ultima parte dell'art. 120 [Cost.]*»²². Il combinato disposto degli articoli in esame costituisce, senza dubbio, il fondamento giuridico-politico del partenariato pubblico-privato, giacché l'esercizio di funzioni e compiti d'interesse generale (ad esempio, la gestione dei servizi pubblici o la costruzione di opere pubbliche o di pubblica utilità) può avvenire anche attraverso una cooperazione (di tipo istituzionale o contrattuale) tra autorità pubblica ed uno o più soggetti privati interessati.

²² A. MASSERA, *I principi generali*, cit., 306.

3. La collaborazione tra pubblico e privato nell'ordinamento giuridico interno. La programmazione negli studi di M. S. Giannini.

In un contributo risalente al 1976, M. S. Giannini²³ rilevava la difficoltà di delineare una nozione di programmazione dal punto di vista giuridico. L'A., in particolare, notava come «*il programmare*» fosse «*un'attività normale di ogni operatore umano*»²⁴ e che poteva essere identificata con la predisposizione di «*disegni ordinati di condotte future*», assumendo una definizione propria delle scienze aziendalistiche e quelle della Pubblica Amministrazione. Sotto il profilo giuridico, «*le programmazioni*» consistevano sempre nella predisposizione di disegni ordinati di condotte future», contenuti, però, «*in atti idonei a produrre effetti giuridici nei confronti del soggetto che li adotta o di altri soggetti*».

Giannini notava, poi, che «*sotto l'aspetto giuridico l'atto di pianificazione contiene almeno due parti: una parte previsionale, che contempla lo sviluppo della condotta nel tempo, e una parte dispositiva, che riguarda il modo con cui è regolata quella certa condotta*». Affinché l'atto di pianificazione acquisti rilevanza giuridica, «*vi si aggiungono tutti gli elementi che sono propri della specie di atto giuridico che l'ordinamento prevede [perché] quel certo atto di pianificazione venga emesso e acquisti efficacia*». Nel caso in

²³ M. S. GIANNINI, *Le programmazioni dal punto di vista giuridico*, in ID, *Scritti*, vol. VI (1970-1976), Milano, 2005, 1091 ss.

²⁴ M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 1094.

cui «*il medesimo atto [abbia] la forma di un provvedimento amministrativo, la parte previsionale assume un contenuto più ricco, perché si concreta in precetti giuridici dai quali sorge per l'amministrazione [...] una serie definita di obblighi formali, il cui inadempimento comporterebbe responsabilità per l'amministrazione stessa nei confronti di organi di controllo o di terzi; per la parte dispositiva egualmente l'atto è più ricco, poiché contiene, per essere provvedimento amministrativo, delle statuizioni dotate di imperatività nei confronti di altri soggetti pubblici e privati*».

L'A. si occupava, infine, delle principali tipologie di pianificazione, analizzando, tra l'altro, quella economica, definita come predisposizione di disegni ordinati di condotte future di operatori economici, osservando che «*dall'esperienza dei vari ordinamenti positivi, sono [...] emerse tre figure principali di pianificazione economica*»: la pianificazione globale²⁵, la

²⁵ «*La pianificazione globale fu quella più vagheggiata inizialmente dagli economisti, ed è stata applicata per alcuni anni nella URSS, che poi la ha abbandonata per una forma intermedia tra essa e la pianificazione per obiettivi. Fu applicata anche dalla Germania, durante il secondo conflitto mondiale. Essa consiste nella determinazione delle condotte economiche di tutti gli operatori economici giuridicamente assoggettabili al comando del potere pubblico (quindi anche degli operatori privati, se si adottò una legge idonea) con la predeterminazione di tutte le ipotizzabili interconnessioni. In URSS vi fu un periodo in cui ordini dell'autorità stabilivano a chi una centrale elettrica dovesse vendere l'energia prodotta e a quali prezzi, a chi l'impresa metallurgica dovesse consegnare la produzione e da chi dovesse ricevere le materie prime, le macchine, i semilavorati.*

È evidente che, giuridicamente, questa forma di pianificazione si deve fondare su previsioni esatte di produzione o di distribuzione rette da ordini dell'autorità pubblica, la quale deve attrezzarsi per tale sua attività previsionale e manageriale. Nella pratica applicazione ciò presentò molte difficoltà, onde si dovettero adottare modelli compositi, in cui il piano economico generale fissava alcune grandi linee, ma vi era poi un suo adattamento continuo (scivolamento) che si otteneva con strumenti a carattere amministrativo», così M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 1106. Sui motivi che condussero al

pianificazione direttiva²⁶ e la pianificazione per obiettivi. Quest'ultima costituisce la forma più diffusa di pianificazione e contiene «una scelta politica di obiettivi che si devono raggiungere attraverso una regolazione congiunta di condotte di operatori pubblici, ma anche di operatori privati; a differenza della programmazione, per gli obiettivi prescelti essa non ha valore direttivo, ma cogente». Tra i meriti della ricostruzione di Giannini vi è senz'altro quello di aver sottolineato come, nell'ambito della pianificazione per obiettivi, la soddisfazione dell'interesse pubblico cui è preordinata tutta l'attività dell'Amministrazione coincide, almeno in parte, con la realizzazione di quello privato. Quindi, in sostanza, l'intervento dei soggetti privati costituisce un valido contributo di cui può servirsi l'Amministrazione per la realizzazione dei suoi obiettivi di pubblico interesse, ad esempio, la costruzione e gestione di un'opera pubblica o di un pubblico servizio.

fallimento dei piani quinquennali in URSS, si veda F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011, 20. Secondo l'A., «ogni decisione amministrativa va adattata alle variabili dl caso concreto e non tutte le variabili sono predeterminabili e perciò riducibili a formula matematica previsionale. La riduzione a formula matematica di alcune componenti della decisione può costituire un utile strumento istruttorio per la decisione, ma non sostituire la decisione. È, a ben vedere, lo stesso argomento in base al quale i matematici dell'Accademia delle Scienze dell'Unione sovietica spiegarono ai governanti, che già non erano più sovietici, il motivo del regolare fallimento di tutti i piani quinquennali articolati su decisioni di autorità amministrative: il numero delle incognite presenti al momento della decisione reale non era determinabile. Del resto lo stesso Morgenstern, uno dei due padri della teoria dei giochi ed unico "iniziatore" delle sue possibili applicazioni, ha più volte avvertito di andare molto cauti nell'applicazione di tale metodo alle scienze politico-sociali ed, in particolare, in quelle giuridico istituzionali».

²⁶ «La pianificazione direttiva, o programmazione, costituisce la forma che più si distacca dalla precedente, in quanto è un piano di politica economica, che ha per destinatari i poteri pubblici, ossia gli organi dello Stato e gli enti pubblici ausiliari dello Stato. [...]», così M. S. GIANNINI, *op. cit.*, 1106-1107.

Il contributo dell'A. è di grande attualità per comprendere il fenomeno del partenariato pubblico-privato già nella fase di programmazione e pianificazione delle risorse pubbliche da impiegare e delle attività da realizzare.

L'individuazione dei bisogni e delle necessità della collettività di riferimento rappresenta, infatti, il fondamento della programmazione pubblica, che ha altresì l'obiettivo di selezionare ed indicare gli interventi prioritari per lo sviluppo di un determinato territorio. «*La programmazione è quindi il punto di partenza indispensabile [...] per la realizzazione di interventi e servizi con il contributo di capitali privati [...]»²⁷. Si tratta di un'attività indispensabile per la soddisfazione dei fini pubblici, sia perché attraverso di essa l'Amministrazione individua l'oggetto dell'intervento, predisponendo le risorse pubbliche (di cui ha la disponibilità e la responsabilità esclusiva), i modi ed i tempi di realizzazione²⁸, sia perché garantisce la trasparenza delle scelte pubbliche. In altri termini, attraverso la pianificazione, i cittadini possono effettivamente controllare quali sono gli interventi programmati, le risorse occorrenti, i modi ed i tempi di attuazione, nonché verificare, successivamente, la corrispondenza dei risultati raggiunti agli obiettivi programmati.*

L'influenza del diritto comunitario sull'ordinamento giuridico interno emerge soprattutto con riguardo ai profili della disciplina di

²⁷ L. PONZONE, *L'attività di programmazione e gli studi di fattibilità*, in G. F. CARTEI - M. RICCHI (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Napoli, 2010, 51 ss., 51.

²⁸ M. S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIII, 1983, 629 ss., rileva che «*la pianificazione [...] richiede sempre che si elabori un progetto, che lo si verifichi quanto alla realizzabilità, indi che si stabiliscano risorse, tempi, spazi, eventuali modi, per la realizzazione*».

alcuni istituti di diritto positivi regolati dal D.lgs. n. 163/2006. Il riferimento immediato è rappresentato, tra l'altro, dalle concessioni di servizi, dall'organismo di diritto pubblico e dai vari istituti di partenariato pubblico-privato, disciplinati dal Codice dei contratti pubblici in attuazione dei principi e delle norme comunitarie in materia.

In particolare, l'art. 3, comma 15-ter, introdotto nel D.lgs. n. 163/2006 dall'art. 2, comma 1, lett. a), D.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, definisce il partenariato pubblico-privato come contratto avente ad oggetto *“una o più prestazioni, quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti”*. Segue, poi, un'elencazione meramente esemplificativa dei singoli istituti rientranti nel partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale, quali la concessione di lavori e quella di servizi, la locazione finanziaria, il recente contratto di disponibilità²⁹, l'affidamento di lavori mediante

²⁹ Il contratto di disponibilità è attualmente disciplinato dall'art. 3, comma 15-bis e dall'art. 160-ter, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, introdotti dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27 (c.d. *Decreto cresci-Italia*) e modificato, successivamente, dall'art. 4-bis, comma 1, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134. Si tratta di un contratto di partenariato pubblico-privato ex art. 3, comma 15-ter del Codice dei contratti pubblici, *“mediante in quale sono affidate a rischio e a spesa del destinatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera nel rispetto dei*

finanza di progetto e le società miste. Dalla formulazione della norma *de qua* emerge, innanzitutto, che il partenariato pubblico-privato integra una nozione aperta, idonea ad arricchirsi di istituti che, di volta in volta, verranno creati nell'ambito delle relazioni commerciali.

Le società miste hanno rappresentato per diversi anni una delle modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali. L'istituto è stato introdotto con l'art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142 (*Ordinamento delle autonomie locali*) tra i modi di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali. L'art. 22, in particolare, disponeva che i Comuni e le Province potevano gestire i servizi pubblici di loro competenza, oltre che in economia, mediante affidamento in concessione a terzi o a mezzo di azienda speciale, anche attraverso “*società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di soggetti pubblici o privati*”. In seguito, tale norma è confluita, non senza modifiche, nel testo dell'art. 113, D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*) che, tra le più rilevanti innovazioni, aveva introdotto (nel testo all'epoca vigente) la separazione tra le attività di gestione delle reti da quella di erogazione del servizio vero e proprio. In particolare, l'art. 113, comma 5, lett. c) – nella versione risultante dalle modifiche apportate dal d.l. n. 269/2003, conv. in l. n. 326/2003³⁰ – stabiliva che l'erogazione del servizio poteva essere

parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi anche sopravvenuti”.

³⁰ D.l. 30 settembre 2003, n. 269 (*Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici*), convertito in l. 24 novembre 2003, n. 326.

affidata “a società di capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l’espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche”. Quindi, oltre all’affidamento mediante gara a società di capitali individuate all’esito di procedure ad evidenza pubblica ed al modello dell’*in house providing*, la società mista pubblico-privata figurava tra le modalità (ordinarie) di gestione dei servizi pubblici locali “di rilevanza economica”³¹.

In realtà, la società mista – concepita *ab origine* quale modello di “semi-esternalizzazione” dei servizi pubblici locali economici – ha presentato fin da subito alcuni problemi di compatibilità con il diritto comunitario: si allude, in particolare, alla necessità – avvertita dalla giurisprudenza nazionale³² e comunitaria³³ – della previa indizione di

³¹ Le locuzioni “di rilevanza economica” e “privi di rilevanza economica” dei servizi pubblici locali vennero introdotte dal d.l. n. 269/2003, conv. in l. n. 326/2003, che modificò, rispettivamente, il testo degli articoli 113 e 113-bis. La *ratio* della riforma deve senz’altro rinvenirsi nella volontà del legislatore nazionale di adeguarsi alle espressioni impiegate in ambito comunitario (i c.d. servizi d’interesse economico generale, disciplinati dall’art. 106, par. 2, TFUE, ex art. 86, TCE).

³² Dubbi di compatibilità dell’art. 113, comma 5, lett. b), T.U.E.L. – affidamento di servizi pubblici locali “di rilevanza economica” a società miste pubblico-private – con l’ordinamento comunitario erano stati prospettati e positivamente risolti dalla giurisprudenza amministrativa. Si veda, in particolare, Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 889, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, in www.giustizia-amministrativa.it; C.G.A.R.S., 27 ottobre 2006, n. 589, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ Con la sentenza *Acoset*, del 15 ottobre 2009 (in www.eur-lex.europa.eu), la Corte di Giustizia ha rilevato che, quando il socio privato sia selezionato mediante una

una c.d. gara a doppio oggetto, che prevedesse cioè sia la scelta del socio privato cui assegnare la titolarità di una parte del capitale sociale, sia la delimitazione di un arco temporale entro cui limitare l'efficacia della concessione, al fine di evitare un'alterazione della concorrenza.

Tra i modelli di partenariato pubblico-privato contemplati dal T.U.E.L. figura altresì la società di trasformazione urbana, disciplinata dall'art. 120: si tratta di un modello mediante il quale *“le città metropolitane e i comuni, anche con la partecipazione della provincia e della regione”* possono *“progettare e realizzare interventi di trasformazione urbana, in attuazione degli strumenti urbanistici vigenti”*. Eventuali azionisti privati dovranno essere scelti mediante procedura ad evidenza pubblica.

Analogamente a quanto accade nella società mista, la partecipazione di soggetti privati è diretta ad apportare un contributo al conseguimento di una finalità pubblica (nella specie, la progettazione e la realizzazione di interventi di trasformazione e recupero del substrato urbano). La veste societaria costituisce il modo

procedura ad evidenza pubblica che sia rispettosa dei principi di libera concorrenza, trasparenza e parità di trattamento, e nella quale si compia una *“verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire”*, il diritto comunitario non osta all'affidamento diretto (nella specie, un servizio pubblico) alla società mista *“costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo”*. Nell'argomentazione della Corte, il passaggio centrale è costituito dalla considerazione che, quando i criteri di scelta del socio privato si riferiscano non solo al capitale, ma anche alle capacità tecniche di determinato *partner* e alle caratteristiche della sua offerta, e, inoltre, al socio sia affidata l'attività operativa del servizio da espletarsi da parte della società, *“si può ritenere che la scelta del concessionario risulti indirettamente da quella del socio”*.

attraverso cui si realizza il controllo pubblico sull'attività del soggetto privato, considerata la composizione mista degli organi di direzione, amministrazione e vigilanza della società.

In realtà, nonostante l'introduzione di modelli di cooperazione istituzionale tra soggetti pubblici e privati sia stata, nelle intenzioni del legislatore, finalizzata al miglior utilizzo delle risorse pubbliche, nella pratica il ricorso alle società miste (nel settore dei servizi pubblici locali) ed a quelle di trasformazione urbana (per la valorizzazione ed il recupero delle città) ha prodotto scarsi risultati, traducendosi in inefficienze e sprechi di risorse³⁴.

Tuttavia, tali fenomeni non hanno avuto l'effetto di smorzare l'attenzione del legislatore nei riguardi dei modelli cooperativi pubblico-privati, come si evince dall'introduzione dell'art. 3, comma 15-ter nel *corpus* del d.lgs. n. 163/2006 sui contratti pubblici, nonché del contratto di disponibilità e, infine, dalle continue modifiche³⁵ al *project financing*, finalizzate ad incentivare la partecipazione dei promotori privati, i quali possono proporre la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità non ancora inserite nella programmazione annuale. Quindi, sopperendo eventuali inerzie del soggetto pubblico.

³⁴ Così, F. GAMBARDELLA, *Le società di trasformazione urbana*, in F. LIGUORI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, 2007, 263 ss., 284.

³⁵ Sulle quali si dirà nel Capitolo III.

4. Le diverse forme organizzative di partenariato come strumento di programmazione ed ottimizzazione dell'uso delle risorse pubbliche nell'ambito del Codice dei contratti pubblici.

Che la programmazione abbia, nel corso degli anni, acquisito un ruolo preponderante nei vari settori di intervento pubblico, lo si desume dall'attenzione sempre crescente manifestata dal legislatore, negli interventi di riforma, nei riguardi delle attività prodromiche all'affidamento di un servizio o della realizzazione di un'opera pubblica, nonché dal coinvolgimento anche in questa fase del contributo proveniente da operatori economici privati.

Disciplinata compiutamente solo con la l. n. 109/1994 (c.d. legge Merloni)³⁶, la programmazione risulta attualmente regolata dall'art. 128, D.lgs. n. 163/2006 – che ha abrogato la normativa previgente –, il quale prevede, innanzitutto, che la realizzazione di lavori di importo superiore a 100.000 euro si svolga sulla base di un programma triennale e di suoi aggiornamenti annuali che le Pubbliche Amministrazioni approvano – nel rispetto di documenti programmatici già previsti dalla normativa vigente e da quella urbanistica – unitamente all'elenco dei lavori da realizzare entro l'anno stesso. Quindi, all'esigenza di predisporre una programmazione di più ampia portata ed a lungo termine (programmazione triennale) si accompagna altresì la necessità di individuare i lavori e le opere da realizzare entro un arco temporale corrispondente all'anno solare.

³⁶ L. PONZONE, *op. cit.*, 54.

Tuttavia, la vera novità della normativa in esame è costituita dall'introduzione di un obbligo – di natura cogente – per le amministrazioni aggiudicatrici, *in primis*, di identificare in via prioritaria i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica (comma 2) e, in secondo luogo, di attribuire preminenza, tra l'altro, agli interventi realizzabili con l'intervento in via maggioritaria di capitali privati (comma 3).

Specificamente, la redazione del programma triennale si compone di una fase ricognitiva, costituita dagli studi di fattibilità, nonché dall'individuazione e dalla quantificazione dei bisogni delle amministrazioni aggiudicatrici. Tale attività rientra nell'esercizio delle competenze proprie di ciascuna Amministrazione, le quali, quando previsto, possono avvalersi anche dell'apporto di altri soggetti pubblici e/o privati. Viene *«espletata ogni anno riportando nel nuovo programma quelle opere che non sono state realizzate nell'anno precedente oppure stralciando quelle non più necessarie al soddisfacimento dei fabbisogni della stazione appaltante»*³⁷. In sostanza, la programmazione si basa sugli studi di fattibilità e sul documento preliminare alla progettazione. Quanto ai primi, individuano i lavori necessari al soddisfacimento dei bisogni in questione, specificando le caratteristiche tecniche, progettuali, economiche e finanziarie delle opere da realizzare, e precisando l'impatto che il singolo intervento potrebbe determinare in relazione

³⁷ L. PONZONE, *op. cit.*, 54.

alle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche, di sostenibilità ambientale e socio-economiche. In altri termini, lo studio di fattibilità dovrebbe, per l'appunto, esporre i vantaggi e gli svantaggi derivanti dalla realizzazione dell'opera. Cioè, la sua fattibilità in concreto.

Il documento preliminare alla progettazione (DPP), introdotto dalla l. n. 109/1994 e dal D.P.R. n. 554/1999. In particolare, l'art. 15, comma 5, D.P.R. cit. individua i requisiti essenziali dello stesso, in modo da consentire la redazione di un progetto idoneo a soddisfare le esigenze della stazione appaltante.

In sostanza, lo studio di fattibilità e il documento preliminare alla progettazione hanno la funzione di consentire l'esatta determinazione delle esigenze della stazione appaltante, nonché delle caratteristiche salienti dell'intervento da realizzare.

La centralità assunta dallo studio di fattibilità nel Codice dei contratti pubblici si desume altresì dalla disciplina della finanza di progetto *ex art. 153*. In particolare, tale disposizione stabilisce che il ricorso al *project financing* è possibile solo per i *“lavori inseriti nella programmazione triennale e nell'elenco annuale di cui all'art. 128, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente”*. Alla base della programmazione triennale, come s'è visto, vi è lo studio di fattibilità. Tuttavia, come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo della trattazione, il nuovo comma 19 dell'art. 153 prevede che i promotori possano proporre all'amministrazione

aggiudicatrice la realizzazione mediante finanza di progetto di opere non comprese né nella programmazione triennale (e quindi, nemmeno nell'elenco annuale), né negli altri strumenti di programmazione approvati dall'Amministrazione in base alla normativa vigente, solo ed esclusivamente presentando uno studio di fattibilità. Si tratta del c.d. modello propositivo mediante il quale il legislatore ha voluto perseguire l'obiettivo di anticipare l'intervento del privato già alla fase di individuazione degli obiettivi e degli interventi da realizzare, ovvero alla fase della programmazione. La differenza con il modello ordinario risiede nella circostanza che, mentre in questo caso, è l'Amministrazione aggiudicatrice ad individuare le proprie esigenze ed a scegliere, poi, il soggetto privato responsabile della predisposizione del progetto preliminare dell'opera, nel modello propositivo, invece, è compito del privato delineare – attraverso la predisposizione di uno studio di fattibilità – l'intervento che potrebbe soddisfare sia i bisogni della stazione appaltante sia quelle proprie (ossia, consentendo una remunerazione effettiva dell'investimento).

CAPITOLO II

CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI E *PROJECT FINANCING*: DUE MODELLI A CONFRONTO NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA

SOMMARIO: **1.** Premessa. Concessione di lavori pubblici e *project financing* come strumenti di partenariato pubblico-privato. – **2.** Breve ricostruzione storica dell'evoluzione dello strumento concessorio nel settore delle opere pubbliche: origini, nozione, caratteristiche e classificazione. – **3.** Concessione di lavori pubblici e *project financing*: analogie e differenze.

1. Premessa. Concessione di lavori pubblici e *project financing* come strumenti di partenariato pubblico-privato.

In via preliminare, è possibile qualificare la concessione di lavori pubblici ed il *project financing* come strumenti per la realizzazione e la gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità, la cui disciplina è contenuta nel D.Lgs. n. 163/2006. In particolare, l'art. 3, comma 15-*ter* definisce espressamente – come s'è visto – la concessione di lavori pubblici e la finanza di progetto costituiscono “*contratti di partenariato pubblico privato*”, tracciandone le linee normative essenziali. Tali istituti condividono alcune caratteristiche di rilievo: l'oggetto (una o più prestazioni, come la progettazione, costruzione,

gestione e manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità o la fornitura di un servizio); il finanziamento (totalmente o parzialmente a carico dei privati); i rischi (allocati, per quanto possibile, in capo al privato, anche se non in via esclusiva). A ciò deve aggiungersi altresì un elemento temporale, rappresentato dalla circostanza che i contratti di partenariato pubblico-privato (e quindi, anche la concessione di lavori pubblici e la finanza di progetto) sono preordinati all'instaurazione di una collaborazione stabile, continuativa ed a lungo termine tra le parti³⁸.

In realtà, nonostante entrambi gli istituti appartengano ad un medesimo *genus*, la finanza di progetto presenta profili di maggiore integrazione e collaborazione tra soggetto pubblico e privato sia sotto il profilo progettuale, potendo essere richiesta anche la progettazione preliminare dell'opera da realizzare, sia sotto il profilo dell'iniziativa, essendo possibile per il promotore proporre la realizzazione di un'opera all'Amministrazione.

Il collegamento tra i due istituti, prima ancora che dal Codice dei contratti pubblici, è stato promosso per la prima volta nell'ordinamento giuridico nazionale dalla l. 18 novembre 1998, n. 414 (*Modifiche alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di lavori pubblici*), c.d. legge Merloni-ter – che modificò la l. 11 febbraio 1994, n. 109 (*Legge quadro in materia di lavori pubblici*), c.d. legge Merloni –. L'art. 37-bis prevedeva che i

³⁸ Così N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 541 ss., 545.

soggetti denominati “promotori” (ossia, dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati da un apposito regolamento di attuazione, nonché i soggetti ammessi alle gare di cui agli artt. 10 e 17, comma 1, lett. f), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi) potessero presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nella programmazione triennale, ovvero negli strumenti formalmente approvati dall’amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, tramite contratti di concessione, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori. Le proposte dovevano contenere:

- uno studio di inquadramento territoriale e ambientale;
- uno studio di fattibilità;
- un progetto preliminare;
- una bozza di convenzione;
- un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito;
- una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- l’indicazione degli elementi di cui all’art. 21, comma 2, lett. b)³⁹;

³⁹ L’art. 21, comma 2, lett. b), l. n. 109/1994, prevedeva, tra l’altro, che *“l’affidamento di concessioni mediante licitazione privata avviene con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, prendendo in considerazione i seguenti elementi variabili in relazione all’opera da realizzare:*

a) [..];

- l'indicazione delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice.

In realtà, nel modello predisposto dalla Merloni-ter non solo non compariva il *nomen iuris* anglosassone, *project financing*, ma neanche il termine italiano, "finanza di progetto", il che, considerando l'«esplicito inserimento nell'ambito della concessione di lavori pubblici, poteva portare a definire il fenomeno disciplinato dagli artt. 37-bis e ss. della legge quale "concessione di costruzione e gestione con promotore"»⁴⁰.

Con l'introduzione del comma 15-ter nell'art. 3 del Codice dei contratti pubblici, sia la finanza di progetto che la concessione di lavori pubblici sono stati qualificati espressamente come strumenti di partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale. La finalità perseguita dal legislatore nazionale, in linea con quello comunitario, è stata l'esigenza di assicurare un'applicazione generalizzata dei principi generali di trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità e reciproco riconoscimento alla fase di scelta del concessionario o del *partner* privato⁴¹, in modo da

b) in caso di licitazione privata relativamente alle concessioni:

- 1) il valore economico e finanziario della controprestazione;
- 2) il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata;
- 3) il tempo di esecuzione dei lavori;
- 4) il rendimento;
- 5) la durata della concessione;
- 6) le modalità di gestione ed il livello delle tariffe da praticare all'utenza".

⁴⁰ N. LUGARESI, *Concessione di costruzione e gestione e project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 647 ss., nonché ID, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit. 548.

⁴¹ Nel *Libro Verde* 30 aprile 2004, cit., punto 30, si legge che: «il regime che deriva dalla disposizioni pertinenti del Trattato può essere riassunto negli obblighi seguenti: fissazione delle norme applicabili alla selezione del partner privato, pubblicità adeguata

garantire il rispetto della concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici nella misura più ampia possibile.

Nelle pagine che seguono, si procederà ad un inquadramento generale della concessione di lavori pubblici, nonché ad un'analisi dei principali aspetti comuni e delle differenze tra quest'ultima e la finanza di progetto.

2. Breve ricostruzione storica dello strumento concessorio nel settore delle opere pubbliche: origini, nozione, caratteristiche e classificazione.

La “concessione di opera pubblica”, che autorevole dottrina⁴² riconduce al più ampio *genus* «*amministrazione dei lavori pubblici*», è una delle manifestazioni più risalenti e significative della correlazione tra «“*area di diritto pubblico*” e “*area del diritto privato*”»⁴³. L'incontro di volontà tra soggetti strutturalmente e qualitativamente diversi, stigmatizzato dalla stipula della concessione, ha rappresentato, fin dalle origini

rispetto all'intenzione di assegnare una concessione ed alle norme che regolamentano la selezione al fine di permettere un controllo dell'imparzialità nel corso della procedura, messa in concorrenza reale degli operatori potenzialmente interessati e/o in grado di garantire lo svolgimento dei compiti in questione, rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i partecipanti nel corso della procedura, aggiudicazione sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori».

⁴² F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990, 1 ss., il quale ritiene altresì che l'«*amministrazione dei lavori pubblici*» costituisca, a sua volta, un settore dei pubblici poteri.

⁴³ F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica*, cit., 1.

dell'istituto, una delle più evidenti espressioni della c.d. «*fuga dal diritto pubblico*», a causa della necessità di un atto di assenso privato, *conditio sine qua* non ai fini dell'emanazione del provvedimento concessorio. In realtà, la partecipazione (imprescindibile) del soggetto privato non si traduce in una totale dismissione dell'esercizio del pubblico potere, il cui recupero avviene in una fase antecedente all'emanazione del provvedimento, ovvero in quella organizzativa, ove l'Amministrazione è pienamente titolare della discrezionalità nell'*an, quid, quando e quomodo*. È nel connubio discrezionalità/autonomia privata che si coglie la componente bilaterale delle fattispecie concessorie, che, tuttavia, non si spogliano dell'imminente carattere funzionale e doveroso del potere, con conseguente applicabilità alle stesse dei principi cardine dell'azione amministrativa, quali la legalità, il buon andamento e la giustiziabilità.

L'istituto ha costituito, per molti anni, una delle modalità attraverso cui i pubblici poteri indirizzavano le attività private alla realizzazione di scopi di rilevanza pubblicistica e, pertanto, attinente all'intervento dello Stato nell'economia nazionale. La scelta dello strumento concessorio, in luogo della stipulazione di un contratto di appalto, risiedeva, in sostanza, nella volontà dell'Amministrazione di mantenere la *potestas* sulla esecuzione dell'opera o del lavoro commissionato. Taluni⁴⁴ utilizzano indifferentemente la locuzione “concessione di opere pubbliche” e

⁴⁴ F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica*, cit., 10-11. L'assimilazione delle due nozioni è opera della dottrina e della giurisprudenza francese.

quella di “concessione di lavori pubblici”, pur asserendo, in realtà, che la seconda appaia maggiormente estesa e tale da ricomprendere anche fattispecie non inquadrabili nell’ambito delle attività di realizzazione di opera pubblica, ma comportanti, invero, lavori di pertinenza della Pubblica Amministrazione. Altri⁴⁵, invece, si cimentano nella individuazione della non agevole distinzione tra “opera pubblica” e “lavoro pubblico”, non ritenendo tali espressioni totalmente sovrapponibili.

Con il termine “concessione di lavori pubblici” – la cui definizione e disciplina sono contenute, rispettivamente, negli artt. 3, comma 11 e 143 del Codice dei contratti pubblici – si fa riferimento a quella che tradizionalmente era definita quale “concessione di costruzione e di gestione” o “concessione di costruzione ed esercizio”, rientrando nell’ambito più ampio della

⁴⁵ A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 1985, 74, precisa la nozione di «opera pubblica» da intendersi come «ogni opera che sia eseguita dallo Stato o da altro ente pubblico» che «è destinata, una volta costruita e quindi divenuta un (nuovo) bene, a soddisfare un interesse pubblico». Evidenzia altresì la necessaria presenza di alcuni elementi, quali: la natura pubblica del soggetto che realizza l’opera, la finalizzazione dell’opera al soddisfacimento di un determinato interesse pubblico ed, infine, la natura immobiliare dell’opera. Quest’ultimo elemento, nell’ottica dell’A., avrebbe rilievo proprio ai fini della differenziazione tra le nozioni di «opera pubblica» e di «lavoro pubblico». In particolare, mentre il lavoro pubblico riguarderebbe ogni operazione, attività tecnica e materiale, posta in essere dallo Stato o da altro ente pubblico, l’«opera» si riferirebbe al risultato di queste attività, sempreché il lavoro culmini nella creazione di una nuova opera, e non si risolva semplicemente in attività di demolizione e manutenzione.

In linea con l’orientamento esposto, G. ROEHRSEN, *I lavori pubblici*, Torino, 1971, ritiene che la distinzione vada ricercata nel carattere dinamico dei lavori pubblici e, per contro, in quello statico delle opere pubbliche. Precisa altresì che quattro elementi valgono a qualificare l’opera pubblica, ed in particolare, il modo di formazione dell’opera; la titolarità del lavoro e dell’opera; l’elemento finalistico e la natura immobiliare dell’opera.

concessione di costruzione di opere pubbliche⁴⁶. Quest'ultima ha origini assai risalenti nel tempo: la l. 20 marzo 1865, n. 2248, All. F. sui lavori pubblici⁴⁷ disciplinava la “concessione di costruzione e di esercizio” delle opere ferroviarie, prevedendo norme specifiche in materia. La disciplina generale dell'istituto venne introdotta per la prima volta solo con la l. 24 giugno 1929, n. 1137, la quale *«deve ritenersi la prima legge generale che ha considerato la concessione di opera pubblica come un istituto a sé stante, delineando due figure: la concessione di costruzione e di esercizio e la concessione di sola costruzione»*⁴⁸. Tale norma stabiliva che potevano “essere concesse in esecuzione a Province, Comuni, consorzi e privati, opere pubbliche di qualunque natura anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse”. Nel primo caso, il concessionario, oltre alla realizzazione di un'opera

⁴⁶ N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., 558.

⁴⁷ Questa legge prevedeva l'accentramento *«di tutti i compiti in capo all'apparato amministrativo avente come vertice l'istituto Ministero dei lavori pubblici»*, così F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica*, cit., 42. A. SANDULLI, *I lavori pubblici*, in ID (a cura di), *I lavori pubblici. Atti del Convegno del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967, rileva che nonostante la l. 20 marzo 1865, n. 2248, unificatrice della legislazione amministrativa, e segnatamente l'allegato F, fosse nata come *«un campo di disposizioni aventi oggetto disparato»*, possedeva, tuttavia, un carattere unitario, in quanto tutte le materie dalla stesse disciplinate interessavano l'Amministrazione dei lavori pubblici *«o perché ricadenti nella immediata azione operativa di essa – esercitantesi attraverso la progettazione, direzione, manutenzione delle opere, la gestione e la polizia dei beni (ciò vale per le strade ordinarie e ferrate appartenenti allo Stato, le acque pubbliche, i porti, le spiagge e i fari, gli edifici statali destinati ad usi pubblici, nonché per la polizia demaniale relativa ai menzionati beni) –, o perché sottoposto all'alta vigilanza o alla direzione di quella amministrazione e alla sua azione di polizia (ciò vale essenzialmente per le strade e le altre opere degli territoriali minori e per le strade ferrate in concessione)»* (p. 22).

⁴⁸ C. CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, cit., 11 ss., 21.

pubblica, acquistava il diritto di gestirla e, mediante i proventi derivanti dall'esercizio (ed eventuali contributi da parte del concedente), otteneva il recupero delle spese sostenute, nonché un margine di utile.

Nell'ipotesi di concessione di sola costruzione⁴⁹, invece, il concessionario era incaricato esclusivamente della realizzazione dell'opera pubblica, essendo esclusa ogni attività di gestione della stessa. Si trattò, fin dall'origine, di una figura controversa, posta al confine con il contratto di appalto di opera pubblica. Come è stato notato, il motivo della sua origine (considerato che la realizzazione di un'opera pubblica poteva essere affidata ad un soggetto privato anche mediante un appalto pubblico) risiedeva essenzialmente sia nell'assunzione, da parte del concessionario, di una serie di prestazioni aggiuntive (esecuzione degli studi, predisposizione dei progetti, ricerca dei finanziamenti), che nell'appalto di opera pubblica avrebbero dovuto essere eseguite dall'Amministrazione, sia nel diverso sistema di pagamento⁵⁰. Quindi, se da un lato l'introduzione della concessione di sola costruzione mostrava le inefficienze del settore pubblico nell'espletamento di una serie di prestazioni che, generalmente, precedevano la stipulazione di un appalto di opere pubbliche, dall'altro l'Amministrazione

⁴⁹ Sull'istituzionalizzazione della concessione di sola costruzione, si rinvia a F. PELLIZZER, *Le concessioni di opera pubblica*, cit., 62 ss.

⁵⁰ Si consentiva un pagamento ripartito su una pluralità di esercizi finanziari. Infatti, a norma dell'art. 2, l. 24 giugno 1929, n. 1137, la spesa a carico dello Stato poteva essere ripartita in non più di 30 rate annuali costanti, comprensive di capitale e di interesse.

concedente veniva sollevata di una serie di compiti che ricadevano nella responsabilità del concessionario⁵¹.

L'autonomia dell'istituto in esame venne ufficialmente sancita con l'emanazione della direttiva n. 305/1971/CEE⁵² del Consiglio, del 26 luglio 1971 che definì all'art. 1 gli appalti di lavori pubblici come contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice, aventi per oggetto una delle attività relative a lavori edilizi o di genio civile. All'art. 3, invece, che, quando le amministrazioni aggiudicatrici concludono un contratto analogo a quelli di lavori pubblici, ma in cui la controprestazione dei lavori da eseguire consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera, oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo, le disposizioni della direttiva non dovevano applicarsi a tale contratto, definito "concessione". La direttiva de

⁵¹ Sulla natura del rapporto tra concessionario e Amministrazione, si veda V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Concessione di pubblico servizio: problemi di giurisdizione e di effettività della tutela in tema di scelta del contraente e di rapporti tra amministrazione concedente e concessionario*, in G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 109 ss., 116, il quale rileva che «è vero infatti che il concessionario è l'alter ego dell'amministrazione, ma è anche vero che si tratta appunto di un soggetto che raccoglie la dismissione sostanziale dell'amministrazione quanto all'esercizio dei poteri ad essa spettanti in sede di esecuzione di un lavoro pubblico o di un servizio: dismissione che si realizza proprio mediante l'affidamento esterno dell'esecuzione materiale (ma, si badi, della sola esecuzione) di un bene rispondente all'interesse pubblico da essa perseguito. In altri termini, se l'amministrazione non ha inteso realizzare direttamente il bene che risponde all'interesse pubblico, da essa prescelto e perseguito mediante la concessione, e se ha incaricato di ciò un imprenditore privato (che assume così – per la migliore dottrina – un'obbligazione di risultato), allora [...] non trovo convincente che, mentre da una parte si attua questa dismissione, dall'altra se ne negano gli effetti pieni e, prescindendo appunto da ogni considerazione in ordine a quella dismissione, si continui ad affermare la cognizione dell'originaria giurisdizione amministrativa».

⁵² Direttiva n. 305/1971/CEE, del Consiglio, del 26 luglio 1971, "che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici".

qua si occupava delle procedure di aggiudicazione ad evidenza pubblica relative all'affidamento dei lavori pubblici ad operatori economici. In estrema sintesi, nella prospettiva comunitaria, la possibilità di configurare una concessione era connessa esclusivamente al diritto di gestire l'opera.

La legge 8 agosto 1977, n. 584 – che recepì la direttiva n. 305/1971/CEE nell'ordinamento italiano – stabilì, uniformandosi alla disciplina comunitaria, che la concessione di sola costruzione doveva essere equiparata all'appalto pubblico, e quindi, soggetta all'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica.

Successivamente, la materia venne nuovamente regolata dalla direttiva n. 89/440/CEE del Consiglio del 18 luglio 1989, che, all'art. 1, definì gli appalti pubblici come contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore ed un'amministrazione aggiudicatrice aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività elencate dall'Allegato II (ossia, opere di edilizia e di genio civile) o di un'opera di cui alla lett. c) (ovvero, il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile costituente una funzione economica o tecnica), oppure il far eseguire con qualsiasi mezzo un'opera rispondente ai bisogni specificati dall'amministrazione aggiudicatrice. Veniva altresì ribadito che la caratteristica principale della concessione di lavori pubblici consisteva nel diritto di gestire l'opera, oppure in tale diritto accompagnato da un prezzo e che la stessa doveva essere

sottoposta a determinate regole di pubblicità. In sostanza, la normativa comunitaria, da un lato, aveva ampliato la nozione di appalto di lavori pubblici, rispetto a quella tipica dell'ordinamento nazionale, dall'altro, aveva limitato la configurazione delle concessioni alle sole fattispecie comprensive dell'attività di gestione, riconducendo le altre all'appalto. L'obiettivo del legislatore comunitario era, infatti, l'apertura dei meccanismi di affidamento delle concessioni alla concorrenza, in modo da garantire il pieno rispetto dei principi di libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali nello spazio giuridico comunitario. Tale risultato, tuttavia, poteva essere conseguito "a gradi", ossia rispettando le specificità delle disposizioni legislative e regolamentari dei singoli Stati membri.

La direttiva n. 89/440/CEE venne recepita dall'ordinamento nazionale con il D.P.R. 19 dicembre 1991, n. 406, che si uniformò alla definizione di appalto fornita dalla normativa comunitaria e sottopose le fattispecie ascrivibili alle concessioni di sola costruzione e di progettazione ed esecuzione (e quindi, senza un'attività di gestione) alle disposizioni in materia di appalti di lavori pubblici. In sostanza, con il D.P.R. n. 406/1991, il legislatore italiano ricondusse tutte le ipotesi di concessione non comprensive delle attività gestionali all'appalto di lavori pubblici, assoggettandole al rispetto della normativa comunitaria sull'evidenza pubblica. Dunque, venne accolto il comunitario che identificava il carattere proprio della concessione unicamente nel

diritto di gestire l'opera oppure in tale diritto accompagnato da un prezzo. La disciplina in questione, inoltre, aveva sostituito il *nomen* "concessione di costruzione e di esercizio" con la formula "concessione di lavori pubblici", nel tentativo di sottolineare che la presenza del lavoro pubblico determinava la sottoposizione della stessa alle norme comunitarie sugli appalti pubblici⁵³.

La successiva direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, ribadiva sostanzialmente, all'art. 1, la nozione di appalto⁵⁴ di cui alla previgente disciplina, ma sostituiva l'espressione "*far eseguire con qualsiasi mezzo un'opera*" con la formula "*l'esecuzione, con qualsiasi mezzo di un'opera*". Veniva altresì confermata la definizione di concessione di lavori pubblici e la sua sottoposizione – ove l'importo dei lavori superasse una certa soglia previamente stabilita e rilevante per il diritto comunitario – alle regole dell'evidenza pubblica già enucleate nella direttiva n. 89/440/CEE. L'ordinamento nazionale recepì la direttiva 93/37/CEE con la l. 11 febbraio 1994, n. 109, che, all'art. 19, comma 2, stabilì che "*le amministrazioni aggiudicatrici affidano in concessione i lavori pubblici esclusivamente nel caso in cui la*

⁵³ G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2007, 423 ss., 451.

⁵⁴ L'art. 1, direttiva 93/37/CEE, stabiliva che: "*gli appalti pubblici di lavori*" sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione di lavori relativi ad una delle attività di cui alla lett. c), oppure l'esecuzione, con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente ai bisogni specificati dall'amministrazione aggiudicatrice.

concessione abbia ad oggetto, oltre alla esecuzione, anche la gestione dell'opera". A seguito della modifica apportata con l. 18 novembre 1998, n. 415 – che inserì nell'art. 19 il comma 01 – tale periodo fu, poi, sostituito dal seguente: *"le concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, 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"*. Quindi, in sostanza, veniva affermato il carattere tassativo dei sistemi di realizzazione delle opere pubbliche⁵⁵, che poteva avvenire esclusivamente mediante l'appalto e la concessione, nonché ribadita la necessità del collegamento funzionale tra l'esecuzione e la gestione nella concessione di lavori pubblici. Il comma 3 dell'art. 19 introduceva il divieto per le amministrazioni aggiudicatrici di affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività della stazione appaltante di lavori pubblici, *«vietando in tal modo il ricorso alla concessione di mera committenza, onde evitare che attraverso tale figura si aggirassero le disposizioni comunitarie ed interne in materia di affidamento degli appalti»*⁵⁶.

⁵⁵ In tal senso, R. CARANTA, *Concessione di opere e servizi*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 239 ss., 242.

⁵⁶ C. CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit., 29. L'A. precisa, inoltre, che *«nessun riferimento veniva operato all'ipotesi prevista dalla disciplina comunitaria dell'esecuzione con qualsiasi mezzo, quale possibile oggetto del contratto di appalto; doveva quindi ritenersi inutilizzabile, salvo l'esistenza di specifiche deroghe normative, il ricorso alla figura anglosassone del general contractor»*. La possibilità per le

La Comunità europea, nel 2004, è intervenuta ancora in materia, mediante l’emanazione della direttiva 2004/18/CE “relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”, fino a quel momento regolate da fonti normative diverse. Tale direttiva, infatti, costituisce un “testo unico” europeo, teso ad una semplificazione ed un aggiornamento della disciplina di settore⁵⁷. Le nozioni di “appalti pubblici”, di “appalti pubblici di lavori” e di “concessione di lavori pubblici” sono del tutto identiche a quelle contenute nella direttiva del 1993. Vengono, inoltre, ribadite specifiche regole cui assoggettare le procedure di affidamento delle concessioni, in modo da garantire la libertà di circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento, enunciate nei Trattati.

Il legislatore nazionale ha recepito la direttiva 2004/18/CE – congiuntamente alla direttiva 2004/17/CE relativa ai settori speciali⁵⁸ – attraverso l’emanazione del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici), il quale ha aderito alla nozione di concessione di lavori pubblici delineata dall’ordinamento comunitario, definendola (all’art. 3, comma 11), come “*contratto a titolo oneroso, concluso in forma scritta avente*

amministrazioni aggiudicatrici di far ricorso a tale istituto è stata, ufficialmente, riconosciuta solo con la l. 21 dicembre 2001, n. 443 (c.d. legge obiettivo), i cui principi hanno trovato attuazione con il D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190 e successive modifiche ed integrazioni, il quale ha individuato tra i percorsi privilegiati per la realizzazione di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale, la figura del *general contractor* o contraente generale.

⁵⁷ C. CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit., 29.

⁵⁸ Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in *eur-lex.europa.eu*.

ad oggetto l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici e di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, 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”.

«Da questo excursus emerge chiaramente il mutamento che, in questi decenni, la figura della concessione di lavori pubblici ha conosciuto nel suo progressivo adattamento alle nozioni provenienti dal diritto comunitario; se in origine poteva anche dipendere da una scelta discrezionale dell'amministrazione ricorrere all'istituto dell'appalto o a quello della concessione, oggi è la struttura stessa della fattispecie, e quindi un elemento oggettivo, che determina lo strumento da utilizzare»⁵⁹.

A tutt'oggi tale istituto è interessato da nuovi interventi normativi: infatti, il Parlamento europeo ha recentemente approvato, con risoluzione del 14 gennaio 2014, le nuove direttive in materia di appalti pubblici⁶⁰ e di concessioni⁶¹. In apertura, la normativa comunitaria si preoccupa di precisare le definizioni e

⁵⁹ C. CORSI, *Le concessioni di lavori e di servizi*, cit. 30.

⁶⁰ Si tratta delle direttive recentemente approvate con la risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2014, il cui testo (nella versione provvisoria) è disponibile in www.europarl.europa.eu.

⁶¹ Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 gennaio 2014 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (COM(2011)0897).

l'ambito di applicazione delle concessioni, sancendo altresì la piena libertà delle Amministrazioni statali, regionali e locali di organizzare nel modo più opportuno l'erogazione di servizi alla collettività e l'esecuzione di lavori: mediante proprie risorse; avvalendosi di accordi di cooperazione; esternalizzando la prestazione a terzi (operatori economici), in conformità al diritto dell'Unione⁶². L'art. 5 prosegue con l'enunciazione delle nozioni fondamentali, definendo la *“concessione di lavori”* come *“un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto, in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire i lavori oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo”*. Quindi, in sostanza, viene ripresa la definizione tradizionale di concessione di lavori già precedentemente delineata dalla normativa comunitaria in materia. La peculiarità della direttiva *de qua* risiede, essenzialmente, nella disciplina minuziosa delle procedure di aggiudicazione delle concessioni di lavori e di servizi⁶³, in considerazione della rilevanza assunta dalle libertà fondamentali enunciate dai Trattati.

⁶² Si veda l'art. 2 (*Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche*) della direttiva *de qua*.

⁶³ Si tratta delle norme contenute nel Titolo II, rubricato *“Norme sull'aggiudicazione delle concessioni: principi generali e garanzie procedurali”*.

3. Concessione di lavori pubblici e *project financing*: analogie e differenze.

Concessione di lavori pubblici e *project financing* possono essere qualificate, *prima facie*, quali strumenti per la realizzazione e la gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità⁶⁴. Come si è visto, la loro disciplina è attualmente contenuta nel D.Lgs. n. 163/2006, c.d. Codice dei contratti pubblici. L'art. 3, comma 15-*ter*, li inquadra nella categoria dei contratti di partenariato pubblico-privato, mentre la disciplina dettagliata è contenuta, rispettivamente nel Capo II (del Titolo III), dedicato alle concessioni di lavori pubblici⁶⁵, e nel Capo III, che si occupa, tra l'altro, della scelta del promotore finanziario, delle società di progetto, della locazione finanziaria per i lavori e del nuovo contratto di disponibilità, istituito introdotto di recente nell'ordinamento positivo. Quindi, già dalla collocazione di tali figure nel Codice dei contratti pubblici, emerge un rapporto di stretta contiguità: non si tratta di una relazione di *genus a species* o di integrazione reciproca. La soluzione più soddisfacente sarebbe quella di ritenere che tali istituti siano tra di essi alternativi. Soluzione, tutt'altro che scontata se si considera, oltre che la tecnica normativa del Codice – in taluni punti non soddisfacente e lacunosa –, anche la

⁶⁴ In tal senso, N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., 542, il quale preferisce, tuttavia, utilizzare la traduzione italiana di *project financing*, ovvero finanza di progetto, in luogo del *nomen iuris* tradizionale.

⁶⁵ Il Titolo III è rubricato “*Disposizioni ulteriori per i contratti relativi ai lavori pubblici*” ed il Capo II è specificamente dedicato alle “*Concessioni di lavori pubblici*”, disciplinando – nelle Sezioni I, II, III, IV – le modalità di scelta del concessionario, le procedure di affidamento delle concessioni, ecc.

circostanza che il *project financing* rappresenta un istituto successivo rispetto alla concessione di lavori pubblici, che, invece, ha origini assai risalenti.

Il rapporto tra i due istituti, in realtà, è stato instaurato, per la prima volta, con la l. Merloni-ter, che ha introdotto il *project financing* nell'ordinamento nazionale, quale modalità di progettazione e di esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità. L'istituto è stato poi recepito dal Codice dei contratti pubblici e modificato in seguito ai correttivi apportati allo stesso.

Secondo parte della dottrina⁶⁶, la differenza tra le figure in questione risiederebbe nel fatto che, mentre nella concessione di lavori pubblici manca la disciplina delle procedure di aggiudicazione (*rectius*, di affidamento della concessione e di scelta del concessionario), limitandosi ad affermare la necessità che le stesse vengano affidate nel rispetto dei principi comunitari che regolano la materia, il *project financing*, invece, viene regolato in tutte le sue fasi: dalla pubblicazione del bando, alla scelta del promotore, all'aggiudicazione, ecc. In realtà, la recente direttiva sulle concessioni, approvata con risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2014, disciplina anche le procedure di affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi, nonché di scelta del concessionario, ribaltando la concezione secondo cui l'ordinamento europeo è del tutto indifferente alle procedure di aggiudicazione delle stesse.

⁶⁶N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., 544.

Sicuramente, appartenendo entrambi alla categoria dei contratti di partenariato pubblico-privato, di cui all'art. 3, comma 15-ter, condividono alcuni elementi strutturali, quali: l'oggetto (che può consistere in una o più prestazioni, come la progettazione, la costruzione, la gestione, la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità o la fornitura di un servizio), il finanziamento (a carico dei privati, totalmente o parzialmente), i rischi (allocati, per quanto possibile, sul privato, anche se non in via esclusiva) e l'instaurazione di una cooperazione pubblico-privato a lungo termine.

In realtà, mentre la concessione di lavori pubblici rappresenta un modello unitario, il *project financing*, invece, è articolato in una pluralità di modelli, come si vedrà nel prosieguo della trattazione. Proprio in relazione al problema dell'inquadramento teorico dell'art. 153, comma 1, del Codice, dedicato espressamente alla finanza di progetto, è possibile rilevare che dalla formulazione della norma emerge un'alternativa tra "affidamento mediante concessione", ai sensi dell'art. 143, e affidamento di una "concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità". Da ciò, secondo una parte della dottrina, deriverebbe una contrapposizione tra concessione di lavori, disciplinata dall'art. 143 del Codice, ed una diversa figura di concessione, «*la cui identificazione potrebbe rifarsi ad elementi diversi, non solo formali, ma anzi sostanziali in quanto riferibili all'oggetto stesso del rapporto concessorio (contrattualizzato)*»⁶⁷

⁶⁷ N. LUGARESÌ, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., 552, secondo cui «*si potrebbe definire tale concessione, prendendo spunto dalla rubrica (elemento formale) quale "concessione da finanza di progetto", o prendendo spunto dal*

testo (e quindi dall'oggetto, elemento sostanziale), quale "concessione da studio di fattibilità" (locuzione probabilmente meno intrigante)»

CAPITOLO III

IL *PROJECT FINANCING*: ORIGINE, EVOLUZIONE E SISTEMI DI TUTELA

Sommario: **1.** Le origini storiche del *project financing*: l'esperienza del Regno Unito. – **2.** L'introduzione del *project financing* nell'ordinamento giuridico italiano ad opera della l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-ter): modello originario e questioni problematiche. – **3.** La disciplina del *project financing* nel Codice dei contratti pubblici a seguito delle modifiche introdotte dal "Terzo decreto correttivo". – **3.1.1.** La procedura "ordinaria" ad unica fase senza diritto di prelazione del promotore. – **3.1.2.** La procedura "ordinaria" a doppia fase con diritto di prelazione del promotore. – **3.1.3.** La finanza di progetto "propedeutica": il modello sollecitatorio. – **3.1.4.** La finanza di progetto "propedeutica": il modello "propositivo". – **3.2.** Segue. L'evoluzione legislativa dell'istituto a seguito del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. *Decreto Sviluppo*), del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. *Decreto "Cresci Italia"*), del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 (c.d. *Decreto "Semplifica Italia"*), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 e del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. *Decreto del "Fare"*). – **4.** La società di progetto quale modello peculiare di *project financing*. – **5.** La tutela giurisdizionale sulle controversie relative al *project financing*. – **5.1.** I limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui contratti delle Amministrazioni Pubbliche e le controversie in materia di *project financing*. – **5.2.** Il contributo della giurisprudenza amministrativa: l'impugnabilità immediata del provvedimento di scelta del promotore.

1. Le origini storiche del *project financing*: l'esperienza del Regno Unito.

Il modello contrattuale di *project financing* affonda le radici nei paesi anglosassoni quale tecnica di finanziamento di iniziative economiche basata principalmente sulle caratteristiche tecnico-economiche del progetto, piuttosto che sulla capacità patrimoniale dei soggetti promotori dell'iniziativa⁶⁸. Dunque, il finanziamento pubblico viene concesso a seguito di una valutazione (oggettiva e neutrale) sulla capacità intrinseca del progetto di generare *cash flow* sufficienti al rimborso del capitale di credito ed alla remunerazione del capitale di rischio privato.

In realtà, tale strumento «*sembra aver trovato la sua culla proprio in Italia*»⁶⁹, allorquando, nel corso del XIII secolo, la banca fiorentina Frescobaldi predispose un finanziamento alla Corona inglese per consentire lo sfruttamento di una miniera di argento nelle colline del Devon. In quella sede si stabilì che la Frescobaldi avrebbe dovuto elargire un prestito alla Corona inglese della durata di un anno; che la stessa, durante questo periodo, avrebbe controllato l'estrazione dell'argento e che, infine, la Corona inglese non avrebbe prestato nessuna garanzia in favore della Frescobaldi sul valore dell'argento estratto o sulla quantità minima rinvenibile. Tale esempio evidenzia,

⁶⁸ Sulle origini del *project financing* si veda S. M. SAMBRI, *Project Financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, Padova, 2013, 5 ss.

⁶⁹ S. M. SAMBRI, *op. cit.*, 6.

dunque, come le origini e le tradizioni bancarie italiane vantino un posto rilevante nell'ambito del mondo finanziario internazionale⁷⁰.

Nel corso del XVII e XVIII secolo, l'istituto è stato impiegato nell'ambito dei viaggi (commerciali e non) organizzati dalle Compagnie delle Indie Britanniche e Olandesi, per ottenere i finanziamenti privati necessari ad organizzare le spedizioni; finanziamenti che venivano, poi, ripagati mediante la cessione di una parte del carico di merci importate, secondo criteri di partecipazione predeterminati.

Il *project financing* ha trovato successivamente applicazione negli Stati Uniti d'America e nel Regno Unito con particolare riguardo al settore delle opere pubbliche, durante gli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso. Specificamente, mediante il modello contrattuale in esame è stata perseguita, soprattutto nel Regno Unito, la finalità di contenimento della spesa pubblica nell'ambito della costruzione e gestione di opere pubbliche ed infrastrutture essenziali. Grazie a questa tecnica di finanziamento è stato possibile realizzare, nel Regno Unito, opere pubbliche di particolare importanza, attraverso l'apporto del capitale privato, rimborsato dai proventi della gestione dell'opera stessa, attribuita dall'Amministrazione all'aggiudicatario.

Uno dei principali motivi che hanno contribuito alla diffusione di questa particolare tecnica di finanziamento è stato, senza dubbio, il passaggio dal modello di Stato - imprenditore a quello di Stato - regolatore; e quindi, da un tipo di economia in cui l'intervento dei

⁷⁰ Così S. M. SAMBRI, *op. cit.*, 6.

pubblici poteri nelle fasi dell'accesso e dell'esercizio di attività private era molto accentuato, ad un altro in cui la presenza delle autorità pubbliche assume una rilevanza solo "indiretta" o "di contorno". Si allude, in particolare, al modello liberista o concorrenziale, all'economia aperta o "di mercato", in cui lo svolgimento di attività (anche) di pubblico interesse può essere assunto da soggetti privati in possesso di determinati requisiti. Il ruolo dello Stato, in altri termini, è limitato al controllo del rispetto delle regole concorrenziali da parte degli operatori economici, nonché a garantire la parità di trattamento degli utenti finali dei servizi resi alla collettività, a prescindere dalla ubicazione geografica e dalle condizioni economiche⁷¹. Da qui la creazione di *Authorities* di settore⁷², con funzioni di vigilanza sul rispetto delle regole poste a presidio del mercato concorrenziale.

⁷¹ Si tratta del settore dei servizi di pubblica utilità o servizi d'interesse economico generale, disciplinati, a livello comunitario dall'art. 14, dall'art. 106, par. 2 e dall'art. 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). In particolare, l'art. 14, TFUE (ex art. 16, TCE) stabilisce che: "[...] *in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti*".

A norma dell'art. 106, par. 2, TFUE (ex art. 86, TCE), "*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati e, in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione*".

Da ultimo, l'art. 107, TFUE (ex art. 87 TCE), stabilisce che: "*Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza*".

⁷² Ad esempio, si pensi all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), istituita dalla l. n. 287/1990, principalmente con la funzione di impedire, "*in*

Inoltre, la creazione dell'Unione Europea, prima, e la stipulazione dei Trattati che hanno introdotto negli Stati membri la moneta unica, nonché i noti vincoli ai bilanci pubblici, con conseguente necessità di ridurre la spesa pubblica al fine di ridurre l'indebitamento e di favorire la crescita economica, hanno sicuramente favorito la diffusione di tecniche di finanziamento basate sull'apporto di capitali privati finalizzate al conseguimento di sviluppo del settore pubblico.

L'attenzione manifestata dall'ordinamento comunitario verso gli strumenti del Partenariato pubblico-privato è derivata – come si è detto – proprio dall'esigenza di dettare delle linee di ordinamento che permettessero agli Stati membri di avvalersi dei capitali privati per la realizzazione di compiti di interesse pubblico, evitando, così, l'aggravamento del debito nazionale, nonché, al contempo, di garantire che la scelta degli operatori economici avvenisse nel pieno rispetto delle regole di evidenza pubblica e dei principi comunitari in materia di non discriminazione e parità di trattamento.

*attuazione dell'art. 41 Cost. a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica", che nel mercato si verificano lo stesso tipo di intese restrittive della libertà di concorrenza, di abusi di posizione dominante e di concentrazioni che, se rilevanti per il mercato europeo, sarebbero vietate dagli articoli 101 e 102 TFUE (art. 1); all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (AGCom), disciplinata dalla l. n. 481/1995, nonché dalla l. n. 249/1997, che l'ha in seguito istituita. In tal senso, D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2012, 154-155.*

2. L'introduzione del *project financing* nell'ordinamento giuridico italiano ad opera della l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-ter): modello originario e questioni problematiche.

La legge 18 novembre 1998, n. 415 – meglio nota come Merloni *ter*⁷³, perché intervenuta successivamente alla legge del 2 giugno 1995, n. 266 (o anche Merloni *bis*) sulla legge quadro in materia di lavori pubblici dell'11 febbraio 1994, n. 109 (legge Merloni) – ha introdotto nel nostro ordinamento giuridico l'istituto di matrice anglosassone del *project financing*⁷⁴, tradotto in lingua italiana, finanza di progetto⁷⁵.

L'esigenza di rispondere alla crescente domanda di infrastrutture evitando il drammatico aggravio dei bilanci pubblici ha condotto all'introduzione, anche in Italia, di uno strumento volto a consentire la realizzazione di rilevanti progetti di opere pubbliche o di pubblica utilità necessari allo sviluppo del sistema infrastrutturale nell'ordinamento nazionale⁷⁶. In effetti, il ricorso ad uno strumento volto a favorire la partecipazione di investitori privati in settori storicamente pubblici diviene una necessità per un Paese, come l'Italia, in cui il sistema infrastrutturale è al di sotto del livello degli altri Paesi europei. A riprova di ciò, va detto che le prime operazioni di finanza di

⁷³ La legge 18 novembre 1998, n. 415 ha inserito nel testo della legge Merloni (l. 109/1994) gli articoli da 37 *bis* a 37 *nonies*, specificamente dedicati alla disciplina del *project financing* ad iniziativa privata.

⁷⁴ Ossia, per utilizzare l'espressione impiegata dal legislatore, realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la Pubblica Amministrazione.

⁷⁵ M. RICCHI, *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, in *Urb. e app.*, 2002, 153.

⁷⁶ S. M. SAMBRI, *op. cit.*, 21.

progetto in Italia sono state realizzate a seguito della liberalizzazione del mercato della produzione dell'energia elettrica, delineata agli inizi degli anni '90 dalle leggi nn. 9 e 10 del 1991. Questo fenomeno ha generato l'applicazione di tali tecniche operative nel settore delle infrastrutture di pubblico servizio. E ciò essenzialmente perché nel periodo storico di riferimento e, ancor di più oggi, l'esiguità delle finanze pubbliche disponibili avrebbe impedito la realizzazione di ingenti opere infrastrutturali. È nel solco di questa carenza di risorse economiche pubbliche che diviene quasi necessario l'intervento del privato che va a corroborare il soggetto pubblico delle adeguate competenze professionali nonché degli strumenti finanziari all'uopo idonei.

Tuttavia, agli albori della nascita dell'istituto ad opera della legge Merloni *ter*, c'è stato chi in dottrina⁷⁷ ha ritenuto che la normativa *de qua* piuttosto che qualificare e disciplinare il *project financing* come fattispecie autonoma, si sia limitata a fornire alcune indicazioni circa l'applicazione dell'istituto alla realizzazione di opere pubbliche. In particolare, gli articoli da *37-bis* a *37-nonies* della legge Merloni, che conterrebbero la disciplina italiana del *project financing* si limiterebbero sostanzialmente a disciplinare il momento propositivo del fenomeno in oggetto analizzando la figura del promotore, nonché ad analizzare il profilo genetico dello stesso orbitante intorno alla

⁷⁷ M. CARRIERE, *Project financing, profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, 5.

fattispecie della concessione di costruzione e gestione⁷⁸. Il *vulnus* definitorio in punto di normativa, generato dall'introduzione della finanza di progetto nel nostro ordinamento giuridico, è stato colmato dallo lavoro della dottrina⁷⁹ che, partendo dalla definizione nevittiana⁸⁰ del fenomeno, ne ha elaborato una definizione. In particolare, il *project financing* viene qualificato come “operazione finanziaria rivolta ad un investimento specifico per la realizzazione di un'opera pubblica o di interesse pubblico e/o la gestione di un servizio pubblico, su iniziativa di promotori o *sponsor* anche privati”. La finanza di progetto così intesa viene configurata come una complessa operazione economico – finanziaria volta ad incentivare l'intervento del capitale privato nel finanziamento di progetti di valenza pubblicistica, in particolare a livello infrastrutturale, caratterizzati da una notevole dimensione dell'investimento finanziario per il quale le risorse pubbliche sarebbero insufficienti.

Nella vigenza della legge Merloni-*ter* viene prevista una procedura che, tuttavia, appare molto lontana da quella odierna scaturita dal tripudio di norme emanate in materia⁸¹ al fine di sopperire alle

⁷⁸ N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., 584 ha sottolineato che, specie sotto la vigenza della legge Merloni, venisse in realtà disciplinata la concessione di costruzione e gestione, e solo dopo una “concessione particolare”, “contaminata” dal *project financing*. Continua l'A., evidenziando la chiarezza della normativa introdotta in proposito dalla Merloni-*ter* che non avrebbe pertanto fatto menzione né di *project financing*, né di finanza di progetto, sbilanciando altresì l'istituto di nuovo conio verso esigenze fortemente pubblicistiche.

⁷⁹ M. BALDI, G. DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, II ed., Milano, 2004, 2.

⁸⁰ NEVITT, *Project financing*, V ed., Londra, 1989, 3, trad. De Sury, Roma, 1988.

⁸¹ L'attuale disciplina del *project financing* è frutto di un lungo *excursus* normativo, dalla sua originaria previsione di cui all'art. 37-*bis* della L. n. 109/94 (c.d. Legge quadro sui lavori pubblici “Merloni”), come introdotto dall'art. 11 della L. 18 novembre 1998, n.

limitazioni introdotte dalla legge istitutiva, poco in linea con i principi comunitari e con il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica. A tenore della legge Merloni-*ter* la norma di cui all'art. 37-*bis* consente ai soggetti privati di avanzare proposte progettuali da realizzarsi con risorse a carico degli stessi promotori utilizzando, a tal fine, contratti di concessione di costruzione e gestione⁸². La norma in commento stabilisce, altresì, termine e modalità da osservare nel presentare alle Amministrazioni aggiudicatrici le proposte per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità. Dalla normativa introdotta dalla legge Merloni-*ter* emerge come il *project financing* consista essenzialmente in un procedimento complesso ma, tuttavia, unitario sebbene articolato in più fasi distinte⁸³. In estrema sintesi, in una prima fase, l'Amministrazione, previa valutazione favorevole degli elementi analiticamente indicati nell'art. 37-*ter* della legge n. 109 del 1994, provvede ad individuare la proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse; in una seconda fase, provvede mediante licitazione privata e secondo il criterio dell'offerta economicamente più

415, c.d. "Merloni *ter*" , alla L. n. 266/2002 – Legge Finanziaria 2002 – c.d. "Merloni *quater*", al D.Lgs. n. 163/2006 (c.d. Codice degli Appalti), fino al terzo decreto correttivo del Codice, di cui alla D. L.gs. 11 settembre 1998 n. 152. L'istituto è stato più volte ritoccato dal legislatore mediante interventi di riforma relativamente recenti, per la cui disamina si rinvia al Capitolo III, paragrafo 3.2.

⁸² La cui definizione è contenuta nel comma 2 dell'art. 19 della legge in commento che definisce la concessione di lavori pubblici come quella tipologia di contratti "*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 o direttamente collegati nonché la loro gestione funzionale ed economica*".

⁸³ La sostanziale unitarietà dell'*iter* procedurale è stata rilevata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato - cfr. Cons. St., Sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847; 10 febbraio 2004, n. 495; 5 settembre 2002, n. 4468 – e dalla più recente giurisprudenza del Tar Puglia, Lecce, Sez. III, 29 marzo 2010, n. 888.

vantaggiosa, alla selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 37-*quater* comma 1 lett. a) della legge Merloni; la terza fase, infine, consiste nella procedura negoziata (trattativa privata) tra il promotore (prescelto all'esito della prima fase) e gli offerenti (individuati a seguito dell'espletamento della seconda fase).

La disciplina introdotta dalla legge Merloni-*ter* è incentrata sulla figura del promotore, il quale proporrebbe l'iniziativa, redigerebbe il progetto preliminare, avrebbe la funzione di vigilanza nell'esecuzione ed anche il diritto di prelazione sull'offerta più vantaggiosa presentata dagli altri concorrenti.

Tale disciplina ha, tuttavia, destato una serie di problemi, specie con riferimento alla compatibilità con il diritto comunitario e, in particolare, con il principio della concorrenza. Ed infatti, da due ordini di motivi. Il progetto preliminare che presenterebbe il promotore prevedrebbe interventi, tecnologie, modalità gestionali, assetti organizzativi ideati per poter essere soddisfatti dallo stesso operatore o da altri operatori ad esso in qualche modo collegati. Una simile previsione va certamente a pregiudicare la corretta concorrenzialità fra i soggetti operanti nel settore che potrebbero essere provvisti di altre tecnologie, modalità di gestione ed assetti organizzativi.

Ma è soprattutto la previsione della possibilità di esercizio da parte del promotore del diritto di prelazione che appare distonico con gli orientamenti normativi europei e difficilmente applicabile in concreto.

In sintesi, si prevede che l'Amministrazione effettui una gara pubblica sulla base del progetto, del piano finanziario proposto dal privato ed accettato dalla stessa Amministrazione. Al promotore, che può partecipare alla gara senza l'obbligo del versamento della cauzione, è riconosciuto un diritto di prelazione all'affidamento della concessione alle stesse condizioni della migliore offerta, da esercitare previo pagamento al migliore offerente di parte delle spese dallo stesso sostenute⁸⁴. Sul piano pratico, è stato ritenuto che la Pubblica Amministrazione affidasse il servizio ed aggiudicasse la gara seguendo formalmente la procedura di evidenza pubblica ma, concretamente, discostandosi dalla stessa. Ciò che si eccepiva alla vecchia finanza di progetto era che in pratica il promotore finanziario poteva in ogni caso vincere la gara "senza una gara" perché veniva scelto non proprio in base ad una gara ma, piuttosto, in virtù dell'iniziativa che poneva in essere all'inizio della procedura. La successiva gara era sì una gara in senso proprio, infatti il progetto prescelto veniva posto a confronto con altri progetti, ma sembrava avere un esito scontato. In pratica si trattava di una gara in cui il promotore finanziario poteva decidere l'esito. Posti in questi termini, gli aspetti critici insiti nella Merloni-ter si ponevano in contrasto non solo con il principio comunitario di concorrenza ma, sembravano altresì incidere sulla corretta applicazione delle regole di evidenza pubblica.

⁸⁴ P. GRACILI, L. GRACILI, V. MENALDI, *Problemi del «project financing» per gli investimenti degli enti locali*, in *Studi e note di economia*, n. 3/97, 167 ss., 172.

Le conseguenze pratiche di un simile schema operativo erano, pertanto, molteplici. In particolare, la redazione del progetto preliminare o definitivo, del piano economico-finanziario da parte del promotore ha un costo rilevante soprattutto se riferito a grandi infrastrutture; di conseguenza e soprattutto in virtù della circostanza che chi propone un progetto ha intenzione di realizzarlo, il promotore certamente eserciterà il diritto di prelazione normativamente previsto; le altre imprese private, pertanto, saranno restie a partecipare ad una gara difficilmente “aggiudicabile” in considerazione del quasi scontato esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore.

Simili conseguenze, a livello pratico, andrebbero certamente ad alterare le regole della libera concorrenza se non ad eluderle irrimediabilmente.

3. La disciplina del *project financing* nel Codice dei contratti pubblici a seguito delle modifiche introdotte dal “*Terzo decreto correttivo*”.

3.1.1. La procedura “ordinaria”⁸⁵ ad unica fase senza diritto di prelazione del promotore.

In seguito all’emanazione del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in*

⁸⁵ I nomi delle procedure di seguito riportate sono ascrivibili a N. LUGARESÌ, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., 591 ss.

attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) – entrato in vigore il 1° luglio 2006 – la disciplina del *project financing* è interamente confluita negli artt. 153 ss. Tale disposizione è specificamente rubricata “*Finanza di progetto*” e dedicata alla regolamentazione delle varie fasi della procedura per la scelta del promotore. In sostanza, rispetto alla disciplina previgente, all’istituto viene attribuito un *nomen iuris* specifico, corrispondente alla traduzione in lingua italiana dell’appellativo inglese originario. Inoltre, viene semplificato e reso più agile il procedimento di scelta del concessionario, costituente il *proprium* della legge Merloni-ter, e vengono introdotti modelli ulteriori ed alternativi rispetto alla finanza di progetto “ordinaria”, nei quali il ruolo del promotore risulta notevolmente potenziato.

Come si è visto, nell’ambito della legge Merloni-ter, per aggiudicare la concessione di costruzione e gestione con promotore potevano essere necessarie tre procedure, sia pure nell’ambito di un procedimento da considerarsi unico⁸⁶: la valutazione delle proposte presentate dagli aspiranti promotori, l’indizione di una gara (sostanzialmente, una licitazione privata tra gli aspiranti concessionari non promotori, ed infine, la procedura negoziata (o trattativa privata) tra il promotore prescelto nella prima fase ed i due migliori non promotori individuati nella seconda fase.

⁸⁶ N. LUGARESÌ, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., 587, il quale richiama la giurisprudenza del T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 29 marzo 2010, n. 888, che, pur prendendo atto della presenza di più fasi tra di loro connesse, propende per l’unicità del procedimento di *project financing*, e quindi per la soggezione di quest’ultimo ad una disciplina unitaria, relativa al momento d’inizio del procedimento stesso.

L'istituto *de quo* verrà esaminato nella versione risultante dalle modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici, dapprima, dal D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113, e successivamente, dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. “*terzo decreto correttivo*”). Tra le modifiche introdotte dal “*terzo decreto correttivo*” va certamente menzionata l’abrogazione degli artt. 154 e 155, che disciplinavano, rispettivamente, la fase di valutazione della proposta e la fase di indizione della gara, attualmente assorbite – non senza rilevanti modificazioni – nell’art. 153. Le modifiche apportate con i recentissimi interventi di riforma saranno, invece, oggetto di separata e distinta trattazione nel paragrafo successivo.

In linea generale, l’art. 153, comma 1 prevede che le amministrazioni aggiudicatrici, in alternativa all’affidamento mediante concessione, possono avvalersi della finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità inserite nella programmazione triennale e nell’elenco annuale, oppure negli strumenti di programmazione formalmente approvati dalle amministrazioni competenti. In sostanza, la programmazione (annuale, triennale o contenuta in altro strumento) costituisce il punto di partenza della finanza di progetto: pertanto, l’iniziativa del promotore rappresenta pur sempre «*un’iniziativa guidata, non diversamente dalle iniziative di aspiranti concessionari (o aspiranti appaltatori)*»⁸⁷»

⁸⁷ N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit. 592.

I modelli di finanza di progetto previsti dall'art. 153 sono quello "ordinario" (a sua volta distinto nella procedura ad unica fase e in quella a due fasi con diritto di prelazione del promotore), quello "propedeutico" e quello "propositivo".

La finanza di progetto "ordinaria" si compone di due procedure alternative, disciplinate, rispettivamente, dai commi 1-14 (la prima) e dal comma 15 (la seconda), destinate a sfociare in una concessione di lavori pubblici. La prima procedura è costituita da un'unica fase e non prevede nessun diritto di prelazione a favore del promotore non aggiudicatario all'esito della gara. La seconda, invece, si compone di due fasi e prevede la possibilità che il promotore non aggiudicatario della concessione di lavori possa esercitare un diritto di prelazione nei riguardi del concorrente prescelto.

Per quanto concerne la finanza di progetto "ordinaria" con procedura ad unica fase, l'art. 153 comma 2, prevede che il bando – predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice e pubblicato con le modalità descritte dall'art. 66⁸⁸ o dall'art. 122⁸⁹ del Codice dei

⁸⁸ L'art. 66 (*Modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi*), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, stabilisce che: "1. Le stazioni appaltanti trasmettono gli avvisi e i bandi alla Commissione per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato X, punto 3, o con altri mezzi di trasmissione. Nel caso della procedura urgente di cui all'articolo 70, comma 11, gli avvisi e i bandi devono essere trasmessi mediante fax o per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato X, punto 3. 2. Gli avvisi e i bandi sono pubblicati secondo le caratteristiche tecniche di pubblicazione indicate nell'allegato X, punto 1, lettere a) e b). 3. Gli avvisi e i bandi redatti e trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato X, punto 3, sono pubblicati entro cinque giorni dalla loro trasmissione. 4. Gli avvisi e i bandi non trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato X, punto 3, sono pubblicati entro dodici giorni dal loro invio, o, nel caso di procedura urgente di cui all'articolo 70, comma 11, entro cinque giorni dal loro invio. 5. I bandi e gli avvisi sono pubblicati per esteso in una delle lingue ufficiali della Comunità scelta

dalle stazioni appaltanti; il testo pubblicato in tale lingua originale è l'unico facente fede. Le stazioni appaltanti italiane scelgono la lingua italiana, fatte salve le norme vigenti nella Provincia autonoma di Bolzano in materia di bilinguismo. Una sintesi degli elementi importanti di ciascun bando, indicati dalle stazioni appaltanti nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, è pubblicata nelle altre lingue ufficiali. 6. Le spese per la pubblicazione degli avvisi e dei bandi da parte della Commissione sono a carico della Comunità. 7. Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana serie speciale relativa ai contratti pubblici, sul "profilo di committente" della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20, e sul sito informatico presso l'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale. Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati, dopo dodici giorni dalla trasmissione alla Commissione, ovvero dopo cinque giorni da detta trasmissione in caso di procedure urgenti di cui all'articolo 70, comma 11, per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti. La pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana viene effettuata entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato. 8. Gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. 9. Gli avvisi e i bandi, nonché il loro contenuto, non possono essere pubblicati in ambito nazionale prima della data della loro trasmissione alla Commissione. 10. Gli avvisi e i bandi pubblicati in ambito nazionale non devono contenere informazioni diverse da quelle contenute nei bandi e negli avvisi trasmessi alla Commissione, o pubblicate su un profilo di committente conformemente all'articolo 63, comma 1, devono menzionare la data della trasmissione dell'avviso o del bando alla Commissione o della pubblicazione sul profilo di committente. 11. Gli avvisi di preinformazione non possono essere pubblicati su un profilo di committente prima che sia stato inviato alla Commissione l'avviso che ne annuncia la pubblicazione sotto tale forma; gli avvisi in questione devono citare la data di tale trasmissione. 12. Il contenuto degli avvisi e dei bandi non trasmessi per via elettronica secondo il formato e le modalità di trasmissione precisate nell'allegato X, punto 3, è limitato a seicentocinquanta parole circa. 13. Le stazioni appaltanti devono essere in grado di comprovare la data di trasmissione degli avvisi e dei bandi. 14. La Commissione rilascia alle stazioni appaltanti una conferma dell'informazione trasmessa, in cui è citata la data della pubblicazione: tale conferma vale come prova della pubblicazione. 15. Le stazioni appaltanti possono prevedere forme aggiuntive di pubblicità diverse da quelle di cui al presente articolo, e possono altresì pubblicare in conformità ai commi che precedono avvisi o bandi concernenti appalti pubblici non soggetti agli obblighi di pubblicazione previsti dal presente articolo. Tuttavia gli effetti giuridici che il presente codice o le norme processuali vigenti annettono alla data di pubblicazione al fine della decorrenza di termini, derivano solo dalle forme di pubblicità obbligatoria e dalle relative date in cui la pubblicità obbligatoria ha luogo”.

⁸⁹ A norma dell'art. 122 (Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, “1. Ai contratti di lavori pubblici sotto soglia comunitaria non si applicano le norme del presente codice che prevedono obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sovranazionale. Le stazioni appaltanti possono

ricorrere ai contratti di cui all'articolo 53, comma 2, lettere b) e c), qualora riguardino lavori di speciale complessità o in caso di progetti integrali, come definiti rispettivamente dal regolamento di cui all'articolo 5, ovvero riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici. 2. L'avviso di preinformazione di cui all'articolo 63, è facoltativo ed è pubblicato sul profilo di committente, ove istituito, e sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste. 3. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, di cui all'articolo 65 è pubblicato sul profilo di committente, ove istituito, e sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, con le modalità ivi previste. 4. I bandi e gli inviti non contengono le indicazioni che attengono ad obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sopranazionale. 5. Gli avvisi di cui al comma 3 ed i bandi relativi a contratti di importo pari o superiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana - serie speciale - relativa ai contratti pubblici, sul "profilo di committente" della stazione appaltante, e, non oltre due giorni lavorativi dopo, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20 e sul sito informatico presso l'Osservatorio, con l'indicazione degli estremi di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale. Gli avvisi e i bandi sono altresì pubblicati, non oltre cinque giorni lavorativi dopo la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, per estratto, a scelta della stazione appaltante, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i lavori. I bandi e gli avvisi di cui al comma 3 relativi a contratti di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori e nell'albo della stazione appaltante; gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione decorrono dalla pubblicazione nell'albo pretorio del Comune. Si applica, comunque, quanto previsto dall'articolo 66, comma 15 nonché comma 7, terzo periodo. 6. Ai termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, e di comunicazione dei capitolati e documenti complementari, si applicano l'articolo 70, comma 1 e comma 10, in tema di regole generali sulla fissazione dei termini e sul prolungamento dei termini, nonché gli articoli 71 e 72, e inoltre le seguenti regole: a) nelle procedure aperte, il termine per la ricezione delle offerte, decorrente dalla pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana per i contratti di importo pari superiore a cinquecentomila euro, e dalla pubblicazione del bando nell'albo pretorio del Comune in cui si esegue il contratto per i contratti di importo inferiore a cinquecentomila euro non può essere inferiore a ventisei giorni; b) nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate previa pubblicazione di un bando di gara, e nel dialogo competitivo, il termine per la ricezione delle domande di partecipazione, avente la decorrenza di cui alla lettera a), non può essere inferiore a quindici giorni; c) nelle procedure ristrette, il termine per la ricezione delle offerte, decorrente dalla data di invio dell'invito, non può essere inferiore a venti giorni; d) nelle procedure negoziate, con o senza bando, e nel dialogo competitivo, il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'articolo 70 e, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito; e) in tutte le procedure, quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione esecutiva, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a quaranta giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara o di invio dell'invito; quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione definitiva, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a sessanta giorni con le medesime decorrenze; f) nelle procedure aperte, nelle

contratti pubblici, in relazione all'importo dei lavori – pone a base di gara lo studio di fattibilità, predisposto in modo tale che vengano evidenziate le risorse private dei soggetti proponenti per coprire (interamente o parzialmente) la realizzazione del lavoro o dell'opera pubblica o di pubblica utilità. Come rileva una parte della dottrina, la

procedure negoziate previo bando e nel dialogo competitivo, quando del contratto è stata data notizia con l'avviso di preinformazione, il termine di ricezione delle offerte può essere ridotto a 18 giorni e comunque mai a meno undici giorni, decorrenti, nelle procedure aperte, dalla pubblicazione del bando, e per le altre procedure, dalla spedizione della lettera invito; g) nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti dal presente articolo, le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza, possono stabilire un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a quindici giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana; e, nelle procedure ristrette, un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a dieci giorni, ovvero non inferiore a trenta giorni se l'offerta ha per oggetto anche il progetto esecutivo, decorrente dalla data di invio dell'invito a presentare offerte. Tale previsione non si applica al termine per la ricezione delle offerte, se queste hanno per oggetto anche la progettazione definitiva. 7. I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri. I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche di cui all'articolo 37, comma 11, restano ferme le disposizioni ivi previste. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all'allegato IX A, punto quinto (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l'indicazione dei soggetti invitati ed è trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui ai commi 3 e 5 del presente articolo, entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva; non si applica l'articolo 65, comma 1. 8. Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g), si applica la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei. 9. Per lavori d'importo inferiore o pari a 1 milione di euro quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; in tal caso non si applica l'articolo 87, comma 1. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci; in tal caso si applica l'articolo 86, comma 3”.

differenza intercorrente tra la finanza di progetto e la concessione di lavori pubblici risiede nello studio di fattibilità; si tratta, in altri termini, di una differenza «*qualitativa (l'ambito della programmazione) più che qualitativa: dal punto di vista dell'iniziativa, della "promozione", non c'è sostanziale differenza tra aspirante concessionario e promotore*»⁹⁰.

Il bando di gara presenta lo stesso contenuto di quello previsto dall'art. 144 del Codice dei contratti pubblici per le concessioni di lavori, con la precisazione che l'amministrazione aggiudicatrice può richiedere al promotore (provvisoriamente) prescelto di apportare al progetto preliminare, che ha presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e che, in tal caso, l'aggiudicazione è subordinata all'accettazione da parte del promotore sia delle modifiche progettuali che all'adeguamento del piano economico-finanziario (art. 153, comma 3, lett. a). L'Amministrazione dovrà ovviamente procedere alla motivazione delle modifiche progettuali e tecniche richieste al promotore, sottolineando la "migliorabilità" dell'offerta inizialmente ed autonomamente presentata. In caso di mancata accettazione, l'Amministrazione può procedere allo scorrimento della graduatoria, chiedendo progressivamente ai concorrenti successivi l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore "*alle stesse condizioni proposte al promotore*" e da questi non accettate (art. 153, comma 3, lett. b). Si tratta di una facoltà

⁹⁰ N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit. 592.

particolarmente delicata e di un potere spettante all'amministrazione aggiudicatrice particolarmente discusso: se è vero, da un lato, che il criterio con il quale viene prescelto il promotore è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 153, comma 4), dall'altro, le eventuali modifiche richieste al concorrente prescelto possono non essere giustificate da motivi di rilievo pubblicistico ed, al contrario, essere determinate dalla volontà di sovvertire la graduatoria. Questo, probabilmente, potrebbe delineare un *vulnus* nell'imparzialità del procedimento di selezione del miglior offerente che, come si è visto, appare molto più formalistico rispetto a quello previsto dalla l. Merloni-ter. In realtà, il *punctum dolens* della procedura in questione non attiene tanto (*rectius*, non solo) alla lesione del principio di imparzialità che si verificherebbe laddove l'Amministrazione richiedesse modifiche al solo scopo di sovvertire la graduatoria, quanto al fatto che, nel caso di mancata accettazione, il concorrente successivo si trova a dover accettare non le modifiche progettuali al proprio progetto, bensì un diverso progetto (parzialmente revisionato) presentato dal promotore originario.

La norma prescrive inoltre che, oltre agli elementi previsti per le concessioni dall'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, la valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice si estenda agli aspetti riguardanti la qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano ed al contenuto della bozza di

convenzione (art. 153, comma 5)⁹¹. Per consentire la comparabilità delle offerte, si prevede, tra l'altro, che il disciplinare di gara, richiamato nel bando, deve descrivere l'intervento da realizzare, indicandone l'ubicazione, destinazione urbanistica e consistenza, nonché le tipologie di servizio cui l'opera sarà funzionale (art. 153, comma 7).

Le offerte devono contenere: il progetto preliminare, la bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato⁹² da una banca e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della relativa gestione. Il piano economico-finanziario deve indicare l'importo, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno, delle spese che sono state sostenute per predisporre le offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 c.c.⁹³, con la precisazione che tale importo non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, sulla base dello studio di fattibilità a base di gara (art. 153, comma 9).

⁹¹ L'art. 153, comma 5, prevede anche che: *“Per quanto concerne le strutture dedicate alla nautica da diporto, l'esame e la valutazione delle proposte sono svolti anche con riferimento alla maggiore idoneità dell'iniziativa prescelta a soddisfare in via combinata gli interessi pubblici alla valorizzazione turistica ed economica dell'area interessata, alla tutela del paesaggio e dell'ambiente e alla sicurezza della navigazione”*.

⁹² G. FIDONE, *L'asseverazione bancaria del piano economico finanziario*, in G. F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto*, cit. 243 ss. Sul punto, si vedano altresì Cons. Stato, sez. VI, 15 settembre 2009, n. 5503, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui l'omessa presentazione tempestiva dell'asseverazione comporta l'esclusione immediata dalla procedura e la mancata presentazione non è successivamente integrabile o regolarizzabile, in quanto l'asseverazione costituisce requisito essenziale per la valutazione del progetto.

⁹³ A norma dell'art. 2578 (*Progetti di lavori*) c.c., *“All'autore di progetti di lavori di ingegneria o di altri lavori analoghi che costituiscono soluzioni originali di problemi tecnici, compete oltre il diritto esclusivo di riproduzione dei piani e disegni dei progetti medesimi, il diritto di ottenere un equo compenso da coloro che eseguono il progetto tecnico a scopo di lucro senza il suo consenso”*.

L'amministrazione aggiudicatrice, dopo aver esaminato le offerte pervenute nei termini indicati dal bando (art. 153, comma 10, lett. a), redige la graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato l'offerta migliore; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta (art. 153, comma 10, lett. b). Il progetto preliminare presentato dal promotore è poi posto in approvazione secondo le modalità prescritte dall'art. 97⁹⁴ del Codice dei contratti pubblici. La giurisprudenza è conforme nel ritenere che solo i soggetti partecipanti alla selezione e non risultati vincitori possono accedere alle proposte presentate dagli altri concorrenti, al contrario di quelli esclusi per inammissibilità delle proposte⁹⁵.

Il promotore è tenuto ad apportare tutte le modifiche progettuali necessarie per l'approvazione e ad eseguire tutti gli adempimenti previsti dalla legge, comprendenti anche gli adempimenti eventualmente richiesti al fine di ottenere la valutazione di impatto ambientale (art. 153, comma 10, lett. c). Tali attività devono essere compiute dallo stesso senza poter pretendere compensi aggiuntivi, né

⁹⁴ Art. 97 (*Procedimento di approvazione dei progetti*), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. "1. L'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni viene effettuata in conformità alle norme dettate dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e alle disposizioni statali e regionali che regolano la materia. Si applicano le disposizioni in materia di conferenza di servizi dettate dagli articoli 14-bis e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241.1-bis. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di sottoporre al procedimento di approvazione dei progetti un livello progettuale di maggior dettaglio rispetto a quanto previsto dalla normativa di cui al comma 1, al fine di ottenere anche le approvazioni proprie delle precedenti fasi progettuali eventualmente omesse. La dichiarazione di pubblica utilità di cui agli articoli 12 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001 n. 327, e successive modificazioni, può essere disposta anche quando l'autorità espropriante approva a tal fine il progetto esecutivo dell'opera pubblica o di pubblica utilità)".

⁹⁵ Così Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2009, n. 3319, in www.giustizia-amministrativa.it.

aumenti delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, come riportate nel piano economico-finanziario.

Se non sono necessarie modifiche progettuali, l'amministrazione aggiudicatrice procede direttamente alla stipula della concessione (art. 153, comma 10, lett. *d*). In caso contrario, a tale fase seguirà quella di approvazione del progetto preliminare a seguito dell'accettazione delle modifiche progettuali richieste (art. 153, comma 11). Come già anticipato, qualora le modifiche non vengano accettate dal promotore originariamente prescelto, l'Amministrazione procederà allo scorrimento della graduatoria (art. 153, commi 3 e 10, lett. *e*). Se il soggetto aggiudicatario della concessione sia un soggetto diverso dal promotore inizialmente risultato vincitore della gara, il concessionario deve corrispondere allo stesso l'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, indicata espressamente nella stessa (art. 153, comma 12). Per questo motivo, le offerte degli aspiranti promotori devono essere corredate dalla garanzia di cui all'art. 75 del Codice dei contratti pubblici, nonché da un'ulteriore cauzione necessariamente fissata dal bando per un valore del 2,5% del valore complessivo dell'investimento, desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara. Il soggetto aggiudicatario deve poi prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 113 dello stesso Codice, nonché, a partire dal giorno di inizio della gestione del servizio (e sempre secondo le modalità prescritte dall'art. 113), una cauzione, nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio, a garanzia delle penali relative ad inadempimenti degli obblighi contrattuali. La

mancata presentazione di tale cauzione integra gli estremi di un grave inadempimento contrattuale (art. 153, comma 13).

Il Codice dei contratti pubblici prevede, infine, che si applichino, quando necessario, le disposizioni del d.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, in materia di espropriazione per pubblica utilità (153, comma 4).

3.1.2. La procedura “ordinaria” a doppia fase con diritto di prelazione del promotore.

L’art. 153, comma 15 del Codice dei contratti pubblici delinea la prima variante rispetto al modello classico di finanza di progetto, che consiste nell’attribuzione di un diritto di prelazione⁹⁶ al promotore prescelto nell’ambito di un procedimento suddiviso in due fasi. L’amministrazione aggiudicatrice, in particolare, può specificare nel bando che non si procederà all’attribuzione immediata (o differita, a norma dell’art. 153, comma 3, lett. a) dell’aggiudicazione al

⁹⁶ Si noti che il diritto di prelazione era già contemplato nella disciplina originaria della finanza di progetto, delineata dalla l. Merloni-ter: l’attribuzione di tale diritto al promotore prescelto aveva posto una serie di problematiche relative alla legittimità dello stesso, soprattutto in ambito comunitario. N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit. 597, sub nota 153, precisa che: «non si contestava tanto il diritto in sé, quanto la possibile acquisizione di tale diritto a seguito di una procedura informale e, aspetto collegato, l’assenza di una pubblicità adeguata che rendesse noti i termini, le condizioni e gli effetti di tale diritto». Sul punto, si veda altresì A. M. BALESTRIERI, *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urb. e app.*, 2009, 525 ss.; G. FIDONE, B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. “prelazione” del promotore*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 949 ss.; A. ILACQUA, *Project financing: la scomparsa del diritto di prelazione del promotore*, in www.giustamm.it.

promotore prescelto, ma verrà attribuito allo stesso “*il diritto di essere preferito al miglior offerente*”, qualora il promotore ritenga di adeguare la propria offerta a quella più vantaggiosa individuata attraverso la specifica procedura delineata dall’art. 153, comma 15, lett. *c), d), e), f)*. Dopo aver approvato il progetto preliminare secondo le modalità di cui all’art. 153, comma 10, lett. *c)*, l’amministrazione aggiudicatrice può decidere di bandire una nuova procedura selettiva, individuando quale criterio di aggiudicazione quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa e ponendo a base di gara l’offerta tecnica ed economica del promotore prescelto (art. 153, comma 15, lett. *c)*). Qualora non siano state presentate offerte “migliori” (*rectius*, economicamente più vantaggiose) rispetto a quella del promotore originario, il contratto è aggiudicato a quest’ultimo.

Viceversa, nel caso in cui vi siano state una o più offerte giudicate più convenienti, il promotore prescelto inizialmente può, entro un termine di quaranta giorni decorrente dalla comunicazione dell’amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del miglior offerente, ottenendo, così, l’aggiudicazione del contratto. In tal caso, la norma prevede che l’Amministrazione debba rimborsare al miglior offerente (rivalendosi sul promotore) le spese sostenute per la partecipazione alla gara che, comunque, non possono superare la soglia del 2,5% del valore dell’investimento, come si desume dal rinvio al precedente comma 9 dell’art. 153.

Qualora, poi, il promotore non adegui nei termini la propria offerta a quella del miglior offerente, il contratto verrà aggiudicato al miglior

offerente individuato nella gara precedente ed al promotore saranno rimborsati, a spese dell'aggiudicatario, i costi sostenuti per la predisposizione dell'offerta, sempre nei limiti di cui al comma 9.

Rispetto alla disciplina previgente delineata dalla *Merloni-ter*, la gara diretta alla scelta del promotore e del progetto preliminare non è informale, ma è strutturata sul modello della gara che, nell'ambito della procedura "ordinaria" senza diritto di prelazione, avrebbe individuato il promotore in via definitiva. Il problema, pertanto, investe il *quantum* delle modifiche al progetto preliminare inizialmente prescelto: in particolare, nella finanza di progetto "ordinaria" senza diritto di prelazione, è l'amministrazione aggiudicatrice ad individuare le modifiche "migliorative" al progetto preliminare; modifiche che, se non accettate dal promotore originario, permetteranno lo scorrimento della graduatoria, con conseguente imposizione del progetto iniziale "migliorato" al concorrente successivo che si sia dichiarato disponibile all'accettazione. Nel modello "ordinario" con diritto di prelazione, in seguito all'approvazione del progetto preliminare del promotore originariamente prescelto attraverso la prima gara, l'Amministrazione indice una seconda gara, finalizzata all'individuazione di ulteriori promotori che presentino – sulla base del progetto preliminare prescelto e posto a base di gara – un'offerta tecnicamente ed economicamente più vantaggiosa. Pertanto, mentre nel primo caso le modifiche al progetto preliminare vengono autoritativamente ed unilateralmente individuate dall'amministrazione aggiudicatrice, nel

secondo, invece, sono identificate direttamente dai concorrenti partecipanti alla seconda gara. Ciò ha indotto la dottrina a ritenere che «nella prima ipotesi si può pensare che i miglioramenti siano più direttamente ispirati a ragioni di interesse pubblico, mentre nella seconda l'interesse pubblico è mediato dalle scelte imprenditoriali del concorrente privato»⁹⁷. La differenza tra le due procedure sta anche nella diversa entità delle modifiche che è possibile apportare al progetto preliminare, potendo l'amministrazione aggiudicatrice individuare esclusivamente “modifiche progettuali” (e quindi, tecniche) al progetto originario, nel primo modello, ed, al contrario, nel secondo, potendo tali modifiche estendersi anche ai profili economici dell'offerta iniziale.

3.1.3. La finanza di progetto “propedeutica”: il modello “sollecitatorio”.

Oltre al modello “ordinario” di finanza di progetto, il Codice dei contratti pubblici prevede due ulteriori procedure⁹⁸ che presentano

⁹⁷ N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit. 600, il quale precisa altresì che tali considerazioni rendono certamente più chiara la ragione della scelta tra le due procedure. «Qualora l'amministrazione si senta più sicura, più capace di poter individuare direttamente le modifiche necessarie per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico (evitando nel contempo di sopprimere l'interesse privato degli aspiranti concessionari), si avvarrà della procedura ad unica fase, non solo più rapida, ma anche più duttile. Qualora l'amministrazione non creda invece di poter intervenire in modo efficiente, lascerà che siano altri privati ad individuare offerte migliorative da sottoporre all'accettazione (espressione del diritto di prelazione) del concessionario».

⁹⁸ Su tali procedure, B. RAGANELLI, *L'iniziativa privata in caso di “inerzia” della pubblica amministrazione*, in G. F. CARTEI, M. RICCHI, *op. cit.*, 287 ss.

aspetti diversi e peculiari sia sotto il profilo del ruolo assunto dal promotore, sia sotto quello degli effetti dalle stesse derivanti. Si tratta della finanza di progetto “propedeutica”, articolata nei modelli “sollecitatorio” e “propositivo” accomunate dal fatto di essere collegate a forme (diverse) di “inerzia” della Pubblica Amministrazione. Il modello “sollecitatorio”, disciplinato dall’art. 153, commi 16, 17 e 18, interviene nel caso di mancata pubblicazione del bando, entro il termine di sei mesi dall’approvazione dell’elenco annuale, per singoli lavori inseriti nell’ambito della programmazione amministrativa. Il secondo, invece, disciplinato dall’art. 153, commi 19 e 20, «*si colloca a monte della stessa fase di programmazione e riguarda la previsione della possibilità per i privati di presentare, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione della pubblica amministrazione*»⁹⁹.

Quanto al modello “sollecitatorio”, si prevede la possibilità per gli aspiranti promotori di presentare offerte per lavori inseriti nella programmazione pubblica indipendentemente dalla pubblicazione di un bando. Quindi, l’“inerzia” dell’Amministrazione si colloca in una fase successiva a quella della programmazione, riguardando la mancata pubblicazione di un bando per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità già inserite negli strumenti di programmazione.

⁹⁹ Su tali procedure, B. RAGANELLI, *L’iniziativa privata in caso di “inerzia della pubblica amministrazione*, cit., 287.

In particolare, qualora l'Amministrazione, entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale dei lavori pubblici, non provveda a pubblicare un bando per l'esecuzione di un'opera inserita nella stessa, i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal Regolamento per il concessionario¹⁰⁰ possono presentare, entro i successivi quattro mesi, una proposta avente il contenuto dell'offerta di cui all'art. 153, comma 9 (progetto preliminare, bozza di convenzione, piano economico-finanziario asseverato da una banca e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione), comprensiva, quindi, della documentazione e delle cauzioni necessarie. Entro i sessanta giorni successivi, l'Amministrazione provvede – anche nel caso in cui sia stata presentata una sola proposta – a pubblicare un avviso secondo le modalità prescritte dagli artt. 66 o 122 (a seconda dell'importo dei lavori), contenente i criteri di valutazione delle proposte. Entro novanta giorni dalla pubblicazione, possono essere presentate sia proposte rielaborate alla luce dei criteri specificamente individuati dall'amministrazione aggiudicatrice, sia nuove proposte, che devono essere da quest'ultima valutate entro i successivi sei mesi (art. 153, comma 6).

In seguito alla verifica (necessaria e preliminare) del possesso dei requisiti richiesti dalla legge da parte degli aspiranti promotori, l'amministrazione aggiudicatrice procede all'individuazione della proposta ritenuta di pubblico interesse ed alla scelta di una delle

¹⁰⁰ D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (*Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»*), in www.normattiva.it.

procedure alternative individuate dalla norma. Nel caso in cui il progetto necessiti di modifiche e sussistono le condizioni per il ricorso al dialogo competitivo *ex art. 58*, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, l'Amministrazione indice tale procedura, ponendo alla base della stessa il progetto preliminare e la proposta (art. 153, comma 16, lett. *a*). Se, invece, il progetto preliminare non necessita di modifiche, lo approva e, alternativamente:

- indice una procedura per l'aggiudicazione di una concessione *ex art. 143*, ponendo il progetto a base di gara ed invitando alla stessa il promotore;

- procede attraverso il modello "ordinario" di finanza di progetto, con procedura a due fasi e diritto di prelazione del promotore inizialmente prescelto (art. 153, comma 16, lett. *b*), che rinvia al comma 15, lettere *c*), *d*), *e*) ed *f*).

A tali procedure concorsuali si applica il sistema di cauzioni previsto dall'art. 153, comma 13: se il promotore prescelto non partecipa a tali procedure, l'amministrazione aggiudicatrice incamera la garanzia di cui all'art. 75¹⁰¹ del Codice dei contratti pubblici. (art.

¹⁰¹ L'art. 75 (*Garanzie a corredo dell'offerta*), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, stabilisce che: "1. *L'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2 per cento del prezzo base.* 2. *La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.* 3. *La fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta*

153, comma 17). Se, al contrario, il promotore partecipa al dialogo competitivo, ma non risulta aggiudicatario, ha diritto al rimborso delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte nel limite del 2,5% del valore complessivo dell'investimento. Se, infine, partecipa alla gara per l'aggiudicazione della concessione o alla procedura "ordinaria" con diritto di prelazione, ma non risulta aggiudicatario, si applicano le disposizioni di cui all'art. 153, comma 15, lett. e)¹⁰² ed f)¹⁰³.

nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58.4. La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. 5. La garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta. Il bando o l'invito possono richiedere una garanzia con termine di validità maggiore o minore, in relazione alla durata presumibile del procedimento, e possono altresì prescrivere che l'offerta sia corredata dall'impegno del garante a rinnovare la garanzia, per la durata indicata nel bando, nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione, su richiesta della stazione appaltante nel corso della procedura. 6. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. 7. L'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Per fruire di tale beneficio, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. 8. L'offerta è altresì corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario. 9. La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia di cui al comma 1, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia".

¹⁰² L'art. 153, comma 15, lett. e), prevede testualmente che: "ove siano state presentate una o più offerte valutate economicamente più vantaggiose di quella del promotore posta a base di gara, quest'ultimo può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del miglior offerente, aggiudicandosi il contratto. In questo caso

Si è previsto, inoltre, che i proponenti originari, in presenza di proposte presentate congiuntamente da più soggetti, possano recedere, in ogni fase della procedura fino alla pubblicazione del bando, dalla composizione originaria, purché il recesso non comprometta la permanenza dei requisiti previsti per la qualificazione. In ogni caso, la mancanza dei requisiti in capo a singoli soggetti non inficia la validità della proposta, ma comporta solamente l'esclusione dei soggetti medesimi, qualora, ovviamente, permangano i requisiti necessari per la qualificazione (art. 153, comma 21).

Parte della dottrina¹⁰⁴ rileva che *«l'aspetto più interessante della disciplina della finanza di progetto propedeutica, nel suo modello "sollecitatorio" è rappresentato ancora una volta dall'aspetto procedurale. Il soggetto che fa "ripartire" il procedimento, interrotto di fatto dalla mancata pubblicazione del bando, non solo non gode di*

l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al miglior offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo».

¹⁰³ L'art. 153, comma 15, lett. f), stabilisce, invece, che: *“ove il promotore non adegui nel termine indicato dalla precedente lettera e) la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo è aggiudicatario del contratto e l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, le spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo. Qualora le amministrazioni non si avvalgano delle disposizioni del presente comma, non si applicano il comma 10, lettere d) ed e), il comma 11 e il comma 12, ferma restando l'applicazione degli altri commi che precedono”.*

¹⁰⁴ N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., 604-605, il quale rileva altresì che: *«la scelta del progetto è effettuata in un momento successivo, a seguito della pubblicazione di un avviso da parte dell'amministrazione, a cui possono partecipare soggetti che avessero presentato una proposta "sollecitatoria" (eventualmente rielaborandola sulla base delle prescrizioni dell'avviso), o anche altri soggetti, che presentino nuove proposte. Il vantaggio per chi abbia presentato una proposta può essere "di fatto", potendo la proposta condizionare il contenuto dell'avviso, ma pubblicato quest'ultimo non vi sono posizioni di vantaggio riconosciute giuridicamente».*

diritti di prelazione, ma neanche di canali preferenziali nella fase di scelta del progetto preliminare e quindi nella qualifica di promotore per le successive fasi. In pratica, da un punto di vista strettamente giuridico, il privato che presenti una proposta si limita a riattivare la procedura, sollecitando l'amministrazione a compiere il proprio dovere».

Tale procedura non è, tuttavia, esente da incongruenze che si manifestano, soprattutto, nella disomogeneità dei procedimenti con cui si individuano il promotore e l'aggiudicazione della concessione: infatti, accanto alla concessione di lavori pubblici ed al modello "ordinario" di finanza di progetto (con diritto di prelazione) compare il dialogo competitivo, previsto dall'art. 58 del Codice dei contratti pubblici e costituente (non un modulo di partenariato pubblico-privato, bensì) uno strumento di contrattazione alternativo rispetto a procedure aperte e ristrette. Non è questa la sede per analizzare la disciplina del dialogo competitivo. Occorre, piuttosto, evidenziare come quest'ultimo non nasca per facilitare l'adozione di modifiche a progetti preliminari inizialmente presentati, ma per una particolare complessità dell'appalto, ovvero per consentire all'amministrazione aggiudicatrice di affidare appalti di particolare complessità quando non sia possibile procedere attraverso le altre procedure. Come evidenzia parte della dottrina¹⁰⁵ «sarebbe stato più razionale consentire espressamente un'utilizzazione originaria, "voluta", del dialogo competitivo anche in caso di concessione di lavori e finanza

¹⁰⁵ N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., 607.

di progetto ordinaria, piuttosto che consentirla in modo eventuale (in quanto il privato assuma un ruolo sollecitatorio) ed alternativo rispetto a procedure aperte o ristrette, ma, almeno formalmente, a sistemi di realizzazione di opere».

3.1.4. La finanza di progetto “propedeutica”: il modello “propositivo”.

Il modello “propositivo” di finanza di progetto “propedeutica” rappresenta, senza dubbio, la procedura che meglio enfatizza il ruolo (“propositivo”, per l’appunto) dell’aspirante promotore in caso di “inerzia” dell’amministrazione aggiudicatrice nell’attività di programmazione annuale e triennale dei lavori pubblici. In particolare, i soggetti in possesso dei requisiti previsti *ex lege* possono presentare proposte, corredate di relativi studi di fattibilità, per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale e/o annuale, né in altri strumenti di programmazione approvati dall’amministrazione aggiudicatrice (ad esempio, un accordo di programma). Quest’ultima ha l’obbligo di valutare le proposte entro sei mesi dalla presentazione, ed in caso di esito positivo può adottare, nell’ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità cui sia riconosciuto pubblico interesse, applicando le disposizioni dell’art. 153 del Codice dei contratti pubblici.

La presentazione dello studio di fattibilità non comporta, tuttavia, né corrispettivi per le prestazioni effettuate dal proponente o per le spese da questi sostenute, né diritti assoluti o di prelazione in capo allo stesso, relativi alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi connessi (art. 153, comma 19).

Le proposte possono essere presentate, oltre che dai soggetti in possesso dei requisiti previsti dal Regolamento dei concessionari (art. 153, comma 19, che rinvia al comma 8), anche da soggetti che siano dotati di idonei requisiti, da specificarsi nel Regolamento, di carattere tecnico, organizzativo, finanziario e gestionale, e da soggetti di cui agli artt. 34¹⁰⁶ e 90, lett. b)¹⁰⁷ del Codice dei contratti pubblici, che

¹⁰⁶ A norma dell'art. 34 (*Soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, "1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443; c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36; d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; e-bis) le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33; si applicano le disposizioni dell'articolo 37; f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37. f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi".

¹⁰⁷ L'art. 90 (*Progettazione interna ed esterna alle amministrazioni aggiudicatrici in materia di lavori pubblici*), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dispone che: "1. Le prestazioni relative alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla formazione del programma triennale dei lavori pubblici sono espletate: a) dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti; b) dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende unità sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire con le modalità di cui agli articoli 30, 31 e 32 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267; c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge; d) da liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa; e) dalle società di professionisti; f) dalle società di ingegneria; f-bis) da prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi; g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e), f), f-bis) e h) ai quali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 37 in quanto compatibili; h) da consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'articolo 36. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o nel decennio precedente è incrementato secondo quanto stabilito dall'articolo 36, comma 6, della presente legge; ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria si applicano altresì le disposizioni di cui all'articolo 36, commi 4 e 5 e di cui all'articolo 253, comma 8. 2. Si intendono per: a) società di professionisti le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale. I soci delle società agli effetti previdenziali sono assimilati ai professionisti che svolgono l'attività in forma associata ai sensi dell'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1815. Ai corrispettivi delle società si applica il contributo integrativo previsto dalle norme che disciplinano le rispettive Casse di previdenza di categoria cui ciascun firmatario del progetto fa riferimento in forza della iscrizione obbligatoria al relativo albo professionale. Detto contributo dovrà essere versato pro quota alle rispettive Casse secondo gli ordinamenti statutari e i regolamenti vigenti; b) società di ingegneria le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società

cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti di cui alla lettera a), che eseguono studi di fattibilità, ricerche consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale. Ai corrispettivi relativi alle predette attività professionali si applica il contributo integrativo qualora previsto dalle norme legislative che regolano la Cassa di previdenza di categoria cui ciascun firmatario del progetto fa riferimento in forza della iscrizione obbligatoria al relativo albo professionale. Detto contributo dovrà essere versato pro quota alle rispettive Casse secondo gli ordinamenti statutari e i regolamenti vigenti. 3. Il regolamento stabilisce i requisiti organizzativi e tecnici che devono possedere le società di cui al comma 2 del presente articolo. 4. I progetti redatti dai soggetti di cui al comma 1, lettere a), b) e c), sono firmati da dipendenti delle amministrazioni abilitati all'esercizio della professione. I pubblici dipendenti che abbiano un rapporto di lavoro a tempo parziale non possono espletare, nell'ambito territoriale dell'ufficio di appartenenza, incarichi professionali per conto di pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, se non conseguenti ai rapporti d'impiego. 5. Il regolamento definisce i limiti e le modalità per la stipulazione per intero, a carico delle stazioni appaltanti, di polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale a favore dei dipendenti incaricati della progettazione. Nel caso di affidamento della progettazione a soggetti esterni, la stipulazione è a carico dei soggetti stessi. 6. Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare la redazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, nonché lo svolgimento di attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione, ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f), f-bis), g) e h), in caso di carenza in organico di personale tecnico, ovvero di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione dei lavori o di svolgere le funzioni di istituto, ovvero in caso di lavori di speciale complessità o di rilevanza architettonica o ambientale o in caso di necessità di predisporre progetti integrali, così come definiti dal regolamento, che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze, casi che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento. 7. Indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto affidatario dell'incarico di cui al comma 6, lo stesso deve essere espletato da professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, personalmente responsabili e nominativamente indicati già in sede di presentazione dell'offerta, con la specificazione delle rispettive qualificazioni professionali. Deve inoltre essere indicata, sempre nell'offerta, la persona fisica incaricata dell'integrazione tra le varie prestazioni specialistiche. Il regolamento definisce le modalità per promuovere la presenza anche di giovani professionisti nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione, concorsi di idee. All'atto dell'affidamento dell'incarico deve essere dimostrata la regolarità contributiva del soggetto affidatario. 8. Gli affidatari di incarichi di progettazione non possono partecipare agli appalti o alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione; ai medesimi appalti, concessioni di lavori pubblici, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti,

possono essere associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. Anche le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito dei propri scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico, possono presentare studi di fattibilità, oppure, nel rispetto della propria autonomia decisionale, possono aggregarsi alla presentazione di proposte effettuate da altri soggetti. In forza del richiamo all'art. 1, comma 1, lett. *c-bis*), D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153¹⁰⁸, la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra, infine, tra i "settori ammessi" che possono essere oggetto dell'attività delle fondazioni (art. 153, comma 20). Analogamente a quanto previsto per il modello "sollecitatorio" di finanza di progetto "propedeutica", anche nella procedura "propositiva" si consente che, in caso di proposte presentate congiuntamente, uno o anche più soggetti proponenti possano recedere, qualora non sia compromessa la permanenza dei requisiti per la qualificazione e fatta salva, nel caso di mancanza dei requisiti in capo a singoli soggetti (determinante l'esclusione di questi ultimi), la validità della proposta se i restanti componenti posseggano i requisiti necessari per la qualificazione (art. 153, comma 21).

Una delle principali questioni problematiche poste da questo tipo di procedura riguarda la possibilità per l'amministrazione aggiudicatrice di revocare la dichiarazione di pubblico interesse

nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti".

¹⁰⁸ D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153 (*Disciplina civilistica e fiscale degli enti conferenti di cui all'art. 11, comma 1, d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356, e disciplina fiscale delle operazioni di ristrutturazione bancaria, a norma dell'art. 1, legge 23 dicembre 1998, n. 461*).

attribuita alla proposta dell'aspirante promotore. La giurisprudenza¹⁰⁹ è concorde nel riconoscere tale potere al soggetto pubblico a patto, tuttavia, che la revoca sia sorretta da un'adeguata motivazione. È innegabile, inoltre, che il promotore, una volta che sia riconosciuto il pubblico interesse e la fattibilità dell'opera, risulta titolare di una situazione giuridica qualificata¹¹⁰, tutelabile con gli ordinari rimedi esperibili dinnanzi al giudice amministrativo contro le attività illegittime della Pubblica Amministrazione.

¹⁰⁹ Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365, in www.lexitalia.it, secondo cui «l'amministrazione è titolare del potere riconosciuto dall'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990, di revocare, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, un proprio precedente provvedimento amministrativo quando ciò avvenga prima del consolidarsi delle posizioni delle parti»; in tal senso, Cons. Stato, sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. III, 24 maggio 2013, n. 2838, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2013, n. 2418, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹¹⁰ Sulla questione che solo l'atto di scelta del promotore è idoneo a determinare una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto, Cons. Stato, sez. III, 20 marzo 2014, n. 1365, cit. In particolare, secondo il Collegio, nel caso in cui alcune imprese pubbliche abbiano presentato un progetto per un'opera pubblica da finanziare mediante *project financing*, assumendosi il rischio che esso non venga giudicato conforme all'interesse pubblico, deve considerarsi insito nella posizione del promotore (o, meglio, nell'aspirante a tale qualificazione) il rischio economico della redazione e mancata realizzazione del progetto presentato, nella misura in cui esso è assoggettato al potere di verifica di fattibilità dell'Amministrazione, con conseguente, concreta possibilità di abbandono di qualsiasi ipotesi di esecuzione dell'intervento. Onde, in tal caso il soggetto pubblico non può essere condannato a risarcire il danno nemmeno per responsabilità precontrattuale, atteso che nessuna violazione del dovere di correttezza negoziale è dato ravvisare nel comportamento dell'Amministrazione nell'ipotesi in cui non abbia dato luogo al benché minimo affidamento sul consolidamento di una posizione precontrattuale riconducibile a quella tipica del promotore.

3.2. Segue. L'evoluzione legislativa dell'istituto a seguito del D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. *Decreto Sviluppo*), del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. *Decreto "Cresci Italia"*), del D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 (c.d. *Decreto "Semplifica Italia"*), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 e del D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. *Decreto del "Fare"*).

La disciplina della finanza di progetto ha subito diverse modifiche legislative in un lasso di tempo relativamente breve: la *ratio* dei vari interventi di riforma va senz'altro ricercata nel tentativo di consentire un incremento del ricorso a tale procedura da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, soprattutto in una fase di congiuntura economica non particolarmente favorevole per lo Stato italiano. L'apporto di capitali privati per la realizzazione di opere e lavori di pubblico interesse deve senza dubbio considerarsi una delle modalità più efficaci – come si è visto – per evitare la crescita esponenziale del debito pubblico. Inoltre, l'attribuzione al privato di un ruolo attivo addirittura nella fase prodromica a quella di programmazione pubblica in senso stretto, rappresenta uno strumento volto a combattere le inefficienze del settore pubblico. Proprio il modello "propedeutico" di finanza di progetto, nella variante "propositiva", ha costituito l'oggetto dell'intervento di riforma realizzato con d.l. 13 maggio

2011, n. 70 (c.d. *Decreto Sviluppo*)¹¹¹, convertito, con modifiche, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

Innanzitutto, la novità più rilevante è costituita dalla nuova disciplina in materia di iniziativa privata nell'ipotesi in cui l'opera pubblica o di pubblica utilità non sia stata neanche inserita nella programmazione triennale. Inoltre, risulta notevolmente ampliato il novero dei soggetti legittimati ad asseverare i piani economico-finanziari da allegare all'offerta ed è stata altresì modificata la disciplina della progettazione delle opere strategiche.

In particolare, l'art. 153, comma 19 del Codice dei contratti pubblici, modificato dall'art. 4, comma 2, lett. q), d.l. n. 70/2011, stabilisce che: *“Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità, incluse le strutture dedicate alla nautica da diporto, non presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente”*. Nella formulazione precedente, invece, si stabiliva che: *“I soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, nonché i soggetti di cui al comma 20 possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128*

¹¹¹ D.l. 13 maggio 2011, n. 70 (*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*), convertito, con modifiche, dalla l. 12 luglio 2011, n. 106.

ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente". Quindi, dall'esame congiunto delle due norme emerge *ictu oculi* che nella nuova disciplina scompare il riferimento alla necessaria predisposizione, da parte del privato, di uno studio di fattibilità quale documento attraverso cui far prevenire la propria proposta all'amministrazione aggiudicatrice. Ciò appare confermato anche dall'eliminazione – operata sempre dal c.d. *Decreto Sviluppo* – di quella parte della norma che sanciva l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di valutare, entro sei mesi, le proposte presentate dai privati e di adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse. La nuova formulazione della norma si focalizza, subito, sul contenuto della proposta del privato, la quale deve essere costituita *“dal progetto preliminare, da una bozza di convenzione, dal piano economico-finanziario asseverato da una banca e dalla specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione”*. Si specifica altresì che *“nel piano economico-finanziario deve essere compreso l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile”*. Infine, si stabilisce che la proposta deve essere corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 21, dalla cauzione di cui all'art. 75, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione della gara.

Al fine di garantire una maggiore velocità della procedura, si è altresì previsto che le amministrazioni aggiudicatrici devono valutare il pubblico interesse delle proposte presentate dagli aspiranti promotori entro un termine di tre mesi (e non più di sei mesi). Proposta che, se valutata positivamente, potrà – come previsto anche nella previgente disciplina – condurre all’inserimento del progetto preliminare nella programmazione triennale di cui all’art. 128, ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall’amministrazione aggiudicatrice, in base alla normativa vigente.

Il nuovo art. 153, comma 19 non reca più la specificazione che l’adozione dello studio di fattibilità non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute; al contrario si stabilisce che *“il progetto preliminare approvato è posto a base di gara per l’affidamento di una concessione, alla quale è invitato il proponente, che assume, da questo momento, la denominazione di promotore”*. Viene prevista, inoltre, la possibilità per l’Amministrazione di richiedere modifiche al progetto. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell’aggiudicazione definitiva, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario *“se dichiara di adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall’aggiudicatario”*. Se non esercita tale diritto, potrà ottenere la ripetizione, a carico dell’aggiudicatario, delle spese sostenute per la predisposizione della proposta sempre nei limiti del comma 9.

Viene introdotto il comma 19-bis all'art. 153, il quale dispone che *“La proposta di cui al comma 19, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'articolo 160-bis”*. Parte della dottrina¹¹² ritiene che *«data la natura di contratto di finanziamento della locazione finanziaria, anche tale previsione, a ben vedere, può essere ritenuta un modo per “rilanciare” il project financing: infatti, essa si presenta come un'alternativa, in parallelo, alla tradizionale figura della concessione – che, fino ad oggi, è stata lo “sbocco” fisiologico di un'operazione di project financing – consentendo, in teoria, all'Amministrazione, anche il riscatto del bene costruito. In tale operazione di finanza, il capitale che finanzia l'opera pubblica dipende dalla costruzione dell'opera stessa in un unico procedimento ad evidenza pubblica; la Pubblica Amministrazione, dunque, da un lato, ha un rapporto operativo diretto con i fornitori dell'opera e dei servizi di assistenza e manutenzione; dall'altro, ha un unico interlocutore responsabile, col quale inizierà la corresponsione dei canoni solo ad opera completa ed approvata. Ovviamente, anche il leasing in costruendo assicura una serie di vantaggi alla Pubblica Amministrazione, tra cui, indubbiamente, quello di attribuzione dei rischi di costruzione a terzi; ma anche quello di non avere la responsabilità del controllo dei risultati durante l'esecuzione dell'opera, che, invece, grava sul contraente che sarà responsabile anche di eventuali rischi connessi ad inadempimenti in corso d'opera»*.

¹¹² B. N. ROMANO, *Il project financing nell'ordinamento italiano. Origini, evoluzione e problematiche*, Napoli, 2012, 122-123.

La finanza di progetto è stata successivamente modificata dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1¹¹³ (c.d. *Decreto “Cresci Italia”*), convertito, con modificazioni, nella l. 24 marzo 2012, n. 27. In particolare, oltre alla semplificazione del meccanismo del *project bond*, riguardante le società di progetto, si segnala, innanzitutto, l’introduzione della disciplina che prevede la possibilità di utilizzare la finanza di progetto per la costruzione di nuovi istituti penitenziari: in tal caso, la concessione è sottoposta ad un limite di durata temporale di 20 anni e, tra i soggetti coinvolti, figurano le fondazioni bancarie o altri enti pubblici o con fini non lucrativi per almeno il 20% dei costi d’investimento (art. 43, d.l. n. 1/2012).

Quanto alle modifiche apportate specificamente all’art. 153, si segnalano alcuni riferimenti alle attività portuali, che possono essere realizzate mediante finanza di progetto. In particolare, nell’ambito della normativa cui l’amministrazione aggiudicatrice deve riferirsi per approvare gli strumenti di programmazione di cui al comma 1 della norma *de qua*, vengono aggiunti anche i Piani dei porti. Inoltre, al comma 5 viene introdotta la previsione secondo cui l’esame e la valutazione delle proposte relative alle strutture dedicate alla nautica da diporto debbano essere effettuate anche con riferimento “*alla maggiore idoneità dell’iniziativa prescelta a soddisfare in via combinata gli interessi pubblici alla valorizzazione turistica ed economica dell’area interessata, alla tutela del paesaggio e*

¹¹³ D.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27.

dell'ambiente e alla sicurezza della navigazione". La novellata versione del comma 9 prevede, inoltre, che *"nel caso di strutture destinate alla nautica da diporto, il progetto preliminare deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori ed il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire [...] oltre ad uno studio con la descrizione del progetto ed i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente [...]"*. Al comma 11 si aggiunge la previsione che include le *"strutture dedicate alla nautica da diporto"* tra quelle realizzabili mediante concessione e per le quali gli operatori economici possono presentare proposte alle amministrazioni aggiudicatrici. In tal caso, il progetto preliminare *"deve definire le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori ed il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire, deve contenere uno studio con la descrizione del progetto ed i dati necessari per individuare e valutare i principali effetti che il progetto può avere sull'ambiente [...]"*.

In generale, vengono apportate anche alcune modifiche alla disciplina del promotore per le infrastrutture strategiche¹¹⁴: a questi, infatti, viene concesso un diritto di prelazione anche rispetto alla realizzazione delle infrastrutture strategiche, in seguito alla presentazione di proposte da parte di soggetti qualificati anche per interventi non inseriti nella lista predisposta dal Ministero delle Infrastrutture relativa agli interventi da realizzare con capitali privati.

¹¹⁴ L'art. 42, d.l. n. 70/2011 ha modificato l'art. 175 del Codice dei contratti pubblici, relativo alle opere d'interesse strategico.

Il riconoscimento di un diritto di prelazione al promotore trova la *ratio* giustificatrice nell'esigenza di bilanciare l'onere che questi si assume partecipando alla relativa gara. Tale diritto deve, tuttavia essere menzionato nel bando di gara e si esercita nella fase in cui l'amministrazione aggiudicatrice chiede al proponente di apportare modifiche al progetto: nel caso di accettazione, quest'ultimo diventa a tutti gli effetti promotore e la sua proposta viene messa in gara mediante la procedura di cui all'art. 177 del Codice dei contratti pubblici.

Inoltre, una delle principali innovazioni riguarda l'introduzione del *contratto di disponibilità*. Innanzitutto, tale istituto compare nella rubrica del Capo III del Titolo III del Codice dei contratti pubblici, accanto alla figura del promotore finanziario ed alle società di progetto. In secondo luogo, figura altresì tra i contratti di partenariato pubblico-privato di cui all'art. 3, comma 15-ter, dove viene definito come "*contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo*". La norma, inoltre, precisa che "*s'intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti*".

Il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (c.d. *Decreto “Semplifica Italia”*), convertito, con modificazioni, nella l. 4 aprile 2012, n. 32 ha, inoltre, esteso l’operatività della finanza di progetto all’edilizia scolastica, prevedendo, all’art. 53, che al fine di *“garantire su tutto il territorio nazionale l’ammodernamento e la razionalizzazione del patrimonio immobiliare scolastico, anche in modo da conseguire una riduzione strutturale delle spese correnti di funzionamento, il CIPE, su proposta del Ministro dell’istruzione, dell’università e della ricerca e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze e con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, previa intesa in sede di Conferenza unificata [...] approva un Piano nazionale di edilizia scolastica, sulla base delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province e dai comuni [...] che preveda anche la messa in sicurezza degli edifici, e la realizzazione di nuovi edifici scolastici, in un’ottica di razionalizzazione e contenimento delle spese correnti di funzionamento, anche utilizzando i risparmi derivanti dalla migliore efficienza energetica dei nuovi edifici [...] favorendo il coinvolgimento di capitali pubblici e privati anche attraverso [...] la promozione di contratti di far tenere alto pubblico privato, come definiti dall’articolo 3, comma 15 ter, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni”*.

Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83¹¹⁵, convertito, con modificazioni, nella l. 7 agosto 2012, n. 134, provvede ad integrare la disciplina dei *project bond* ed a disciplinare la *defiscalizzazione*¹¹⁶ delle infrastrutture come forma alternativa al contributo pubblico sia per le infrastrutture stradali e autostradali, che per qualsiasi nuova infrastruttura da realizzarsi mediante finanza di progetto, purché prevista nei programmi pubblici. Inoltre, l'art. 3 (*Conferenza di servizi preliminare e requisiti per la predisposizione degli studi di fattibilità nella finanza di progetto*) modifica l'art. 14-bis, comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, introducendo un comma 1-bis, stabilendo un obbligo di indicazione di tale conferenza nell'ambito delle procedure di cui all'art. 153 del Codice dei contratti pubblici e prevedendo che la stessa si esprima o sulla base dello studio di fattibilità o sul progetto preliminare a seconda di quale venga posto a base di gara. Si precisa, inoltre, che *“le indicazioni fornite in sede di conferenza possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nelle fasi successive del procedimento”* e che lo studio di fattibilità da porre a base di gara deve essere redatto *“dal personale delle amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzione delle diverse professionalità coinvolte nell'approccio*

¹¹⁵ D.l. 22 giugno 2012, n. 83 (*Misure urgenti per la crescita del Paese*), convertito, con modificazioni, nella l. 7 agosto 2012, n. 134

¹¹⁶ B. N. ROMANO, *op. cit.*, 131-132. L'art. 2, d.l. n. 83/2012, prevede, infatti, tale *defiscalizzazione* al fine di *“favorire la realizzazione di nuove infrastrutture, previste in piani e programmi di amministrazioni pubbliche, da realizzarsi con contratti di partenariato pubblico privato [...] riducendo ovvero azzerando il contributo pubblico a fondo perduto, in modo da assicurare la sostenibilità economica dell'operazione di partenariato pubblico privato tenuto conto delle condizioni di mercato”*.

multidisciplinare proprio dello studio di fattibilità” e, nel caso di carenza di organico, da personale adeguatamente qualificato o da soggetti esterni individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, con oneri compresi nel quadro economico del progetto.

Infine, il recentissimo d.l. 21 giugno 2013, n. 69¹¹⁷ (c.d. Decreto “del Fare”), convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 98, ha ulteriormente modificato l’art. 153, mediante l’introduzione del comma 21-bis. Tale norma prevede che *“al fine di assicurare adeguati livelli di bancabilità e il coinvolgimento del sistema bancario nell’operazione, si applicano in quanto compatibili le disposizioni contenute all’articolo 144, commi 3-bis, 3-ter e 3-quater”*. In particolare, l’art. 144 (relativo alle concessioni), comma 3-bis stabilisce che *“per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta, nel bando può essere previsto che l’amministrazione aggiudicatrice possa indire, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte, una consultazione preliminare con gli operatori economici invitati a presentare le offerte, al fine di verificare l’insussistenza di criticità del progetto posto a base di gara sotto il profilo della finanziabilità, e possa provvedere, a seguito della consultazione, ad adeguare gli atti di gara aggiornando il termine di presentazione delle offerte, che non può essere inferiore a trenta giorni decorrenti dalla relativa comunicazione agli interessati. Non può essere oggetto di consultazione l’importo delle misure di defiscalizzazione di cui all’articolo 18 della legge 12 novembre 2011,*

¹¹⁷ D.l. 21 giugno 2013, n. 69 (*Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia*), convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 98.

n. 183, e all'articolo 33 del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nonché l'importo dei contributi pubblici, ove previsti". Il comma 3-ter prevede, invece, che "il bando può prevedere che l'offerta sia corredata dalla dichiarazione sottoscritta da uno o più istituti finanziatori di manifestazione di interesse a finanziare l'operazione, anche in considerazione dei contenuti dello schema di contratto e del piano economico-finanziario". Infine, a norma del comma 3-quater, "L'amministrazione aggiudicatrice prevede nel bando di gara che il contratto di concessione stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancata sottoscrizione del contratto di finanziamento o in mancanza della sottoscrizione o del collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 157, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo. Resta salva la facoltà del concessionario di reperire la liquidità necessaria alla realizzazione dell'investimento attraverso altre forme di finanziamento previste dalla normativa vigente, purché sottoscritte entro lo stesso termine. Nel caso di risoluzione del rapporto ai sensi del primo periodo, il concessionario non avrà diritto ad alcun rimborso delle spese sostenute, ivi incluse quelle relative alla progettazione definitiva. Il bando di gara può altresì prevedere che in caso di parziale finanziamento del progetto e comunque per uno stralcio tecnicamente ed economicamente funzionale, il contratto di

concessione rimanga valido limitatamente alla parte che regola la realizzazione e gestione del medesimo stralcio funzionale”.

4. Le società di progetto quale modello peculiare di *project financing*.

Una delle principali figure coinvolte nella finanza di progetto, insieme al promotore, alla Pubblica Amministrazione e al finanziatore, è la società di progetto, prevista dalla legge Merloni come sostituita dal Codice dei contratti pubblici¹¹⁸. Si tratta di una impresa autonoma rispetto ai soggetti promotori ed è costituita appositamente, seguendo una procedura di evidenza pubblica, per la gestione della specifica operazione di *project financing*, ossia per la costruzione e/o gestione di una infrastruttura o di un servizio di pubblica utilità.

La società di progetto può essere costituita dal soggetto aggiudicatario a seguito dell'affidamento della concessione¹¹⁹ e può assumere alternativamente la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, ai sensi dell'art. 156 del d.lgs. 163/2006. Detta società diventa concessionaria a titolo originario¹²⁰, subentrando all'aggiudicatario nel rapporto di

¹¹⁸ A cui fanno riferimento le norme di cui agli articoli 156 e 157 del Codice dei contratti pubblici.

¹¹⁹ Dopo l'individuazione del concessionario, concessione di lavori pubblici e finanza di progetto condividono la stessa disciplina relativamente alla società di progetto.

¹²⁰ La norma precisa che il subentro non costituisce cessione di contratto, pur risultando abbastanza difficile spiegare in termini giuridici un subentro a titolo originario, anche a supporre la configurabilità di un negozio a titolo abdicativo.

concessione¹²¹, in via diretta, non occorrendo una specifica approvazione o autorizzazione.

Diviene un soggetto distinto e separato da quello degli aggiudicatari operando la separazione dei flussi finanziari generati dal progetto rispetto a quelli dei promotori¹²². La società di progetto costituisce, dunque, il veicolo finanziario - *special purpose vehicle*, in acronimo S.P.V. - per la realizzazione dei lavori da eseguire o dei servizi da prestare. La *ratio* della previsione di una società di progetto deriva dall'esigenza, fortemente avvertita, di voler tutelare i soggetti finanziatori dell'intervento. In effetti, con un simile congegno si garantisce che le risorse dei soggetti finanziatori siano destinate precipuamente alla realizzazione del progetto piuttosto che ad altre finalità.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione della società di progetto, dal comma 1 dell'art. 156 del Codice dei contratti pubblici, si evince come lo stesso non sia limitato unicamente a concessioni di lavori pubblici e finanza di progetto, ma si estenda altresì alle concessioni di servizi di pubblica utilità¹²³.

Ai sensi del comma 2 dell'art. 156 del Codice, poi, lavori e servizi oggetto del contratto di concessione possono essere realizzati e

¹²¹ Il subentro non costituisce cessione del contratto; cfr. N. LUGARESI, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, cit., 610.

¹²² Una simile configurazione consente che in caso di fallimento del progetto, il finanziatore non potrà soddisfare il proprio credito sul patrimonio dell'attuatore. Anzi, in tal caso, la società di progetto continuerà ad esistere e a perseguire i propri fini. Sul punto, cfr. A. BARTOLINI, *Articolo 156. Le società di progetto*, in L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, 2013, 1745 ss., p. 1746.

¹²³ Estensione di rilievo se si considera che le concessioni di servizi, ad eccezione dell'art. 30, sono sottratte alla disciplina del Codice dei contratti e sottoposte alle regole del diritto comunitario.

prestati in proprio mediante affidamento diretto dalle società di progetto ai propri soci se in possesso dei requisiti previsti dalla normativa vigente, ferma restando tuttavia la validità delle disposizioni che impongono affidamenti ai soggetti terzi.

Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione permangono nella società e garantiscono l'adempimento degli obblighi del concessionario fino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Si produce così una limitazione della circolazione delle quote azionarie per gli altri soci, quali banche ed investitori istituzionali, che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione¹²⁴.

Le società di progetto possono emettere, previa autorizzazione dell'organo di vigilanza, obbligazioni, nominative od al portatore¹²⁵, anche in deroga ai limiti previsti dall'art. 2412 del c.c., in¹²⁶ quanto garantite da ipoteca, purché destinate alla sottoscrizione da parte degli investitori qualificati dotati, quindi, delle conoscenze necessarie a valutare "il grado di rischio del debito"¹²⁷. Il riferimento è al c.d. *project bond*, il cui fine è quello di facilitarne l'emissione e di

¹²⁴ Ai sensi del comma 3, art. 156, Codice dei contratti pubblici.

¹²⁵ Ai sensi dell'art. 157 del d.lgs. 163/2006, nel testo novellato dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), convertito, con modificazioni, nella legge 24 marzo 2012, n. 27.

¹²⁶ Ossia di importo complessivo non superiore al doppio del capitale sociale.

¹²⁷ Ai sensi del comma 2, dell'art. 157, del Codice dei contratti pubblici.

coinvolgere nel finanziamento delle opere pubbliche l'intero sistema finanziario, e non solo quello bancario¹²⁸.

La legge disciplina altresì la fine anticipata del rapporto di concessione in caso di risoluzione della concessione per inadempimento del concedente o di revoca per motivi di pubblico interesse. In tal caso, ai sensi del comma 1 dell'art. 158, al concessionario viene riconosciuto il diritto al rimborso del valore delle opere realizzate, al netto degli ammortamenti, e comunque dei costi effettivamente sostenuti, nonché un indennizzo per il mancato guadagno, corrispondente al dieci per cento del valore delle opere ancora non eseguite, o della parte del servizio ancora da gestire, valutato tenendo conto del piano economico-finanziario. Va soggiunto che i rimborsi restano indisponibili da parte del concessionario fino a completo e preliminare soddisfacimento dei crediti dei finanziatori, ex art. 158 comma 2. Infine, è previsto, dall'art. 158, comma 3 del Codice dei contratti pubblici, che il pagamento integrale dei rimborsi dal concedente al concessionario costituisca condizione di efficacia del provvedimento di revoca.

L'art. 159 prevede, ancora, che, nei casi di risoluzione del rapporto concessorio addebitabile al concessionario, gli enti finanziatori possono impedire lo scioglimento del contratto, previa accettazione dell'Amministrazione concedente, designando una società che subentri nella concessione al posto del concessionario, a condizione

¹²⁸ La cui disciplina ha trovato attuazione recentemente specie sotto il profilo del trattamento fiscale, nel d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (*Misure urgenti per la crescita del Paese*), convertito, con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134.

che abbia caratteristiche tecniche e finanziarie equivalenti a quelle possedute dal concessionario al momento dell'affidamento, e che l'inadempimento del concessionario cessi nei novanta giorni successivi.

L'art. 160, comma 1, contempla, infine, un privilegio generale – *ex art. 2745 c.c.* – sui beni mobili del concessionario in favore dei crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di servizi pubblici.

5. La tutela giurisdizionale sulle controversie relative al *project financing*.

5.1. I limiti della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui contratti delle Amministrazioni pubbliche e le controversie in materia di *project financing*.

Nonostante la finanza di progetto costituisca un'operazione finanziaria piuttosto complessa e scandita in fasi, legate da rapporti reciproci di connessione logico-giuridica, è pacifico¹²⁹

¹²⁹ M. LIPARI, *Il contenzioso*, in G. F. CARTEI, M. RICCHI, *op. cit.*, 489 ss., 490. In giurisprudenza, si veda T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 18 ottobre 2006, n. 3282, in www.giustizia-amministrativa.it, 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 questi ultimi, che si basa sulle comuni norme regolanti la concessione, «con la peculiare caratteristica secondo la quale il soggetto che sarà individuato come concessionario all'esito della procedura negoziale non può essere sottoposto a regole diverse a seconda della circostanza che si tratti del promotore o di uno dei soggetti selezionati a seguito della licitazione privata».

l'inquadramento dell'istituto nell'ambito delle procedure di affidamento di contratti pubblici, nel settore dei servizi, dei lavori e delle forniture. Per questo motivo, sebbene non vi siano norme espressamente dedicate alla disciplina processuale delle controversie in materia di finanza di progetto, dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto pienamente applicabili le regole relative al contenzioso sulle procedure di affidamento di contratti di appalto e di concessioni di lavori, servizi e forniture. Il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (*Codice del processo amministrativo*), all'art. 133, comma 1, lett. e), devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative.

In sostanza, tale norma ha avuto il merito di porre fine al lungo dibattito sulle sorti del contratto in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione¹³⁰, che ha interessato a lungo la giurisprudenza ordinaria ed amministrativa, devolvendo alla cognizione in sede esclusiva del giudice amministrativo anche il segmento successivo alla caducazione – giurisdizionale o in sede di autotutela – del

¹³⁰ M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2012, 406 ss., 446 ss.

provvedimento definitivo e individuando la sanzione nell'inefficacia del rapporto negoziale eventualmente nato nelle more.

Inoltre, il Codice del processo amministrativo ha previsto un rito speciale¹³¹ in materia di appalti pubblici, contrassegnato da termini e procedure parzialmente diverse rispetto a quelle previste nel rito ordinario.

Poste queste premesse, si tratterà, quindi, «*di adattare le regole previste in materia di tutela giurisdizionale e amministrativa, tenendo conto delle riscontrate peculiarità funzionali e strutturali delle operazioni di project finance, rilevanti sul piano strettamente operativo*»¹³². Anche la giurisprudenza¹³³ è concorde sul punto, affermando che la “posizione privilegiata” riconosciuta al promotore nell'ambito della finanza di progetto non può costituire una deroga alle regole dell'evidenza pubblica e che il relativo procedimento (di individuazione del promotore e di affidamento della concessione) deve essere considerato unico, nonostante sia formalmente suddiviso in due fasi.

¹³¹ Titolo V (*Riti abbreviati relativi a speciali controversie*), Libro Quarto (*Ottemperanza e riti speciali*), Codice del processo amministrativo.

¹³² M. LIPARI, *Il contenzioso*, cit., 490-491. L'A. nota altresì che sebbene «*non può sfuggire all'interprete l'alto grado di discrezionalità che compete al gestore del programma, nella valutazione della rispondenza della proposta al pubblico interesse, la procedimentalizzazione fissata nei due articoli in esame (art. 37 bis e 37 ter) appare di per sé sufficiente a configurare la soggezione al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, sulla base dei medesimi criteri e dei principi che, anche secondo i parametri di legittimità costituzionale messi a fuoco, dal giudice delle leggi, con la nota sentenza n. 204 del 2004, giustificano l'attribuzione della giurisdizione esclusiva al g.a. nella specifica materia, con estensione al procedimento prodromico allo svolgimento delle procedure di affidamento in senso stretto, quale è appunto l'individuazione del promotore, che costituirà una della parti della successiva procedura negoziata*».

¹³³ Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847, in www.giustizia-amministrativa.it.

5.2. Il contributo della giurisprudenza amministrativa: l'impugnabilità immediata del provvedimento di scelta del promotore.

Uno dei più importanti contributi giurisprudenziali in materia di finanza di progetto è rappresentato dalla sentenza 28 gennaio 2012, n. 1, con cui l'Adunanza Plenaria¹³⁴ del Consiglio di Stato ha affermato l'immediata impugnabilità dell'atto di scelta del promotore, sul presupposto della lesività immediata dello stesso. La pronuncia si inserisce nell'ambito di un filone giurisprudenziale che aveva sempre negato la possibilità di impugnare l'atto con cui veniva scelto il soggetto promotore degli interventi realizzati mediante finanza di progetto, asserendo che le diverse fasi in cui si articola la procedura «non possono essere però considerate come autonome e distinte, costituendo comunque momenti di una procedura selettiva unitaria, ancorché soggetta a regole peculiari»¹³⁵. L'Adunanza Plenaria, in particolare afferma che nel procedimento di finanza di progetto l'atto di scelta del promotore «determina una immediata posizione di vantaggio per il soggetto prescelto e un definitivo arresto procedimentale per i concorrenti non prescelti»; tale atto, dunque, è immediatamente lesivo, pertanto, «deve essere immediatamente impugnato dai concorrenti non prescelti, senza attendere l'esito degli

¹³⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1, in *Urb. e app.*, n. 5/2012, 540 ss., con commento di G. MANFREDI, *Le conseguenze processuali del ruolo del promotore del project financing*. L'abstract della pronuncia è consultabile altresì in R. DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti*, in *Urb. e app.*, n. 6/2012, 617 ss.

¹³⁵ Cons. Stato, Ad. Plen., n. 2155/2010, in www.giustizia-amministrativa.it.

ulteriori sub procedimenti di aggiudicazione della concessione». La sentenza precisa altresì che la mancata tempestiva impugnazione del provvedimento di scelta del promotore ne determina la stabilizzazione definitiva degli effetti, con conseguente impossibilità di una «reviviscenza dell'interesse a ricorrere laddove il promotore – id quod plerumque accidit – risulti aggiudicatario della concessione al termine della complessiva procedura di finanza di progetto»¹³⁶.

Altra questione dibattuta in giurisprudenza ha riguardato il tipo di “controllo” esercitabile in sede giurisdizionale sulla legittimità della procedura seguita e dei suoi esiti¹³⁷. Il problema coinvolge l'estensione del sindacato sulle scelte discrezionali dell'Amministrazione. La giurisprudenza¹³⁸ è concorde nel ritenere che la procedura di scelta del promotore è caratterizzata da un altissimo tasso di discrezionalità da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, che, dopo aver valutato le proposte presentate, provvede ad individuare quella che ritiene di pubblico interesse. Si tratta, quindi, di valutazioni che possono essere sindacate dal giudice amministrativo solo sotto il profilo dell'illogicità, irragionevolezza e mancanza di proporzionalità, costituenti le figure sintomatiche dell'eccesso di potere.

¹³⁶ G. MANFREDI, *op. utl. cit.*, 547.

¹³⁷ M. LIPARI, *Il contenzioso*, cit., 503 ss.

¹³⁸ Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, in www.giustizia-amministrativa.it; in precedenza, T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 15 maggio 2008, 1009, in www.giustizia-amministrativa.it.

CAPITOLO IV

IL *PROJECT FINANCING* NEI SETTORI DEI SERVIZI PUBBLICI E DELLE OPERE PUBBLICHE: STATO DELL'ARTE E PROSPETTIVE FUTURE

SOMMARIO: **1.** L'operatività del *project financing* nell'ambito dei servizi pubblici. – **1.2.** I servizi sociali: il caso della sanità. – **1.3.** I servizi pubblici locali tra tradizione e innovazione. – **2.** *Project financing* e opere pubbliche (infrastrutture, riqualificazione urbana ed edilizia sostenibile): i casi di Scandicci (FI) e Trapani.

1. L'operatività del *project financing* nell'ambito dei servizi pubblici.

Il coinvolgimento di capitali privati nella progettazione, realizzazione e gestione di infrastrutture di pubblica utilità e nell'erogazione dei servizi pubblici¹³⁹ (economici e non) costituisce, ormai da tempo, uno dei temi maggiormente dibattuti nelle sedi politiche. Ne sono conferma sia le indicazioni contenute nei recenti Documenti di Programmazione economico-finanziaria¹⁴⁰ che le molteplici riforme legislative volte a stimolare l'impiego di strumenti di *partnership* pubblico-privata da parte delle Pubbliche

¹³⁹ Sulla tematica dei servizi pubblici, si rinvia a R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008.

¹⁴⁰ Si veda, ad esempio, il DPEF 2002-2006 al par. 2.

Amministrazioni, nonché, da ultimo, la creazione di nuovi modelli di cooperazione tra settore pubblico e privato con l'obiettivo di incentivare la crescita economica del Paese.

La tematica dell'impiego del *project financing* nel settore dei servizi pubblici economici e non economici risente inevitabilmente della concezione europea dei "servizi resi alla collettività" e del ruolo che le Amministrazioni nazionali debbano assumere nelle fasi di organizzazione e gestione degli stessi. Come da più parti rilevato¹⁴¹, l'Unione Europea è totalmente indifferente al modo in cui gli Stati membri organizzino l'erogazione dei servizi resi al pubblico, potendo questi essere gestiti sia direttamente dall'Amministrazione titolare, che da imprese private, purché sia garantito, in quest'ultimo caso, un confronto concorrenziale tra gli aspiranti gestori nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento ed imparzialità sanciti nei Trattati. In sostanza, l'Unione Europea preserva la discrezionalità delle Amministrazioni nazionali di scegliere la modalità più idonea alla gestione del servizio, tenendo conto delle caratteristiche dello stesso, imponendo solo la necessità di indire una gara ad evidenza pubblica nell'ipotesi in cui il servizio venga aperto al mercato concorrenziale. Ciò si desume dall'art. 106, par. 2, TFUE (ex art. 86, TCE), a norma del quale "*le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di*

¹⁴¹ «Il diritto dell'Unione europea, indifferente rispetto alla questione della natura pubblica o privata della proprietà dei mezzi di produzione, non obbliga di per sé all'esternalizzazione», così R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2011, 25. Infatti, a norma dell'art. 345, TFUE (ex art. 295 TCE), "*I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*".

monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati e, in particolare, alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata". Tali considerazioni valgono ancor di più nel caso dei servizi non economici, essendo l'ordinamento europeo – perlomeno astrattamente – indifferente¹⁴² alle modalità in cui essi vengono gestiti ed erogati dagli Stati nazionali. Spesso, infatti, a causa dei costi elevati delle prestazioni, le Amministrazioni sono costrette ad adottare un regime convenzionato¹⁴³ per garantire agli utenti di usufruire delle stesse in maniera uniforme sul territorio nazionale ed a prezzi accessibili. Pertanto, nel prosieguo della trattazione si tenterà di illustrare le effettive possibilità di utilizzo del *project financing* nel settore sanitario, attraverso l'esame di casi concreti, tracciando altresì le criticità derivanti dall'impiego di uno strumento che, per sua natura, presuppone la remuneratività dell'investimento privato.

Sarà poi analizzata la vicenda dei servizi pubblici locali, oggetto negli ultimi anni di molteplici riforme (spesso disorganiche ed

¹⁴² D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2013, 179. «Benché i Trattati stabiliscano che l'Unione "combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociale" (art. 2, § 3, c. 2, TUE), la Commissione ha anche dichiarato che le azioni comunitarie di cooperazione e di appoggio all'attività degli Stati membri relativamente ad attività non economiche non possono mai arrivare all'armonizzazione delle discipline dei diversi Paesi da parte della Comunità (v. COM(1996), n. 56, ma v. anche l'art. 2, § 5, TFUE [...]). Non si può tuttavia escludere che interventi in attività economiche si riflettano in campi di attività definite non economiche (v., per esempio, come le direttive in materia di riconoscimento dei diplomi, nn. 89/48/CEE e 92/51/CEE, finiscano per incidere su alcune parti dei sistemi di istruzione degli Stati membri)».

¹⁴³ D. SORACE, *op. cit.*, 176-177.

alluvionali), e specificamente, il caso dei servizi pubblici “a rete”, ove la presenza di impianti fissi oggetto di concessioni amministrative può costituire un ambito di impiego proficuo dell’istituto.

Prima di procedere con l’analisi dettagliata dei diversi settori, è necessario affrontare la questione delle opere pubbliche o di pubblica utilità realizzabili mediante *project financing*, che si distinguono in “opere fredde” ed in “opere calde”. Da un punto di vista esclusivamente teorico, l’impiego effettivo dell’istituto *de quo* sarebbe possibile solo per la realizzazione delle “opere calde”, «in quanto tipicamente in grado di remunerare attraverso i cash flow futuri il costo della realizzazione dell’opera»¹⁴⁴. Quindi, sulla base di questo filone di pensiero, il *project financing* troverebbe «la sua naturale applicazione nella realizzazione di opere e servizi pubblici definiti “caldi”, generalmente caratterizzati dalla presenza di una domanda rigida e tariffe in grado di generare ricavi adeguati»¹⁴⁵. Le “opere fredde”, invece, non consentono di recuperare, attraverso la successiva attività di gestione del concessionario, l’investimento di capitale

¹⁴⁴ R. GIOVANNINI, *Le esperienze delle amministrazioni locali per riscaldare le opere fredde*, in G. F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto*, cit., 629 ss., 632. Secondo l’A., «un marciapiede o un parco sono tipicamente opere fredde, laddove non sia ipotizzabile immettere una tariffa su chi utilizza il marciapiede o il parco. Di converso, un parcheggio, un’autostrada, un palazzetto dello sport, sono classiche opere calde, in quanto attraverso il ticket, il pedaggio, ecc. è possibile remunerare il costo iniziale». Questo spiega perché il *project financing* sia stato utilizzato soprattutto per la realizzazione di autostrade, grandi centri commerciali, ecc. Trattandosi di “opere calde”, la progettazione e realizzazione da parte di promotori privati è possibile perché la conseguente gestione delle stesse durante tutto l’arco temporale di durata del rapporto di concessione, consente di recuperare il capitale iniziale, oltre che conseguire un margine di profitto.

¹⁴⁵ R. GIOVANNINI, *Le esperienze delle amministrazioni locali per riscaldare le opere fredde*, cit., 632.

iniziale: molto spesso, infatti, le caratteristiche intrinseche delle stesse impediscono l'applicazione di tariffe o canoni adeguati per il loro utilizzo, tali da consentire il recupero dell'investimento iniziale e di generare profitti per l'imprenditore privato. Secondo gli economisti, si tratterebbe di opere "a domanda elastica"¹⁴⁶, ove minime variazioni di prezzo generano grandi variazioni della quantità domandata e viceversa, secondo un rapporto di proporzionalità inversa. Taluni studiosi delineano altresì la categoria delle "opere tiepide", nella quale vi rientrano quelle infrastrutture dalla gestione delle quali è possibile ottenere ricavi commerciali, anche se in misura non sufficiente a coprire tutti i costi generati dalla realizzazione dell'opera, determinando la necessità di prevedere una contribuzione finanziaria a carico dell'Amministrazione in grado ristabilire l'equilibrio economico-finanziario e rendere, così, "appetibile" l'investimento¹⁴⁷.

¹⁴⁶ P. CAVALLO, *Il project Financing, elementi descrittivi*, Workshop sul *Project Financing* "Riscaldiamo le Opere Fredde, XX Assemblea Annuale Anci, Trieste 23 ottobre 2008.

¹⁴⁷ Tra l'altro, la realizzazione di infrastrutture e servizi pubblici rientranti nella categoria delle "opere tiepide" deve tener conto di quanto sottolineato da Eurostat, che, con la Decisione 11 febbraio 2004 ("*Treatment of public-private partnership*"), ha chiarito che l'imputazione ad un soggetto privato dei debiti contratti per la realizzazione di un'opera o di un servizio pubblico è possibile solo nell'ipotesi in cui venga trasferito sullo stesso, oltre al rischio di costruzione, alternativamente, o il rischio domanda o il rischio di disponibilità. Cfr. Presidenza del Consiglio dei ministri, *Circolare del 27 marzo 2009 - Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31 (Legge Finanziaria 2008)*. Si veda, altresì, L. MARTINIELLO, *Analisi dei rischi nelle Partnership Pubblico Private e riflessi contabili della decisione Eurostat 2004*, in G. F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto*, cit., 589 ss.; nonché G. F. CARTEI, *Interesse pubblico e rischio: il principio di equilibrio economico-finanziario nella finanza di progetto*, in G. F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto*, cit., 3 ss.

1.2. I servizi sociali: il caso della sanità.

Il servizio sanitario costituisce uno dei settori in cui si è sperimentato l'utilizzo del *project financing* al fine di implementare l'efficienza nell'erogazione delle prestazioni sanitarie. L'ingresso del regime privatistico in un settore, quello sanitario, di tradizionale matrice pubblicistica ha certamente dovuto misurarsi con le consuete difficoltà applicative generate dalla considerazione che a livello nazionale normalmente le prestazioni ospedaliere sono finanziate direttamente dal Servizio Sanitario Nazionale. La Sanità, in Italia, si presenta come un settore estremamente delicato in cui, da un lato, emerge un bisogno esasperato di garantire servizi necessari alla collettività e ciò implica *in primis* il reperimento delle risorse necessarie per erogare le prestazioni sanitarie, dall'altro, si prospetta la difficoltà di realizzare investimenti così elevati da poter garantire una erogazione delle prestazioni sanitarie tanto efficiente quanto adeguata al progresso e alla scienza. Questo connubio tra risorse reperibili e prestazioni efficienti pare rivelarsi una utopia se si pensa ad un regime sanitario di stampo eminentemente pubblicistico, considerate le difficoltà in cui oggi versano le Amministrazioni Pubbliche le cui sostanze appaiono sempre più deficitarie. Certamente l'ingresso del soggetto privato può non rappresentare la sicura soluzione al problema alla luce delle considerazioni fin qui svolte relativamente alla difficoltà di reperimento di risorse tali da consentire la costruzione di efficienti ed adeguate strutture ospedaliere. Non è

forse la soluzione ma di certo è una luce necessaria in un settore, quello sanitario, che deve vivere, che non può cedere dinanzi al *deficit* pubblico, ma che deve trovare la forza per vincere il problema, oggi così rilevante, del reperimento delle risorse finanziarie. Sono queste difficoltà a imporre l'ingresso del *project financing* nel settore dei servizi sanitari. La necessaria utilizzazione di questo strumento si concilia perfettamente con l'opera di riorganizzazione profonda del sistema sanitario svolta dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502¹⁴⁸, di riordino del Servizio Sanitario Nazionale, orientato verso la razionalizzazione e la riqualificazione della spesa pubblica nel settore sanitario. L'opera di riordino è stata pensata, in particolare, alla luce della mutata concezione dell'assistenza sanitaria e del ruolo assegnato alle strutture poste a presidio del bene salute. Il mutato quadro regolamentare, nonché le rinnovate esigenze nutrite dal settore sanitario hanno condotto, anche a livello nazionale, ad una nuova visione delle prestazioni sanitarie che perdono quel saldo ed esclusivo ancoraggio ad un regime prettamente pubblicistico per aprirsi agli strumenti di partenariato pubblico-privato e, in particolare, al *project financing*. Questa apertura nei confronti di un regime privatistico non è però indicativa di una idea di "privatizzare" il settore sanitario, anzi, è bene precisare che la responsabilità dell'attività medica ospedaliera resta di esclusivo dominio pubblicistico. L'intento è semplicemente quello di favorire il profilo dei conti pubblici al fine di aumentare e

¹⁴⁸ D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (*Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421*), e successive modifiche e integrazioni. Sul punto, si rinvia a R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003.

migliorare i servizi da fornire agli utenti¹⁴⁹. Il privato, dunque, fa il suo ingresso in un settore, quello sanitario, in cui sebbene il ruolo di guida e direzione sanitaria permanga in capo all'Azienda sanitaria, tuttavia, vi è un'apertura nei confronti di soggetti privati che possono fornire il proprio contributo per la costruzione o l'ammodernamento delle strutture e per la prestazione dei servizi ospedalieri e di quelli commerciali¹⁵⁰. L'ingresso del regime privatistico accanto a quello tradizionalmente pubblicistico, nel settore di riferimento, è stato favorito dalla valutazione dei vantaggi che ne sarebbero derivati per la Pubblica Amministrazione ed, in particolare, l'accelerazione dei tempi di realizzazione delle strutture ospedaliere, la disponibilità effettiva per la Pubblica Amministrazione di rendere e pagare i servizi medicali nonché una semplificazione amministrativa nella gestione degli aspetti contrattuali. Questo perché il servizio sanitario rientra nelle "opere fredde" – in precedenza esaminate – la cui peculiarità consiste nella circostanza per cui l'ente pubblico va a sostituirsi all'utente finale nel pagamento dei servizi, nel caso di specie, sociali, *rectius* sanitari. Il privato, dunque, ha incontrato una serie di difficoltà nel recupero dei finanziamenti, necessari per la costruzione o la modernizzazione delle strutture sanitarie, dai canoni di gestione e dai ricavi di tipo privato. Tale difficoltà è certamente in linea con l'elevato volume di

¹⁴⁹ Al fine di contenere la spesa pubblica e nell'ottica di favorire gli investimenti grazie a forme di finanziamento privato è prevista anche la sponsorizzazione che favorisce l'ottenimento di un ritorno economico per l'azienda sanitaria da impiegare in nuovi progetti o servizi grazie allo sfruttamento della sua immagine.

¹⁵⁰ S. GATTI, A. GERMANI, *Le applicazioni del project finance nel settore sanitario: stato dell'arte e prospettive di utilizzo in Italia*, in *www.utfp.it.*, pag. 2 del documento *on line*.

investimenti necessario per la costruzione delle strutture ospedaliere, le cui peculiarità richiedono certamente un elevato contenuto tecnologico, una gestione non facile nonché l'impiego di attrezzature al passo con il progresso scientifico e le tecniche di avanguardia.

Per quanto concerne la tipologia di servizi affidati al privato, l'esperienza italiana è prevalentemente circoscritta alle attività *no-core*, come la gestione degli spazi commerciali, dei bar, delle strutture ristorative e di quelle ricettive per i familiari dei parcheggi, ecc., al contrario le attività *core* possono essere aperte alla gestione privata nella forma delle sperimentazioni gestionali¹⁵¹.

Quanto alla realizzazione *ex novo* e la modernizzazione di strutture ospedaliere mediante *project financing* i progetti relativi all'Azienda ospedaliera Maggiore Carità di Novara; all'Azienda ULSS 4 Alto vicentino – Nuovo polo ospedaliero unico ULSS4, Alto vicentino, Trieste e Schio; all'AUSL di Forlì per la realizzazione della nuova sede direzionale; all'ASL Roma H, per la realizzazione del Nuovo ospedale castelli romani.

«Nel caso di iniziativa pubblica, la procedura seguita ad esempio per gli “Spedali civili di Brescia” e per l'Ospedale di Legnano, ha visto l'elaborazione da parte dell'Azienda pubblica di uno studio di fattibilità, con relativa pubblicazione dell'avviso. Pertanto, la risposta del privato è consistita in una proposta contenente elementi quali il

¹⁵¹ Così L. GIANI, *Project financing e sanità. Criticità di un modello in continua evoluzione*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, 413 ss., 440, secondo cui «oggetto di concessione sono anche i servizi di supporto no-core, quali i servizi di pulizia e di smaltimento dei rifiuti, o i servizi funzionali all'attività sanitaria quali la manutenzione degli apparecchi biomedicali (ASL Asolo, ASL Cagliari) e la fornitura di gas medicali».

progetto preliminare, lo schema di convenzione e il piano economico finanziario, con qualche vantaggio sulla stessa tempistica dell'intera procedura, per certi versi ridotta grazie alle valutazioni che la stessa amministrazione effettua prima della pubblicazione dell'avviso»¹⁵².

L'impiego dell'istituto nel settore sanitario presenta, tuttavia, alcune criticità: innanzitutto, si evidenzia un incremento dei costi che, al termine del periodo di durata della concessione, superano di gran lunga quelli di costruzione. Ciò determina una riduzione dei posti letto e tagli al personale, con connessa diminuzione delle possibilità di fruizione del servizio da parte della collettività. Ancora, si evidenzia una mancanza di trasparenza dei progetti presentati, che vengono modificati in corso d'opera, con conseguente difficoltà di verificare la ragionevolezza e proporzionalità rispetto a quelli inizialmente presentati.

1.3. I servizi pubblici locali tra tradizione e innovazione.

L'impiego del *project financing* nel settore dei servizi pubblici locali¹⁵³ si inserisce nella più ampia tematica dei processi di

¹⁵² Così L. GIANI, *Project financing e sanità*, cit., 442. L'A. sottolinea che l'istituto ha avuto un impiego notevole per la realizzazione di strutture sanitarie nell'ambito del *welfare state* (442 ss.).

¹⁵³ Sui servizi pubblici locali, si veda F. LIGUORI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007; R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

privatizzazione¹⁵⁴ e liberalizzazione che hanno interessato il settore, ponendosi al centro del dibattito politico e dei processi di riforma legislativa. Se è vero, da un lato, che rientra nella piena discrezionalità delle Amministrazioni locali scegliere la forma più adeguata ed il modello più idoneo di gestione dei servizi pubblici locali (ovvero, optare per l'internalizzazione o, viceversa, per l'esternalizzazione delle prestazioni), è altrettanto vero, dall'altro, che le spinte liberalizzatrici provenienti dall'ordinamento europeo, al fine di consentire l'apertura del settore alla concorrenza tra gli operatori economici nella misura più ampia possibile, hanno favorito l'ingresso di imprenditori privati nelle diverse fasi della filiera.

In realtà, uno dei principali ostacoli alla completa liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilievo economico viene costituito dalla presenza di “reti fisse”, ossia di infrastrutture necessarie alla gestione del servizio, nonché all'erogazione delle prestazioni all'utenza finale. In questi casi, ove l'ente locale decidesse di optare per il regime di

¹⁵⁴ F. LIGUORI, *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in www.giustamm.it, rileva che «la privatizzazione (che è cosa ben diversa dalla liberalizzazione) stimolerebbe attraverso incentivi economici il ruolo dei managers, dal cui impegno dipendono l'efficienza organizzativa e la propensione all'innovazione. Allo stesso tempo, esso impedirebbe ai politici di interferire nella gestione, evitando il pregiudizio derivante dal prevalere delle convenienze elettoralistiche di questi sulle ragioni di una sana gestione. La separazione della gestione metterebbe quest'ultima al riparo dei guasti della “agenda personale” dei politici, vale a dire delle decisioni dettate dall'interesse particolare e non dichiarato dal decisore. Dietro una privatizzazione così intesa non c'è solo la sfiducia nella capacità degli apparati pubblici di essere virtuosi, ma si intravede la sfiducia nell'essere umano di compiere azioni non finalizzate alla propria utilità individuale, che è una convinzione ben diversa da quella propria del personalismo comunitario che aveva ispirato l'avvio della stagione della integrazione tra pubblico e privato. In altre parole, l'apertura all'impresa privata non si può leggere come un riconoscimento del suo ruolo sociale, bensì come la più pura riproposizione di logiche unicamente di profitto che andrebbero “sfruttate” per conseguire un risultato utile in termini di economicità, anche per l'interesse collettivo».

esternalizzazione, sarebbe necessario procedere sia all'affidamento della gestione del servizio, che delle reti, lo sfruttamento delle quali consente l'erogazione dello stesso in termini di prestazioni fornite alla collettività (si pensi, ad esempio, al servizio idrico integrato ed al trasporto urbano). L'affidamento della gestione delle reti può avvenire esclusivamente mediante concessione: in altri termini, l'ente locale pone a base di gara un contratto di concessione, nel quale vengono indicate le caratteristiche del servizio e delle prestazioni da fornire all'utenza (anche in termini di *standard* minimi qualitativi e quantitativi), il prezzo di queste ultime (prevedendo altresì eventuali compensazioni economiche ove il costo delle prestazioni debba essere tenuto basso per motivi di equità sociale) e la durata del rapporto, che deve essere di lunghezza tale da consentire sia un margine di utile per il gestore che un ricambio dello stesso (per evitare la creazione di situazioni di monopolio o di posizione dominante sul mercato). Per questo motivo, parte della dottrina¹⁵⁵ distingue tra diverse forme di concorrenza, realizzabili a seconda delle concrete caratteristiche del mercato di riferimento. Nel caso dei servizi pubblici locali economici "a rete", la liberalizzazione può avvenire esclusivamente nella forma della "concorrenza per il mercato": in altri termini, si tratta di «una formula inferiore di concorrenza»¹⁵⁶, implicante «la sottoposizione periodica a gare per la gestione dei servizi locali sul presupposto che

¹⁵⁵ F. MERUSI, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 100.

¹⁵⁶ F. MERUSI, *op. cit.*, 100.

la periodica gara per il mercato determini una efficienza nell'erogazione dei servizi»¹⁵⁷.

Per quanto interessa ai fini dell'indagine, è opportuno rilevare che il tentativo di separare la gestione delle “reti” dall'attività di effettiva erogazione del servizio è ascrivibile all'intervento di riforma sul testo originario dell'art. 113 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi in materia di ordinamento degli enti locali*), c.d. T.U.E.L., operato con l'art. 35, l. n. 448/2001, che attraverso «*l'individuazione nella filiera del servizio (percorso che dall'assunzione del servizio giunge sino alla fornitura dello stesso all'utente finale) di segmenti distinti (connessi rispettivamente alla proprietà delle reti, alla gestione delle stesse, nonché alla erogazione del servizio), consente di introdurre, in relazione ai diversi segmenti ed in gradi differenti, la competizione economica tra gli operatori; di enucleare le fasi da riservare al pubblico e quelle da affidare ai privati; ed in definitiva di preservare, attraverso la separazione verticale della filiera, la distinzione dei ruoli – di titolare e gestore del servizio – individuabili in presenza dei singoli segmenti»¹⁵⁸. Ferma restando, dunque, la titolarità pubblica del servizio, le reti possono essere gestite da società miste con capitale pubblico di maggioranza. Questa previsione, però,*

¹⁵⁷ F MERUSI, *op. cit.*, 100.

¹⁵⁸ C. ACOCELLA, *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: i recenti sviluppi nel comparto locale*, in G. PALMA (a cura di), *Lezioni*, Napoli, 2011, 23 ss., 49-50, secondo cui, in tal modo, «*da un lato, la proprietà pubblica delle reti assurge ad elemento rappresentativo del ruolo dell'ente locale di responsabile, nei confronti della collettività, di una serie di prestazioni che richiedono, sovente, la disponibilità di “beni scarsi”*; dall'altro lato, la separazione obbligata tra la prima e la erogazione del servizio – da esternalizzare, come visto, necessariamente all'esito di procedure ad evidenza pubblica – è fornita di effetti positivi in punto di efficienza ed economicità nella gestione dell'attività»

viene modificata da un successivo intervento di riscrittura dell'art. 113 cit., che introduce la previsione secondo cui l'ente locale può affidare la gestione delle reti esclusivamente a società a capitale interamente pubblico, le c.d. società *in house*. Queste ultime compaiono anche nella fase di erogazione delle prestazioni, accanto alle società miste ed alle società di capitali o imprenditori privati individuati all'esito di una gara ad evidenza pubblica, qualora, tuttavia, sussistano le condizioni delineate dalle giurisprudenza della Corte di giustizia CE, a partire dalla sentenza *Teckal*.

Non è questa la sede per analizzare le vicende che hanno portato all'introduzione, prima, ed all'abrogazione, poi, nel panorama dei servizi pubblici locali dell'art. 23-*bis* e del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, riproduttivo in parte della norma *de qua* e dichiarato (quasi subito) illegittimo dalla Corte costituzionale. Ciò che, invece, appare necessario evidenziare sono le potenzialità derivanti dall'impiego del *project financing* nella gestione dei servizi "a rete", qualora le caratteristiche del servizio lo consentano e l'ente locale non opti per forme di internalizzazione dello stesso. L'istituto, infatti, non determina una collaborazione "strutturale" tra il pubblico ed il privato, come nel caso delle società miste che, nate con lo scopo di aprire (benché minimamente) il mercato dei servizi pubblici locali economici alla concorrenza, si sono tradotte in sprechi ed inefficienze. Al contrario, il promotore privato è "spinto" a rendere conveniente la gestione dell'infrastruttura e del servizio reso all'utenza, a causa della necessità di recuperare parte del capitale investito.

Una delle questioni all'utilizzo del *project* nel panorama dei servizi pubblici locali potrebbe, tuttavia, essere costituito dalla scarsa capacità delle Amministrazioni locali di sviluppare progetti idonei ad essere eseguiti attraverso tale strumento: in alcuni casi, infatti, è stata denunciata una scarsa "consapevolezza" da parte degli enti locali delle effettive potenzialità di utilizzo dello stesso, «*considerandolo cioè in grado di soddisfare le sole esigenze relative alla realizzazione delle opere calde*»¹⁵⁹. Recenti studi¹⁶⁰ hanno, invece, mostrato come il *project* possa essere impiegato anche nella progettazione, realizzazione e gestione di "opere fredde", prevedendo dei meccanismi in grado di "riscaldare" le stesse, cioè di ricavare un reddito per l'imprenditore privato dallo sfruttamento economico delle stesse. Tra i diversi sistemi di "riscaldamento", è stata annoverata la possibilità di predisporre un progetto complesso, nel quale affiancare le opere calde a quelle fredde e consentire al promotore di recuperare il capitale di rischio iniziale; oppure affiancare opere fredde e tiepide ad opere calde, ma mantenere basse le tariffe derivanti dallo sfruttamento delle stesse in considerazione della funzione sociale rivestita, ed applicare poi delle misure compensative¹⁶¹; oppure, ancora, di prevedere dei contributi da destinare al concessionario¹⁶².

¹⁵⁹ R. GIOVANNINI, *Le esperienze delle amministrazioni locali per riscaldare le opere fredde*, cit., 634.

¹⁶⁰ Si allude al *Workshop* sul *Project Financing* "Riscaldiamo le Opere Fredde", XX Assemblea Annuale Anci, Trieste, 23 ottobre 2008.

¹⁶¹ Ad esempio, la realizzazione di una piazza o di un parcheggio in un'area prossima ad una stazione ferroviaria, con l'applicazione di tariffe di parcheggio ridotte a salvaguardia della platea dei potenziali fruitori, costituita principalmente da pendolari. Poiché il ricavo derivante dalla riscossione delle tariffe "agevolate" non sarebbe stato sufficiente a consentire una remunerazione integrale del capitale di rischio privato,

In conclusione, il futuro del *project* non dipende tanto (e solo) dalla remuneratività dell'investimento privato iniziale o dalla potenzialità del progetto di generare reddito, quanto (soprattutto) dalle reali capacità degli enti locali di “adeguare” lo strumento in questione ai diversi e variegati contesti locali, cercando di rendere “appetibili” gli investimenti in opere pubbliche e di porsi quale obiettivo il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario.

2. *Project financing* e opere pubbliche (infrastrutture, riqualificazione urbana ed edilizia sostenibile): i casi di Scandicci (FI) e Trapani.

Il diritto urbanistico ha costituito per molti anni il campo di osservazione prescelto dagli studi giuridici per meglio cogliere gli aspetti più caratteristici dell'*agere* autoritativo dei pubblici poteri¹⁶³. L'attività di pianificazione, infatti, intesa come predisposizione di un

l'Amministrazione ha previsto la possibilità per il concessionario di realizzare dei locali in prossimità del parcheggio da destinare alla vendita, consentendo così allo stesso di recuperare l'investimento iniziale e ristabilire l'equilibrio economico-finanziario.

¹⁶² È ciò che si è verificato nella costruzione di alcuni porti turistici, nei quali, accanto ai posti barca destinati alla locazione e/o transito, ne vengono previsti altri che possono essere immediatamente ceduti ai privati; solitamente, in questi progetti vengono previsti, inoltre, anche cessioni e/o locazioni di altri spazi destinati a box, parcheggi, aree commerciali e di supporto all'attività portuale da diporto.

¹⁶³ G. PIPERATA, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urb. e app.*, n. 5/2011, 508 ss., 508. L'A., in particolare, sottolinea che la disciplina urbanistica risultava costituita da «*regole poste per le amministrazioni che dovevano garantire l'uso e lo sviluppo ordinato dei territori, attraverso le quali era facile notare la statualità del regime, la pubblicità degli strumenti, l'autoritatività degli interventi, l'ampia discrezionalità delle decisioni, la profonda diseguaglianza degli effetti, e così via*».

assetto ordinato di interessi (pubblici e privati) spesso configgenti, ha, da sempre, costituito una delle classiche manifestazioni del potere pubblico dell'autorità amministrativa. Fino a qualche decennio fa, in altri termini, la disciplina urbanistica ha visto i privati e le pubbliche autorità collocati su piani contrapposti e per nulla paritetici, versando i primi in una situazione di soggezione rispetto alle seconde.

Negli ultimi anni, tuttavia, la crescita esponenziale del tessuto urbano e la conseguente situazione di degrado che ne è derivata, hanno determinato una (lenta, ma inevitabile) trasformazione dei rapporti tra i privati e le autorità amministrative preposte alla cura del territorio, che, abbandonando la tradizionale contrapposizione, si sono assestati su un coinvolgimento dei soggetti privati a partire dalla prima fase di definizione delle scelte urbanistiche fino all'attuazione effettiva delle stesse. Sono nati, così, i primi istituti di collaborazione pubblico-privato diretti alla riqualificazione del tessuto urbano, quali le società di trasformazione urbana, la cui disciplina positiva è, attualmente, contenuta nell'art. 120, D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*), c.d. T.U.E.L.

Alle origini di questa evoluzione, vi è altresì la riforma del Titolo V della Costituzione, attuata con l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, che ha inserito l'urbanistica nell'ambito del "governo del territorio", attribuito alla competenza legislativa concorrente Stato-Regioni. Sebbene non siano ancora del tutto chiari i confini della materia, per come definiti dall'art. 117, comma 2, Cost., è indubbio che

l'urbanistica, oggi, non si limiti più alla sola attività di pianificazione e di conformazione del territorio, coinvolgendo altri settori devoluti alla legislazione statale esclusiva, come l'ambiente.

Nell'ambito del "governo del territorio", la legge dello Stato delinea il quadro dei principi fondamentali entro cui dovrà "muoversi" la legislazione regionale: in sostanza, la Regione potrà disciplinare gli istituti rientranti nella materia *de qua*, attenendosi alle norme-quadro emanate dallo Stato e con un livello di dettaglio superiore rispetto a queste ultime. La dottrina ha, in particolare, rilevato che la trasformazione del ruolo del privato è registrabile soprattutto nell'ambito della legislazione regionale e, specificamente, «*nei due principali momenti in cui può avvenire il suo coinvolgimento: in una fase "a monte", cioè nel momento di elaborazione della scelta urbanistica e di governo, oppure in una fase "a valle", ossia nella successiva azione di attuazione e concreta realizzazione delle scelte compiute*». Tuttavia, «*indipendentemente dai "luoghi" ("a monte" o "a valle") rispetto ai quali le novità possono essere segnalate, sono tre i fenomeni che in materia colpiscono più di altri l'attenzione dell'osservatore: a) il potenziamento della partecipazione dei privati ai processi di pianificazione; b) la legittimazione del privato ad incidere nelle fasi di avvio dei procedimenti di pianificazione o sul contenuto discrezionale degli atti conseguenti; c) l'ampliamento degli strumenti consensuali di attuazione della pianificazione*».

Un'altra ragione che ha contribuito al coinvolgimento dei privati nei processi decisionali ed attuativi delle scelte inerenti al "governo

del territorio”, è stata ravvisata nella crisi della finanza pubblica, che ha generato la necessità di far ricorso all’apporto di capitali privati per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, finalizzate allo sviluppo socio-economico e occupazionale dei territori considerati. Il settore delle infrastrutture, infatti, nell’ultimo decennio ha costituito un vero e proprio banco di prova per il ricorso al partenariato pubblico-privato e, in particolare, al *project financing*. In realtà, solo di recente si è acquisita la consapevolezza dei benefici legati ad una maggiore partecipazione dei capitali privati nella costruzione e gestione delle infrastrutture pubbliche¹⁶⁴. Tra i vantaggi, si annoverano, senz’altro, l’impatto positivo sulla finanza pubblica, il contributo derivante dalle tecniche e dall’esperienza dell’operatore privato, soprattutto in termini di acquisizione di *know how* e di ottimizzazione dei costi di costruzione e di gestione. Si evidenzia, in particolare, che:

- il settore privato è posto nelle condizioni di fornire le proprie capacità manageriali, commerciali e innovative nella progettazione, finanziamento costruzione e gestione di infrastrutture di pubblica utilità, ottenendone un ritorno economico;
- il settore pubblico trae beneficio, sotto il profilo economico-finanziario, attraverso una riduzione del proprio impegno

¹⁶⁴ L. DE PIERRIS, *Improving the infrastructure*, in www.infopieffe.it.

finanziario complessivo e, più in generale, un miglioramento della qualità dei servizi erogati¹⁶⁵.

Di conseguenza, risultano essenziali:

- la partecipazione attiva del settore privato in tutte le fasi della realizzazione dell'infrastruttura e dell'erogazione dei relativi servizi;
- l'ottimizzazione dei costi per il settore pubblico (*value for money*), da intendersi non solo come costo effettivo di realizzazione dell'infrastruttura, ma anche della gestione della stessa in funzione dei servizi da prestare all'utenza;
- il trasferimento di livelli di rischio al settore privato, identificando il soggetto più idoneo a sopportarne gli effetti, in funzione dell'ottimizzazione della gestione degli stessi¹⁶⁶.

Il risultato è rappresentato dallo sviluppo di molteplici forme di cooperazione tra Pubblica Amministrazione e privati, a seconda delle tipologie di interventi da realizzare.

Sicuramente, il successo dei programmi di interventi infrastrutturali e lo sviluppo del settore delle opere pubbliche costituiscono uno dei principali fattori di crescita economica dell'Italia. In particolare, già il DPEF¹⁶⁷ 2002-2006 conteneva significativi riferimenti all'importanza del ricorso al partenariato pubblico-privato nel settore delle infrastrutture pubbliche. Tali

¹⁶⁵ CIPE – Unità Tecnica Finanza di Progetto, *Il ricorso alla finanza privata per la realizzazione di opere pubbliche. Introduzione alla finanza di progetto*, Aprile 2002, in www.utfp.it, pag. 3 ss. del documento *on line*.

¹⁶⁶ AA.VV., *Il partenariato Pubblico Privato. Modelli applicativi: il Project Financing*, in www.utfp.it, 22 ss.

¹⁶⁷ Documento di Programmazione Economico-Finanziaria.

indicazioni sono state tradotte in una serie di interventi normativi, recanti misure volte ad incrementare la partecipazione di capitali privati agli investimenti infrastrutturali. Si segnalano, ai fini dell'indagine, la l. 21 dicembre 2001, n. 443¹⁶⁸; la delibera CIPE 21 dicembre 2001, n. 121¹⁶⁹; la riforma della legge Merloni, avvenuta con la l. 1 agosto 2002, n. 166¹⁷⁰; il D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190¹⁷¹; l'introduzione del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e le modifiche successive (già esaminate). L'elevato numero degli interventi normativi citati deporrebbe nel senso di una espansione del mercato del partenariato pubblico-privato nel settore delle infrastrutture pubbliche. Ma così non è stato. Nell'ultimo biennio, con l'aggravarsi della crisi economico-finanziaria ed i conseguenti tagli alla spesa pubblica, il mercato delle opere pubbliche ha subito un crollo. Sulla base dei dati forniti dall'Osservatorio Nazionale sul Project

¹⁶⁸ Legge 21 dicembre 2001, n. 443 (*Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive*), in www.camera.it.

¹⁶⁹ Delibera CIPE 21 dicembre 2001, n. 121 (*"Legge obiettivo": primo programma delle infrastrutture strategiche*), in www.cipecomitato.it.

¹⁷⁰ Legge 1 agosto 2002, n. 166 (*Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*), in www.parlamento.it.

¹⁷¹ D.Lgs. 20 agosto 2002, n. 190 (*Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*), che, tra l'altro, introduce la figura del *General Contractor*, modellata sulla direttiva comunitaria 93/37/CE (attualmente sostituita dalla direttiva 2004/18/CE). La nuova disciplina si differenzia dalle tradizionali forme di affidamento degli appalti pubblici, seguendo uno schema DBFT (*Design, Build, Finance and Transfer*), che trasferisce il minimo rischio sul privato e in base al quale il soggetto pubblico si occupa di indicare le linee generali del progetto, mentre sarà a carico del *General Contractor* la progettazione definitiva, l'esecuzione dell'opera con qualunque mezzo, ed il prefinanziamento (tutto o in parte) dei lavori; il *General Contractor* non sarà invece responsabile della gestione dell'opera, che una volta realizzata, sarà trasferita al soggetto pubblico.

Financing¹⁷², è possibile evidenziare che il partenariato pubblico-privato sta attraversando momenti di crisi: il crollo degli importi in gara (nel 2012 del valore di - 41%) persiste nel 2013 (anche se in misura leggermente inferiore, essendo del - 34%). Alle origini della stasi vi sono sia difficoltà di accesso al credito (che hanno determinato altresì il crollo del mercato delle grandi infrastrutture di importo unitario elevato) sia alcune criticità connesse all'intero percorso decisionale, tecnico e realizzativo. Le nuove stime del Cresme¹⁷³, riferite agli investimenti in opere pubbliche del settore pubblico allargato e dei gestori privati di infrastrutture pubbliche o di pubblico interesse, confermano come la crisi degli investimenti, iniziata nel 2005, sia peggiorata nel quinquennio 2008-2012 e si prevede che continuerà almeno fino al 2014, soprattutto a causa del persistere delle difficoltà di spesa degli enti del settore pubblico e, in particolare, di quelli territoriali e locali (aggravati anche dai limiti imposti dal Patto di Stabilità)¹⁷⁴.

Inoltre, a partire dal 2013, al crollo del mercato delle grandi infrastrutture si è contrapposta una fase di crescita della domanda di interventi, legato ai processi di riqualificazione urbana avviati nei territori caratterizzati da degrado più o meno elevato. Ciò ha determinato una crescita degli importi in gara del 10% per l'intero

¹⁷² UNIONCAMERE (a cura di), *Il partenariato pubblico privato e l'edilizia sostenibile in Italia nel 2013*, in www.infopieffe.it, pag. 1.

¹⁷³ Centro Ricerche Economiche, Sociali, di Mercato per l'Edilizia e il Territorio.

¹⁷⁴ UNIONCAMERE (a cura di), *Il partenariato pubblico privato e l'edilizia sostenibile in Italia nel 2013*, cit., pag. 1

mercato e superiori al 30% per le sole operazioni di partenariato pubblico-privato.

Sempre secondo le stime del Cresme, per il triennio 2015-2017, è prevista la ripresa del settore infrastrutturale, trainata principalmente dagli investimenti pubblici e privati per le infrastrutture stradali e ferroviarie, per le telecomunicazioni, per la produzione di energie rinnovabili e la riqualificazione energetica, nonché per la riqualificazione urbana e la messa in sicurezza del territorio¹⁷⁵. Secondo i dati dell'Osservatorio Nazionale¹⁷⁶, l'interesse del Governo si è spostato, negli ultimi anni, agli investimenti volti a interconnettere reti, porti, aeroporti, interporti e grandi sistemi urbani. Ciò si desume, *in primis*, dalle disposizioni e dagli stanziamenti (di oltre 2 miliardi di euro) previsti dal Decreto del "Fare"¹⁷⁷ per il completamento delle infrastrutture in corso di realizzazione. Si tratta di interventi strategici, cui è legata la ripresa economica, che richiedono forti investimenti e, considerati i limiti della finanza pubblica, diventa indispensabile il ricorso a procedure alternative rispetto al tradizionale appalto di lavori pubblici, quali i contratti di partenariato pubblico-privato, a cominciare dal *project financing* che consente, attirando capitali privati (anche) internazionali, di massimizzare l'efficacia e l'efficienza delle attività di progettazione, costruzione e gestione delle infrastrutture.

¹⁷⁵ UNIONCAMERE (a cura di), *Il partenariato pubblico privato e l'edilizia sostenibile in Italia nel 2013*, cit., pag. 2.

¹⁷⁶ UNIONCAMERE (a cura di), *Il partenariato pubblico privato e l'edilizia sostenibile in Italia nel 2013*, cit., pag. 2.

¹⁷⁷ D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98.

Sempre secondo i dati forniti dall'Osservatorio Nazionale del Project Financing, negli ultimi anni l'attenzione delle Pubbliche Amministrazioni si è rivolta allo sviluppo sostenibile e, in particolare, alla tutela dell'ambiente, alla crescita economica ed allo sviluppo sociale. Rispetto a tali settori, si è registrato un significativo incremento delle operazioni di partenariato pubblico-privato¹⁷⁸.

Per quanto concerne l'edilizia sostenibile, si tratta di un settore che affonda le radici nella bioedilizia e che si amplia sul concetto di sviluppo sostenibile. La finalità è quella di consentire a tutti i soggetti (pubblici e privati) che operano nel settore delle costruzioni di realizzare edifici in grado di limitare l'impatto sull'ambiente. Tuttavia, solo alcuni di tali aspetti ricevono una regolamentazione normativa, come l'efficienza energetica e l'uso di energia da fonti rinnovabili. In estrema sintesi – e per quanto rileva ai fini dell'indagine in discorso – un progetto è sostenibile se è partecipato¹⁷⁹. Il coinvolgimento dei soggetti interessati avviene nelle fasi della progettazione, della realizzazione e della gestione dell'opera.

¹⁷⁸ Complessivamente, nel 2013, le operazioni di partenariato pubblico-privato per l'edilizia sostenibile sono 2.084, per un importo di 2,1 miliardi di euro. Rispetto al 2012, questo mercato ha registrato un bilancio nel complesso positivo: + 8% il numero di opportunità; + 30% gli importi in gara. In quest'ambito, nel 2013, il peso del partenariato pubblico-privato sull'intero mercato delle opere pubbliche ha raggiunto il livello più alto, per numero e importo, dal 2002, primo anno di attività dell'Osservatorio. In termini di numero di opportunità si passa dall'1% del 2002 al 25% del 2013. In termini di valore, dall'8% al 24%. Cfr. UNIONCAMERE (a cura di), *Il partenariato pubblico privato e l'edilizia sostenibile in Italia nel 2013*, cit., pag. 21.

¹⁷⁹ UNIONCAMERE (a cura di), *Il partenariato pubblico privato e l'edilizia sostenibile in Italia nel 2013*, cit., pag. 19.

I dati dell'Osservatorio Nazionale¹⁸⁰ si riferiscono ad alcuni interventi riconducibili all'edilizia sostenibile, residenziale e non residenziale: beni culturali, centri polivalenti, cimiteri, commercio e artigianato, impianti sportivi, parcheggi, riassetto di comparti urbani, turismo, ecc. Quanto alle procedure di affidamento, oltre al *project financing*, si registra un uso massivo delle concessioni di lavori pubblici, mentre scarso è l'impiego di altre tipologie di concertazione pubblico-privato, come il *leasing* finanziario e le società di trasformazione urbana.

Il primo caso di studio riguarda l'intervento di trasformazione urbana intrapreso dal Comune di Scandicci ed inserito nel più ampio progetto di riqualificazione dell'intera città, avviato in occasione della costruzione della nuova tramvia veloce Firenze SMN – Scandicci. In particolare, la crescita della popolazione aveva determinato uno sviluppo urbanistico molto rapido, avvenuto principalmente tra gli anni Cinquanta e Ottanta, che aveva esteso il tessuto urbano del Comune di Scandicci quasi al confine della città di Firenze. La volontà di recuperare una propria identità aveva costituito certamente il motivo centrale della costruzione della prima linea della tramvia di

¹⁸⁰ UNIONCAMERE (a cura di), *Il partenariato pubblico privato e l'edilizia sostenibile in Italia nel 2013*, cit., pag. 36 ss. Dallo studio emerge che il mercato pubblico complessivo dei bandi di gara di riferimento per l'edilizia sostenibile, ovvero gare relative all'affidamento di interventi di nuova costruzione o di rinnovo di edifici residenziali e non residenziali, tra il 2002 e il 2013, è rappresentato da oltre 149.000 gare per un importo di circa 131 miliardi di euro. Rispetto al mercato delle opere pubbliche rappresenta quote del 51% per numero e del 38% per importo. La domanda pubblica di edilizia residenziale e non residenziale, tra il 2002 e il 2013, ha riguardato nell'8% dei casi operazioni di partenariato pubblico-privato, circa 12.000 bandi su 149.000 totali. In termini di importi la percentuale sale al 15%, circa 20. Miliardi su 131 totali. Tali percentuali salgono al 25% per numero e al 24% per importo nel 2013.

collegamento tra le stazione centrale di Firenze SMN al Comune di Scandicci. Progetto che aveva visto l'accordo ed il concerto dei due Comuni interessati. L'Amministrazione di Scandicci aveva predisposto un piano recante le previsioni di sviluppo della città per i successivi 20 anni. Per questo, nel 2003 era stato incaricato l'architetto Richard Rogers di redigere un *Masterplan* che avesse individuato principi e strategie. «*Il nuovo Centro Civico di Scandicci è la centralità più importante definita dal Masterplan*»¹⁸¹: oggetto dell'intervento era la realizzazione di tre edifici con diverse finalità (culturale, residenziale e direzionale), con il piano terra commerciale, della stazione centrale della tramvia, di una piazza e di un parcheggio pubblico. Il Comune aveva fatto ricorso al *project financing* e, al fine di garantire la qualità del progetto architettonico, aveva inserito nel bando di gara che la progettazione esecutiva e la direzione artistica del cantiere venisse effettuata dallo stesso progettista che aveva seguito il *Masterplan*: Richard Roger, architetto di fama internazionale, che progetta secondo criteri bioclimatici. Il lungo *iter* di affidamento dei lavori aveva avuto inizio nel 2003, con l'inserimento nel Programma triennale delle opere pubbliche 2003-2006 dell'opera "Stazione tramvia veloce Firenze SMN - Scandicci" da realizzarsi con capitali privati. Nello stesso anno, il Comune di Scandicci aveva pubblicato l'avviso per la selezione dei promotori ai sensi dell'art. 37-bis, l. n. 109/1994 (ora art. 153, Codice dei contratti pubblici) ed aveva approvato il "Progetto Guida – Nuovo Centro Civico" di R. Rogers

¹⁸¹ UNIONCAMERE (a cura di), *Il partenariato pubblico privato e l'edilizia sostenibile in Italia nel 2013*, cit., pag. 40.

Partnership, al cui interno era inserita l'opera in questione. Era pervenuta un'unica proposta proveniente da una ATI, formata da 9 aziende, la mandataria era Baldassini Tognozzi Pontello Costruzioni Generali s.p.a. Dopo tre anni, nel 2007, l'area viene dichiarata di pubblico interesse e la gara viene aggiudicata all'ATI, non essendo intervenute proposte entro il termine stabilito nel bando.

Sempre nel 2007, era stata costituita la società di progetto Scandicci Centro s.r.l., sottoscritta la convenzione e presentato il progetto definitivo. Nel 2009, erano stati approvati il progetto definitivo ed esecutivo. All'inizio del 2010 è entrata in funzione la tramvia e, successivamente, avviati i lavori. Attualmente l'opera è quasi conclusa: il nuovo Centro Civico Scandicci è parzialmente aperto al pubblico.

Il valore complessivo dell'opera è di 38 milioni di euro ed è posto interamente a carico del concessionario, il quale verrà remunerato attraverso la gestione dei locali commerciali siti al piano terra dell'edificio culturale, degli impianti pubblicitari e dei parcheggi pubblici per un arco temporale corrispondente a 30 anni (durata complessiva del rapporto concessorio); nonché mediante la vendita delle unità immobiliari a destinazione commerciale, residenziale e direzionale, le cui aree pertinenziali vengono cedute al Comune a titolo di presso.

Il secondo caso di studio è costituito dall'intervento di riqualificazione di un'area industriale dismessa ad est della città di Trapani, al fine di realizzare un Polo espositivo fieristico e

commerciale¹⁸². Il Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale della Provincia di Trapani (ASI Trapani) è ricorso al *project financing* per la relativa progettazione, realizzazione e gestione. Dopo aver individuato il promotore nell'impresa Bulgarella Costruzioni s.r.l., il Consorzio ha intrapreso un lungo *iter* autorizzativo finalizzato all'approvazione del progetto preliminare, che pone a base di gara. Quest'ultimo è stato sottoposto al Dipartimento regionale Territorio ed Ambiente VIA/VAS, che impone una serie di condizioni da inserire nel progetto definitivo - esecutivo e, una volta conclusa la conferenza di servizi¹⁸³, viene approvato in via definitiva dal Presidente del Consorzio ASI. Trascorsa questa lunga fase autorizzativa, durata circa 9 anni, nel 2010 viene poi indetta la gara che viene aggiudicata alla Società Bulgarella Costruzioni s.r.l. in qualità di promotore. Il progetto definitivo viene, poi, approvato dalla conferenza di servizi convocata dal Consorzio ASI, durante la quale anche il WWF, Ente gestore della Riserva Saline di Trapani e Paceco, esprime parere favorevole e viene trasmesso lo studio di incidenza ambientale, aggiornato secondo le indicazioni del Dipartimento regionale

¹⁸² UNIONCAMERE (a cura di), *Il partenariato pubblico privato e l'edilizia sostenibile in Italia nel 2013*, cit., pag. 41.

¹⁸³ Si noti che l'art. 14-quinquies, l. 7 agosto 1990, n. 241, prevede che: "Nelle ipotesi di conferenza di servizi finalizzata all'approvazione del progetto definitivo in relazione alla quale trovino applicazione le procedure di cui agli articoli 37 bis e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109, sono convocati alla conferenza, senza diritto di voto, anche i soggetti aggiudicatari di concessione individuati all'esito della procedura di cui all'art. 37-quater della legge n. 109 del 1994, ovvero le società di progetto di cui all'art. 37-quinquies della medesima legge", sul quale cfr. G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi in materia di finanza di progetto*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 671.

Territorio ed Ambiente VIA/VAS, al fine di essere sottoposto alla verifica di assoggettabilità della Valutazione di Impatto Ambientale.

Il promotore aggiudicatario sostiene per intero l'investimento, pari a circa 20 milioni di euro, che verrà remunerato con i proventi della gestione del centro commerciale per un tempo complessivo pari ai 50 anni di durata della concessione. Attualmente, è in corso di approvazione il progetto definitivo - esecutivo, che prevede altresì ulteriori interventi di riqualificazione urbana. L'allungamento dei tempi di attuazione è principalmente dovuto a ragioni di carattere ambientale, legate alla vicinanza dell'area oggetto d'intervento alle Saline di Trapani e Paceco, un sito di importanza comunitaria della Rete Natura 2000, soggetto ad un regime di protezione speciale.

Altri casi in cui il *project financing* ha trovato effettivo impiego riguardano il completamento dei lavori per la realizzazione dell'autostrada Milano-Bergamo-Brescia: l'apporto di capitali privati è arrivato in un momento successivo rispetto alla realizzazione del progetto iniziale, con la finalità di rimpinguare le risorse pubbliche per terminare i lavori¹⁸⁴.

Quindi, nonostante l'impiego effettivo del *project financing* sia attualmente di gran lunga al di sotto delle aspettative e delle potenzialità dell'istituto, le prospettive di utilizzo sono sicuramente al centro dell'attenzione delle autorità pubbliche, considerati i vantaggi derivanti dall'apporto di capitali privati in un'epoca di crisi economico-finanziaria globale.

¹⁸⁴ La notizia è apparsa il 22 marzo 2014, sul giornale "Il Ghirlandaio", www.ilghirlandaio.com.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Quale futuro per il *project financing*?

Al termine della trattazione, la domanda sulle prospettive future di utilizzo di uno strumento che, almeno potenzialmente, dovrebbe “alleggerire” la finanza pubblica, esigerebbe una risposta esaustiva ed articolata. Dall’analisi condotta può trarsi la conclusione che la situazione attuale non consente di effettuare previsioni sicure. Un dato è certo: il successo dei progetti realizzati mediante *project financing* non dipende tanto (o meglio, solo) dalle caratteristiche intrinseche dello stesso, dalla capacità di generare reddito, quanto dalla competenza delle Amministrazioni coinvolte di “piegarlo” alle diverse realtà in cui operano, senza, tuttavia, snaturarne i caratteri salienti.

E, però la complessità della procedura a creare non pochi ostacoli all’impiego effettivo dell’istituto: intoppi burocratici, “ripensamenti” dell’Amministrazione ed eventuali contenziosi – acuiti dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha riconosciuto l’immediata impugnabilità dell’atto di scelta del promotore privato – potrebbero facilmente bloccare l’*iter*, determinando il fallimento del disegno iniziale. Per questo motivo, è di primaria importanza che non vi siano inefficienze organizzative e burocratiche, che il procedimento di scelta del promotore si svolga senza intralci e che, infine, la scelta ricada effettivamente sul “migliore”. La capacità del progetto di generare reddito dipende anche dalle competenze individuali del concessionario

privato, oltre che da una esatta analisi economica dei rischi e della realtà fattuale su cui il progetto iniziale verrà implementato. L'Amministrazione dovrà, poi, portare a termine tutti i procedimenti preliminari alla realizzazione dell'opera, quali: la declaratoria di pubblico interesse di uno o più immobili privati; eventuali espropri; l'adozione di strumenti urbanistici in variante a quelli generali. Non mancano alle Amministrazioni strumenti di semplificazione dell'azione a ciò diretta, e rappresentati dalla concertazione tra enti pubblici, come gli accordi di programma, le conferenze di servizi, ecc.

La partecipazione dei privati allo svolgimento di compiti di interesse pubblico può certamente tradursi in sprechi e inefficienze del sistema, come nel caso delle società miste e delle società di trasformazione urbana. Tuttavia, nel caso del *project financing*, la natura contrattuale del rapporto tra privato ed Amministrazione, l'assunzione totale o parziale dei rischi da parte del soggetto privato e l'assunzione della responsabilità di predisporre un progetto capace, da solo, di generare reddito, costituiscono elementi che, se ben sfruttati, lasciano ben sperare nell'utilizzo sempre più frequente dell'istituto.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il partenariato Pubblico Privato. Modelli applicativi: il Project Financing*, in *www.utfp.it.*, 22 ss.

ACCETTURA B., *PPP e forme di tutela alternative alla giurisdizione nel codice dei contratti pubblici: problemi e prospettive*, in CHITI M.P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 491 ss.;

ACOCELLA C., *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: i recenti sviluppi nel comparto locale*, in G. PALMA (a cura di), *Lezioni*, Napoli, 2011, 23 ss.;

ASSETTA M. R., *Il partenariato pubblico-privato nel diritto comunitario*, in G.A. BENACCHIO-M. COZZIO, *Mercato, regole e innovazione nel settore degli appalti e servizi pubblici*, Torriana (RN), 2010, 25 ss.;

BALDI M., *Il nuovo modello di project financing introdotto dal D.L. 70/2011*, in *Urb. e app.*, n. 9/2011, 1040 ss.;

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

BALESTRIERI A. M., *La sequenza di regimi della finanza di progetto: questioni vecchie e nuove sul diritto di prelazione*, in *Urb. e app.*, 2009, 525 ss.;

BROCCA M., *Strumenti di prevenzione delle controversie: il precontenzioso nel settore degli appalti pubblici*, in CHITI M.P., (a

cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 431 ss.;

BARBAFIERI I., *I PPP contrattuali: esperienze applicative della Provincia di Pisa*, in CHITI M.P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 421 ss.;

BARBATI C., *La scuola l'università, la ricerca e lo sviluppo* (commento a Il “decreto sviluppo”, Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 12 luglio 2011, n. 106, recante Prime disposizioni urgenti per l'economia), in *Giorn. dir. amm.*, n. 10/2011, 1049 ss.;

BARTOLINI A., *Articolo 156. Le società di progetto*, in L. PERFETTI, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa, 2013, 1745 ss.;

BELLAGAMBA L., *Aspetti della concessione e del project financing*, in www.giustamm.it;

BENACCHIO G.A., COZZIO M. (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, Trento, 2008;

CALDERONI G., *La “nuova” concessione di servizi*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011;

CAPANTINI M., *I partenariati pubblico privati nell'organizzazione di grandi eventi. Esperienze europee*, in CHITI M.P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 377 ss.;

CAPPONI B., *L'arbitrato della 205: l'applicabilità al project financing*, in www.giustamm.it;

CARANTA R., *Accordi tra amministrazioni e contratti pubblici* (nota a Corte giust. UE, 19 dicembre 2012), in *Urb. e app.*, n. 4/2013, 391 ss.;

CARANTA, R. *Concessione di opere e servizi*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 239 ss;

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, 2011;

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

CARTEI G. F., *Interesse pubblico e rischio: il principio di equilibrio economico-finanziario nella finanza di progetto*, in CARTEI G. F., RICCHI M., (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010, 3 ss.;

CARTEI G. F., *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in *Urb. e app.*, n. 8/2011, 888 ss.; nonché in www.giustamm.it;

CARTEI G. F., *La finanza di progetto: modello e varianti*, in CHITI M.P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 59 ss.;

CARTEI G. F. (a cura di), *Responsabilità e correttezza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008;

CARTEI G. F., RICCHI M., (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010;

CASSESE S., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, 1995, V, 377 ss.;

CASTENASI S., *Profili civilistici del project financing*, in CHITI M.P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 75 ss.;

CAVALLO P., *Il project Financing, elementi descrittivi*, Workshop sul *Project Financing* “Riscaldiamo le Opere Fredde, XX Assemblea Annuale Anci, Trieste 23 ottobre 2008;

CERRINA FERONI G., *Il partenariato pubblico-privato nelle esperienze del Regno Unito e della Germania: alcune indicazioni per le prospettive di sviluppo dell’istituto nell’ordinamento italiano*, in www.giustamm.it;

CHITI M. P., *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009;

CHITI M. P. (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell’amministrazione*, Bologna, 2005;

CHITI M. P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009;

CIANFLONE A., *L’appalto di opere pubbliche*, Milano 1985;

CIRILLO G. P., *I contratti e gli accordi delle amministrazioni pubbliche*, in www.giustizia-amministrativa.it;

CLARIZIA A., *Concessioni, concessioni di servizi e project financing*, in www.giustamm.it;

CORSI C., *Le concessioni di lavori e servizi*, in CHITI M.P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 11 ss.;

CORTESE F., *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 35 ss.;

CUONZO R., *La programmazione negoziata nell'ordinamento giuridico*, Padova, 2007;

D'ALBERTI M., *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981;

D'ALBERTI M. (a cura di), *Concessioni e concorrenza*, Roma, 1998;

D'ANGIOLILLO P., *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009;

D'ARCANGELO L., *La programmazione negoziata tra crisi ideologica e virtuosismi locali*, Relazione ai seminari di studio sul tema «Sviluppo e occupazione tra europeismo e localismo», Napoli, 3-4 maggio 2002, in www.sole.unina.it;

DE GERONIMO P.G., *Il ruolo del privato nella programmazione per accordi. Dalla contrattazione programmata alla programmazione negoziata*, Roma, 2012;

DE LEONARDIS F., *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. Amm.*, 2008, fasc. 3, 557 ss.;

DE NICTOLIS R., *Gli elementi connotanti le società in house*, in R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008, 133 ss.;

DE NICTOLIS R. (a cura di), *La riforma del Codice appalti*, in *Urb. e app.*, n. 6/2012, 617 ss;

DI PACE R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006;

DE PIERRIS L., *Improving the infrastructure*, in www.infopieffe.it.

DI PLINIO G., *La programmazione negoziata nell'esperienza italiana*, Relazione al convegno «*La pianificazione dello sviluppo locale: istituzioni e procedure*», Trento, 6 giugno 2005, in www.itc.it;

FARINA V., *Grandi infrastrutture, il contraente generale ed il project financing*, in www.giustamm.it;

DUGATO M., *Il partenariato pubblico privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 55 ss.;

FERRARA R., *La programmazione "negoziata" tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 1999, 429 ss.;

FERRARO V., *Le principali implicazioni della giurisprudenza comunitaria in materia di in house providing per la disciplina nazionale delle forme istituzionalizzate di partenariato pubblico-privato*, in CHITI M. P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato:*

concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni, Napoli, 2009, 257 ss;

FIDONE G., *L'asseverazione bancaria del piano economico finanziario*, in G. F. CARTEI, M. RICCHI (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010;

FIDONE G., RAGANELLI B., *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. "prelazione" del promotore*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 949 ss.;

FRACCHIA F., *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2010;

GALETTA D.-U., *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2007, 17 ss.;

GAMBARDELLA F., *Le società di trasformazione urbana*, in F. LIGUORI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, 2007, 263 ss.;

GASTALDO V., *Possibilità e limiti del potere di negoziazione nelle procedure di scelta del promotore finanziario*, in www.giustamm.it;

GATTI S., GERMANI A., *Le applicazioni del project finance nel settore sanitario: stato dell'arte e prospettive di utilizzo in Italia*, in www.utfp.it.;

GIANI L., *Project financing e sanità. Criticità di un modello in continua evoluzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Roberto Marrama*, Napoli, 2012, 413 ss.;

GIANNINI M.S., *Le programmazioni dal punto di vista giuridico*, in GIANNINI M.S., *Scritti*, Volume Sesto, 1970-1976, Milano, 2005, 1091 ss.;

GIANNINI M. S., *Pianificazione*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXIII, 1983, 629 ss.;

GIANNINI M. S., *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e gestione del territorio*, in GIANNINI M. S., *Scritti*, Volume Sesto, 1970-1976, Milano, 2005, 865 ss.;

GIOVAGNOLI R., *Sistemi di realizzazione delle opere pubbliche e strumenti di finanziamento: dall'appalto al partenariato pubblico privato* (Relazione tenuta al Convegno "Appalto pubblico: chance di sviluppo efficiente", tenutosi a Ravello il 14 e 15 ottobre 2011), in www.giustamm.it, 2011;

GIOVANNELLI M., LASTRAIOLI D., *Concessione di lavori pubblici e promotore finanziario*, in *Urb. e app.*, 2006, fasc. 7, 854 ss.;

R. GIOVANNINI, *Le esperienze delle amministrazioni locali per riscaldare le opere fredde*, in CARTEI G. F., RICCHI M., (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010, 629 ss.,

GRACILI P., GRACILI L., MENALDI V., *Problemi del "project financing" per gli investimenti degli enti locali*, in *Studi e note di economia*, n. 3/97, 167 ss.;

GUCCIONE C., *La disciplina regionale delle concessioni autostradali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, fasc. 9, 1009 ss.;

GUELLA F., *L'impugnabilità immediata della selezione del promotore nella finanza di progetto*(nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1), in *Giorn. dir. amm.*, n. 8-9/2012, 844 ss.;

GULLO F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965;

GUZZO G., *Project financing: il difficile viatico seguito dal legislatore italiano nell'opera di recepimento dei principi comunitari in materia di finanza di progetto alla luce del D.D.L. di riforma statale n. 3320-s. e del recente D.D.L. licenziato dalla Regione Campania*, in *www.giustamm.it*, 2006;

ILACQUA, *Project financing: la scomparsa del diritto di prelazione del promotore*, in *www.giustamm.it*.;

M. IMMORDINO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2012, 406 ss., 446 ss.

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

LIGUORI F. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007;

LIGUORI F., *Notazioni sulla presunta fine del dualismo tra pubblico e privato*, in *www.giustamm.it*.;

M. LIPARI, *Il contenzioso*, in CARTEI G. F., RICCHI M., (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010, 489 ss.,

LOLLI A., *Le società miste*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*.

Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme, Torino, 2011, 311 ss.;

LUGARESI N., *Concessioni di costruzione e di gestione e Project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. app.*, 2001, fasc. 4, 647 ss.;

LUGARESI N., *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 541 ss.;

MAGRÌ E., *Considerazioni sul project financing*, in www.giustamm.it;

MANFREDI G., *Le conseguenze processuali del ruolo del promotore del project financing* (nota a Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1), in *Urb. e app.*, n. 5/2012, 543 ss.;

MANFREDI G., *La finanza di progetto dopo il D.Lgs. n. 152/2008*, in *Dir. Amm.*, n. 2/2009, 429 ss.;

MARCHEGIANI G., *Alcune considerazioni in merito al c.d. "Partenariato pubblico-privato" (PPP)*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, fasc. 1, 7 ss.;

MARCOLUNGO C., *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*, in CHITI M.P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 193 ss.;

MARTINIELLO L., *Analisi dei rischi nelle Partnership Pubblico Private e riflessi contabili della decisione Eurostat 2004*, in CARTEI G. F., RICCHI M., (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010, 589 ss.;

MASSERA A., *I principi generali*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Parte generale, Tomo I, diretto da CHITI M.P. e GRECO G., , Milano, 2007, 285 ss.;

MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, Padova, 1998;

MASTRAGOSTINO F., *I profili processuali comuni ai vari istituti*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 71 ss.;

MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011;

MATTALIA M., *Il project financing come strumento di partenariato pubblico privato*, in *Foro amm.-CdS*, n. 6/2010, 1246 ss.;

MELE E., *I contratti delle Pubbliche Amministrazioni*, Milano, 2011;

MARIANI, MENALDI & ASSOCIATI (a cura di), *Il project financing. Analisi giuridica, economico-finanziaria, tecnica, tributaria, bancaria, assicurativa*, Torino, 2012;

MERUSI F., *Certezza e rischio nella finanza di progetto*, in MORBIDELLI G. (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004;

MERUSI F., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, 100.

MERUSI F., *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011;

- MERUSI F., *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in *Riv. trim. app.*, 1998, 223 ss.;
- MORBIDELLI G. (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004;
- MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M., *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, vol. I, Milano, 2007, 423 ss., 451.
- NEVITT P. K., *Project financing*, Bari, 1988, traduzione a cura di DE SURY P.
- NUGNES F., *L'autonomia finanziaria e contabile della Presidenza del Consiglio dei ministri* (commento al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 22 novembre 2010, recante la Disciplina dell'autonomia finanziaria e contabile della Presidenza del Consiglio dei Ministri), in *Giorn. dir. amm.*, n. 9/2011, 945 ss.;
- PAGLIARI G. (a cura di), *La conferenza di servizi in materia di finanza di progetto*, in SANDULLI M.A. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 671 ss.;
- PELLIZZER F., *Le concessioni di opera pubblica. Caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990;
- PELLIZZER F., *Gli accordi pubblico-privato nel governo del territorio*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 131 ss.;
- PIPERATA G., *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane* (Relazione al Convegno SIEV, La Valutazione nel rapporto negoziale pubblico privato. La definizione

dei progetti di trasformazione urbana tra incertezza del diritto e obiettivi di sviluppo, organizzato nell'ambito di Urbanopromo, 30 ottobre 2010, Varenna), in *Urb. e app.*, n. 5/2011, 508 ss.;

PIPERATA G., *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 3 ss.;

PARIS N., *I lavori pubblici nel codice degli appalti*, in *Nuova rass. legisl., dottr. e giurispr.*, 2007, fasc. 5, 474 ss.;

PAVESI A., SAMBRI S. M., *Il project financing alla luce del terzo decreto correttivo dei contratti pubblici*, in FRANCHINI C., TEDESCHINI F. (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009, 243 ss.;

PELLIZER F., *Le concessioni di opera pubblica: caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990;

PICONE P., *I temi generali del diritto amministrativo*, Napoli, 2001;

PICONESE A., *Il référé précontractuel: spunti in tema di effettività del diritto dei contratti pubblici*, in CHITI M.P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 461 ss.;

PONZONE L., *L'attività di programmazione e gli studi di fattibilità*, in G. CARTEI F. - RICCHI M. (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Napoli, 2010, 51 ss.;

RAGANELLI B., *L'iniziativa privata in caso di "inerzia della pubblica amministrazione*, in CARTEI G. F., RICCHI M., (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010, 287 ss.;

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

RICCHI M., *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, in *Urb. e app.*, 2002, 153 ss.;

ROEHRSEN G., *I lavori pubblici*, Torino, 1971;

ROMANO B. N., *Brevi considerazioni sull'utilizzo del project financing in settori specifici a seguito delle complesse e "tormentate" riforme più recenti*, in AA.VV. *Scritti in onore di Giuseppe Palma*, Torino, 2012, 2727;

ROMANO B. N., *Il project financing nell'ordinamento italiano*, Napoli, 2012;

ROMITELLI G., *Finanza di progetto*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg., 181 ss.;

ROSTAGNO S., *Società miste: la via del Consiglio di Stato fra modello in house e partenariato pubblico-privato*, in www.giustamm.it;

SAMBRI S. M., *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, Padova, 2013;

SANDULLI A., *I lavori pubblici*, in ID (a cura di), *I lavori pubblici. Atti del Convegno del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Vicenza, 1967;

SANDULLI M. A., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili di tutela*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 2005, fasc. 1, 167 ss.;

SARACINO C.M., *Appalti e concessioni: dai nomina iuris alla disciplina. Alcuni profili di indagine*, in *Foro Amm-TAR*, 2007, fasc. 7-8, 2480 ss.;

SCIULLO G., *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato ed i principi generali di riferimento*, in MASTRAGOSTINO F. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 23 ss.;

SCOCA F. G., *Gli appalti pubblici: profili sostanziali e processuali*, Napoli, 2012;

Serio A., *I contratti di collaborazione tra il settore pubblico ed il settore privato in Spagna: profili processuali*, in CHITI M.P., (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009, 477 ss.;

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2013;

SORICELLI G., *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, 2008;

SPAGNUOLO VIGORITA R., *Politiche pubbliche del servizio sanitario*, Napoli, 2003;

SPAGNUOLO VIGORITA V., *Opere giuridiche (1954-1994)*, Napoli, 2001;

SPAGNUOLO VIGORITA V., *Concessione di pubblico servizio: problemi di giurisdizione e di effettività della tutela in tema di scelta del contraente e di rapporti tra amministrazione concedente e concessionario*, in PERICU G., ROMANO A., SPAGNUOLO VIGORITA V., *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 109 ss.;

UNIONCAMERE (a cura di), *Il partenariato pubblico privato e l'edilizia sostenibile in Italia nel 2013*, in www.infopieffe.it;

USAI S., *Project financing ed esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante* (nota a Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2010, n. 8554), in *Urb. e app.*, n. 4/2011, 444 ss.;

VALAGUZZA S., *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, 31 ss.;

VALERIO M., *Accesso al progetto, variazione della compagine sociale ed ambito oggettivo di applicazione del project financing*, www.giustamm.it;

VALERIO M., *Qualificazione dei promotori, valutazione della proposta e nozione di controprestazione nel project financing*, in www.giustamm.it;

VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008;

VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, 31 ss.;

VINCENZO L., *Trust e project financing*, in www.giustamm.it.