

MISURE URGENTI PER IL POTENZIAMENTO DELLE STRUTTURE DELL'AMMINISTRAZIONE ED IL PROJECT FINANCING

CATERINA DI MARZIO*

1. Nel decreto legge 11 settembre 2002, n. 201 (in Gazz. Uff., 18 settembre, n. 219), convertito con modificazioni dalla legge 14 novembre 2002, n. 259 (in Gazz. Uff., 16 novembre 2002, n. 269) recante *"Misure urgenti per razionalizzare l'Amministrazione della giustizia"* è introdotta, nel Capo III afferente *"Interventi urgenti per il potenziamento delle strutture dell'Amministrazione penitenziaria"*, la disposizione di cui all'art. 6 con la quale si attribuisce al Ministro della Giustizia, sentito il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, il potere di predisporre, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, un piano straordinario pluriennale di interventi per l'acquisizione e per l'adeguamento strutturale di edifici, opere, infrastrutture ed impianti indispensabili al potenziamento del settore penitenziario, utilizzando prioritariamente gli strumenti previsti dall'articolo 145, comma 34, lettera c), della legge 23 dicembre 2000, n. 388, per un onere complessivo pari a euro 93.326.896 (art. 6, comma 1). Piano straordinario che deve essere sottoposto alle competenti Commissioni parlamentari perché esprimano parere entro trenta giorni.

Il Ministro della Giustizia riferisce, con relazione semestrale, alle Camere sullo stato di attuazione del piano straordinario e sui rapporti con l'attuazione del programma ordinario.

Ai fini dell'applicazione del comma 1, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione, il medesimo Ministro predispone, altresì, l'elenco degli istituti penitenziari la cui dismissione può avvenire attraverso il ricorso allo strumento della permuta (art. 6, comma 1-bis).

Al piano di cui al comma 1 non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 14 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni (art. 6, comma 1-ter).

2. Nell'art. 145 (*Altri interventi*), comma 34, della Legge 23 dicembre 2000, n. 388 (in Suppl. ordinario alla Gazz. Uff. del 29 di-

* Avvocato del Foro di Roma.

cembre, n. 302) afferente le *“Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2001)”*, di cui al Capo XXIII relativo agli *“interventi in materia di investimenti pubblici”*, è previsto che il Ministro della Giustizia:

a) entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, predisponga l'elenco degli istituti penitenziari ritenuti strutturalmente non idonei alla funzione propria e per i quali risultati necessaria o conveniente la dismissione;

b) promuova le intese necessarie con le regioni o con gli enti locali interessati, per attuare le suddette dismissioni e reperire le aree per la localizzazione dei nuovi istituti;

c) possa valersi, ai fini delle acquisizioni dei nuovi istituti, degli strumenti della locazione finanziaria, della permuta e della finanza di progetto.

Alla luce delle suddette disposizioni, il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP) predisponendo, alcuni anni or sono, dei bandi di gara per la fornitura di servizi di locazione finanziaria (*c.d. leasing immobiliare pubblico in costruendo*) al fine di acquisire due nuovi istituti penitenziari nei Comuni di Varese e Pordenone. Detti bandi venivano pubblicati sulla G.U.C.E. ai nn. 45771 e 45760 del 16 marzo 2004 e sulla G.U.R.I. al n. 70 del 24 marzo 2004 nonché sul sito internet www.giustizia.it. I relativi avvisi di gara venivano pubblicati su tre quotidiani a diffusione nazionale, ovvero su *Il Sole 24 ore* del 20 marzo 2004, *Il Corriere della Sera* del 22 marzo 2004 e *La Repubblica* del 22 marzo 2004. La procedura di gara prescelta era individuata nella licitazione privata ai sensi del D.L.gs. n. 157/'95 ed aveva ad oggetto *“la fornitura dei servizi di locazione finanziaria (leasing) immobiliare in costruendo finalizzati all'acquisizione di due Istituti Penitenziari rispettivamente nei Comuni di Varese e Pordenone”*.

Vista la classificazione della gara come *“appalto di servizi”*, l'A.N.C.E. (Associazione Nazionale Costruttori Edili) inoltrava reclamo all'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici ed impugnava i bandi di gara dinanzi al Capo dello Stato, attraverso due ricorsi straordinari, sostenendo l'illegittimità della scelta di procedere attraverso appalti di servizi di fornitura anziché con appalti di lavori pubblici. L'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici, in seguito ad apposita istruttoria, con deliberazione n. 145 del 23 settembre 2004 stabiliva la legittimità della procedura prescelta in quanto coerente con la vigente legislazione.

Stesso esito dava l'istruttoria del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica che così dichiarava la legittimità dei bandi di gara, in conformità al parere formulato dal Consiglio di Stato.

3. Tuttavia, successivamente, in seguito a ricorso, la Commissione europea apriva, nei confronti dello Stato italiano, a causa delle procedure di gara in corso, una procedura d'infrazione (n. 2004/5090), ex art. 226 del Trattato CE. Tale procedura terminava con un "Parere motivato" (C (2006) 2518) secondo cui *"avendo il Ministero della Giustizia bandito, per l'attribuzione degli appalti aventi ad oggetto la realizzazione e la locazione finanziaria di due istituti penitenziari nei comuni di Varese e di Pordenone, due gare d'appalto che non hanno per oggetto l'aggiudicazione di un appalto di lavori e che non sono, quindi, conformi alle regole previste dalla direttiva 93/37/CEE per l'aggiudicazione degli appalti di lavori, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi che Le incombono in virtù della direttiva 93/37/CEE, e segnatamente dei suoi articoli 6, 7, 11 e 18"*.

In ossequio all'art. 22, comma 1, del Trattato CE la Commissione invitava, quindi, la Repubblica italiana a conformarsi al suddetto parere.

Nell'argomentare il proprio parere la Commissione europea richiamava l'art. 1 della Direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993, l'art. 1 della Direttiva 92/50/CEE nonché la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee (in particolare la sentenza del 19 aprile 1994, *"Gestìon Hotelerà"*, causa C-331/92), sostenendo che i lavori di realizzazione dei due istituti penitenziari non potevano, né possono, essere considerati accessori rispetto al servizio di locazione finanziaria, atteso che dette opere costituiscono beni da locare e, quindi, oggetto stesso del servizio. Ritiene la Commissione che *"indipendentemente dalla considerazione che, data la natura delle opere in questione, appare fortemente improbabile che l'amministrazione decida di dismetterle alla fine della locazione, è da rilevare che un contratto, quale quello di cui trattasi, avente ad oggetto la realizzazione di un'opera e la successiva locazione, con diritto di riscatto della medesima, rientra pienamente nella definizione di appalto pubblico di lavori sopra citata, che comprende ogni contratto avente ad oggetto l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice"*. Le procedure da adottare, aperta o ristretta, devono dunque garantire la partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate. Diversamente le gare indette dall'Amministrazione penitenziaria, le condizioni di partecipazione (tra le quali l'abilitazione a fornire servizi finanziari, ed i criteri di capacità fissati per selezionare i candidati, come l'esperienza in operazioni di leasing immobiliari) hanno permesso la partecipazione dei soli prestatori autorizzati ad esercitare tale servizio, lasciando agli stessi la scelta delle imprese incaricate di realizzare i lavori, seppur indicando, nei documenti di gara, i crite-

ri di capacità che devono essere soddisfatti da tali imprese. Questa circostanza, tuttavia, comporta che tali criteri di capacità non siano presi in considerazione ai fini della partecipazione alla procedura delle imprese di costruzione, ma piuttosto ai fini della valutazione delle offerte, contravvenendo, così, al principio di libera partecipazione alla gara, su una posizione di parità, delle stesse imprese.

La Commissione si sofferma anche sulla normativa nazionale (art. 145, co. 34, L. n. 388/'00, secondo la quale l'Amministrazione indicava le gare di appalto di servizi) nonché sulle motivazioni d'urgenza date dall'Amministrazione penitenziaria, ritenendo le une e le altre irrilevanti ovvero non in grado di giustificare la violazione delle direttive comunitarie. La possibilità di derogare alle procedure ad evidenza pubblica proprie della "direttiva lavori" per ragioni legate all'urgenza è limitata ai soli casi in cui siano soddisfatte le condizioni fissate dalle stesse disposizioni comunitarie: specificamente ai sensi dell'art. 7, par. 3, lett. c), della direttiva 93/37/CEE si può ricorrere alla procedura negoziata, non preceduta dalla pubblicazione di un bando di gara, esclusivamente nei casi di urgenza imperiosa derivante da eventi imprevedibili e non imputabili alla pubblica amministrazione e soltanto in misura strettamente necessaria. Condizioni nella fattispecie insussistenti.

La Commissione, infine, ritiene inverosimile l'argomentazione secondo cui si tratti di opere destinate alla pubblica sicurezza e che, secondo quanto ritenuto dall'Amministrazione, avrebbero potuto essere dichiarate segrete. La Commissione, infatti, ricorda che l'art. 4, lett. b), della direttiva 93/37/CEE (che esclude l'applicazione della citata direttiva per gli appalti di lavori dichiarati segreti o la cui esecuzione deve essere accompagnata da particolari misure di sicurezza), deve essere interpretata restrittivamente e l'onere di provare l'esistenza delle circostanze che la giustificano è a carico di chi intende avvalersene. Le autorità italiane non avevano fornito alcun elemento suscettibile di dimostrare l'esistenza di una delle ipotesi derogatorie previste dal sopra citato art. 4.

4. Il Gabinetto del Ministro della Giustizia, considerato, tra gli altri, il parere 3 agosto 2006 n. 4205 reso dall'Ufficio Legislativo del Dicastero, con nota 3 agosto 2006 n. 24835 optò, così, per l'annullamento delle procedure di gara. Con decreto direttoriale 28 agosto 2006 n. 5775 furono così annullate le procedure di gara e ne venne informato l'unico concorrente rimasto, il quale, nei termini di legge, propose ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio chiedendo, sostanzialmente, l'annullamento dei decreti direttoriali di annullamento, del parere dell'Ufficio Legislativo nonché un lau-

to risarcimento per il danno derivante da mancata aggiudicazione della gara ovvero per la perdita di *chance*, ovvero per responsabilità precontrattuali.

Il T.A.R. del Lazio, Sezione I *quater*, con sentenza n. 5993 del 2007 respingeva l'azione di annullamento dei decreti direttoriali ed accolse *in parte qua* la domanda risarcitoria. Il T.A.R. adito evidenzia come il decreto direttoriale di annullamento delle gare riconduce la determinazione assunta sia al parere motivato della Commissione Europea, in base al quale le gare indette sono ritenute contrarie alle regole della direttiva 93/37/CEE del Consiglio del 14 giugno 1993 (i cui appalti, ai sensi del diritto comunitario, sono qualificabili come appalti di lavori e non di servizi), sia al parere espresso dall'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia secondo cui, dovendo evitarsi la soccombenza dello Stato italiano ad un eventuale giudizio promosso davanti alla Corte di Giustizia Europea, *ex art.* 226 del Trattato, nell'esercizio dei poteri di autotutela, era opportuno che l'amministrazione annullasse il bando di gara.

Non solo: considerata la valenza politica della situazione, atteso che le valutazioni dell'Amministrazione avrebbero certamente coinvolto lo Stato italiano e che occorreva evitare allo stesso un processo dinanzi alla Corte di Giustizia Europea, nell'ambito del quale non avrebbe potuto escludersi una soccombenza, fu sollevata, dinanzi al T.A.R., la questione sulla necessità di definire il potere del giudice amministrativo di sindacare siffatte scelte.

5. Alla luce di un determinato orientamento giurisprudenziale (*cfr. C.d.S., Sez. VI, sent. 11 aprile 2006, n. 1997*) il T.A.R. sostenne che tali scelte fossero caratterizzate da ampia discrezionalità, a fronte della quale la sindacabilità deve ritenersi ristretta al vaglio estrinseco di una adeguata motivazione o della sussistenza di eventuali profili di travisamento. In verità il nesso intercorrente tra i decreti impugnati e la procedura d'infrazione nonché il parere espresso dalla Commissione Europea rivestono un ruolo primario nella valutazione dell'operato dell'Amministrazione, atteso che rileva la vera, o comunque, primaria funzione dei provvedimenti in contestazione, ben diversa da quella che ordinariamente connota i provvedimenti assunti in autotutela e l'interesse pubblico agli stessi sotteso: il T.A.R., perciò, ritenne infondate le censure del ricorrente.

Il T.A.R., chiamato a pronunciarsi anche in merito all'oggetto del contratto che avrebbe dovuto essere stipulato con il concorrente (il *leasing immobiliare in aedificando*), sottolineò che tale tipologia contrattuale è finalizzata "alla mera acquisizione della disponibilità di un bene per un determinato periodo di tempo avvalendosi di un finan-

ziamento' da parte di una società finanziaria ma anche alla realizzazione dell'opera a carico della stessa società finanziata. (...) Appare evidente che il ricorso alla locazione finanziaria di per sé non consente la costruzione di un immobile; ne consegue che, ove ciò avvenga, come nel caso in esame, si realizza un indiscutibile abbinamento tra leasing e appalto di lavori". Seppur, quindi, nella fattispecie si possa configurare un appalto misto, deve, tuttavia, essere attribuito un ruolo primario alla realizzazione dei lavori rispetto al leasing, oggetto della locazione sarebbero state le opere, ultimate. Il duplice interesse dell'Amministrazione alla realizzazione delle opere ed al finanziamento, onde evitare un esborso eccessivo in un'unica soluzione, non può essere raggiunto con lo strumento del *leasing immobiliare in aedificando*.

Ancora, il Tribunale osservava che, a norma dell'art. 19 dell'allora vigente Legge n. 109/'94 (*Legge quadro in materia di lavori pubblici*) i lavori pubblici possono, anche alla luce della nuova normativa, essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici. Non solo, a mente degli artt. 37-bis e segg. della suddetta legge, le stazioni appaltanti possono affidare la realizzazione di opere pubbliche attraverso il c.d. *project financing*. Poiché ai sensi dell'art. 145, comma 34, lett. c), della Legge 23 dicembre 2000, n. 388 il Ministro della Giustizia può valersi, ai fini delle acquisizioni dei nuovi istituti penitenziari, degli strumenti della locazione finanziaria, della permuta e della finanza di progetto, qualora non si voglia affidare la realizzazione delle opere tramite appalto o concessione, l'Amministrazione può optare per la finanza di progetto, e ciò al fine di ovviare alla mancanza di fondi disponibili per la costruzione delle opere occorrenti. Il mancato esplicito pagamento del prezzo di appalto in unica soluzione, tramite stati di avanzamento lavori, non consente di addivenire alla soluzione impugnata.

Non appare qualificante, inoltre, individuare l'acquisizione dei costruendi Istituti penitenziari come vendita di cosa futura "*la quale (ritiene il T.A.R. Lazio) trova la sua ragion d'essere soltanto nelle ipotesi in cui l'immobile da acquisire presenti peculiarità che lo rendano infungibile per effetto della localizzazione delle aree e, comunque, presuppone un bene con una conformazione da soddisfare ex se le esigenze dell'Amministrazione. Orbene, il caso in esame non sembra connotato dalle richiamate caratteristiche*".

6. La sentenza n. 5993/2007 della Sezione I *quater* del T.A.R. Lazio fu impugnata dinanzi al Consiglio di Stato dal Ministero della Giustizia nella parte in cui prevede il risarcimento dei danni alla società partecipante alle procedure di gara.

Il Consiglio di Stato (IV Sezione in sede giurisdizionale), con decisione n. 914 del 2009, accolse l'appello respingendo il ricorso proposto in primo grado.

Il Consiglio di Stato rilevò come l'Amministrazione penitenziaria non avesse considerato che la scelta della procedura di affidamento della gara per la realizzazione degli istituti penitenziari di Varese e Pordenone deve essere effettuata sì alla luce delle opzioni fornite dal legislatore nazionale, ma nel rispetto delle direttive comunitarie.

È del resto orientamento consolidato nella giurisprudenza, anche nazionale, ritenere la prevalenza della normativa comunitaria su quella interna per ciascuno Stato membro dell'Unione Europea in materia di appalti pubblici di valore superiore alla soglia comunitaria, anche nelle ipotesi in cui trattasi di procedure non rappresentate a livello comunitario.

In quest'ultimo caso, infatti, la giurisprudenza amministrativa, in linea di continuità con la giurisprudenza comunitaria¹, osserva che le concessioni di pubblici servizi, pur se non regolate da direttive specifiche, soggiacciono ai principi generali dettati, in materia, dal Trattato costitutivo.

Segnatamente, il giudice amministrativo stabiliva che: *"in tema di affidamento, mediante concessione, di servizi pubblici di rilevanza comunitaria, il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (ritraibili principalmente dagli articoli 43 e 49 del Trattato C.E.), nonché dei principi generali che governano la materia dei contratti pubblici (enucleabili dalle direttive in materie di appalti di lavori, servizi, forniture e settori esclusi), impone all'amministrazione procedente di operare con modalità che preservino la pubblicità degli affidamenti e la non discriminazione delle imprese, mercé l'utilizzo di procedure competitive selettive. A non diverse conclusioni in ordine alla necessità dello svolgimento di una procedura selettiva, si giunge anche volendo considerare l'affidamento in esame come concessione di costruzione e gestione di opera pubblica. È stata, invero, riconosciuta la portata generale della normativa sulle concessioni di opere pubbliche prevista dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109: più specificamente, la disciplina dell'art. 19 è stata considerata come lo statuto fondamentale dell'istituto della concessione di lavori, che occorre applicare a prescindere dal metodo utilizzato per l'affidamento ed anche se la concessione sia disposta con legge (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 1997, n. 584; Corte dei conti, sez. contr. Stato, 8 giugno 2000,*

¹ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. n. 253 del 17 gennaio 2002, in ordine all'affidamento di concessione di gestione di rete autostradale.

n. 55, secondo la quale ai sensi dell'art. 20, comma 2, legge n. 109 del 1994 l'unico sistema per la scelta del concessionario è quello della licitazione privata)"².

Non può sottacersi la circostanza secondo cui, per la realizzazione degli istituti di pena, l'Amministrazione penitenziaria, in virtù delle disposizioni nazionali, aveva optato per l'applicazione della disciplina sugli appalti di servizi, erroneamente individuando la prevalenza dell'aspetto finanziario (considerato il valore delle opere) su quello afferente l'esecuzione dei lavori, mancando di considerare che l'acquisizione delle opere non è accessoria rispetto al reperimento dei fondi necessari alla costruzione, bensì prevalente.

7. Nel settore dei lavori pubblici, l'art. 2, co. 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i., secondo cui: *"nei contratti misti di lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento"*, è stato oggetto da parte della Commissione europea, ex art. 226 del Trattato, di una procedura di infrazione³. La Commissione sottolinea che nella individuazione dell'oggetto principale di un appalto misto concorrono non solo la rilevanza economica delle singole prestazioni, ma anche la connotazione dell'eventuale accessorialità della componente lavori rispetto alle altre prestazioni, e viceversa. In seguito, nella direttiva unificata n. 18/2004/CE⁴ con riferimento agli appalti misti (lavori con forniture e/o servizi), nel X Considerando si precisa che l'appalto è definito di lavori se il suo oggetto riguarda specificamente l'esecuzione di lavori *"anche se può riguardare la fornitura di altri servizi necessari per l'esecuzione dei lavori stessi"*. Al contrario, qualora il contratto contenga lavori qualificabili accessori rispetto ai servizi, esso si definisce appalto di servizi.

La prevalenza deve essere, dunque, data alla nozione di accessorialità dei lavori e non alla prevalenza economica⁵: sono accessori, rispetto all'oggetto principale del contratto, i lavori che *"costituiscono solo una conseguenza eventuale o un completamento del servizio"* (così, nel X Considerando della direttiva unificata; analogamente dispone l'art. 1, co. 2, della stessa direttiva).

² V., altresì, in tal senso Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie - Circolare 1 marzo 2002, n. 3944, *"Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori"*.

³ N. 2001/2182.

⁴ Relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

⁵ Cfr. Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, determinazione 6 aprile 2005 n. 3.

8. L'Autorità di vigilanza ha espresso le proprie argomentazioni in materia con il *parere 31 gennaio 2008, n. 24* avente ad oggetto le richieste di risoluzione delle controversie presentate dall'Azienda U.L.S.S. 15 "*Alta Padovana*" e dall'Unione Industriale di Torino, ai sensi dell'art. 6, co. 7, lett. n) del decreto legislativo n. 163/2006. Oggetto del parere era la procedura di locazione finanziaria adottata dalla Azienda U.L.S.S. 15 per la realizzazione della nuova piastra emergenze per le UU.OO.AA. di accettazione, pronto soccorso e radiologia presso l'Ospedale di Cittadella. S.A. L'Autorità, nel fornire il parere, richiama la decisione 13 aprile 2005 adottata circa la costruzione di un parcheggio interrato da realizzare nel centro storico di Lucca attraverso l'istituto del *leasing in costruendo*, per il quale non vi era alcuna copertura normativa di deroga.

L'Autorità ha considerato l'opera da realizzare un contratto di tipo misto, con prevalenza della parte lavori e conseguente applicazione della L. n. 109/1994. Il finanziamento mediante *leasing* è, dunque, prestazione strumentale alla realizzazione dell'opera, con obbligo di costituzione di una ATI tra soggetto esecutore e soggetto finanziatore. Nello stesso senso - rammenta l'Autorità nel parere in esame - si era pronunciata la Commissione europea⁶, ove ha ritenuto che "*i lavori di realizzazione dell'opera non potessero essere considerati accessori rispetto al servizio di locazione finanziaria, ma rispondenti alla definizione di appalto pubblico di lavoro. Di conseguenza, la Commissione europea ha contestato il fatto che fossero state invitate a partecipare alla gara le sole imprese che svolgono servizi finanziari e che, pertanto, l'esecuzione dei lavori fosse affidata ad imprese di costruzione scelte direttamente dalle prime*".

Tale ricostruzione del diritto vigente veniva recepita dalla Finanziaria 2007 nei commi 907, 908, 912, 913 e 914 con i quali è stata introdotta, in via generale, la disciplina del *leasing* immobiliare pubblico, in seguito inserita nel D.Lgs. n. 163/2006 con le modifiche di cui al D.Lgs. 113/2007.

Il comma 1 dell'articolo 160 *bis* del D.Lgs. n. 163/2006 prevede, dunque, che "*per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità i committenti tenuti all'applicazione del presente codice possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria*". Tale disposizione, sosteneva l'Autorità, tuttavia, non era idonea a chiarire la questione della qualificazione giuridica di tale istituto e, precisamente, se esso possa considerarsi appalto di

⁶ Nel parere motivato C (2006) 2518 (relativo alla locazione finanziaria *in costruendo* degli Istituti penitenziari di Pordenone e Varese).

lavori o di servizi. Sul punto, a sgombrare i residui dubbi, è intervenuto il *Regolamento per l'esecuzione e attuazione del D.Lgs. 163/2006* che all'art. 3, lett. c), (all'epoca in fase di pubblicazione), definisce il contratto di locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità come *"il contratto che ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori; il contratto è da qualificare come appalto pubblico di lavori, salvo che gli stessi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo"*. Appare evidente, dunque, per l'Autorità, che il ricorso alla locazione finanziaria di per sé non consenta la costruzione di un immobile, ne consegue che, ove ciò avvenga, come nel caso in esame, si realizza un indiscutibile abbinamento tra *leasing* e appalto di lavori: pur volendo riconoscere alla fattispecie la natura di "contratto misto", alla realizzazione dei lavori deve essere attribuito un ruolo prevalente e, comunque, sulla base dell'articolato sopra riportato, non meramente accessorio.

A conferma di ciò si consideri, altresì, che le opere realizzate rappresentano l'oggetto della locazione, che le stesse si identificano con quelle di cui l'Amministrazione ha necessità, per le quali ritiene necessario il finanziamento, sulle quali, peraltro, eserciterà il diritto di riscatto, elemento, quest'ultimo che, già di per sé, riconduce la fattispecie nell'ambito di operatività della normativa sui lavori.

9. Il *project financing*, da tempo diffuso nei paesi di *Common Law*, si configura come una complessa operazione economico-finanziaria rivolta ad un investimento specifico per la realizzazione di un'opera e/o la gestione di un servizio, su iniziativa di promotori (*sponsors*) privati o pubblici.

La finanza di progetto si avvale di un approccio multidisciplinare complesso e rappresenta uno dei nuovi modelli che vedono sempre più nel rapporto pubblico-privato una via per la realizzazione di moderne infrastrutture necessarie allo sviluppo competitivo dei sistemi locali. Un'operazione di finanza di progetto si caratterizza per la capacità del progetto di autofinanziarsi, producendo flussi di cassa sufficienti per ripagare i prestiti accesi per il finanziamento dell'opera e garantendo al contempo una adeguata remunerazione del capitale investito.

L'istituto del *project financing* è stato introdotto nel nostro ordinamento con la L. 11 novembre 1998 n. 415 (cd. Legge Merloni *ter*) con l'obiettivo di contenere la spesa pubblica e fornire una modalità alternativa alla finanza d'impresa per la realizzazione di opere pubbliche, dove il finanziamento dell'opera con capitale privato è solo parziale.

Al fine di promuovere l'uso del *project financing*, l'art. 7 della L. 17 maggio 1999, n. 144 ha previsto, nell'ambito del CIPE, l'istituzione dell'Unità Tecnica finanza di progetto.

Si tratta di un organo composto da 15 unità, di estrazione marcatamente tecnica, investito del compito di promuovere, all'interno delle pubbliche amministrazioni, il ricorso a tecniche di finanziamento di infrastrutture con ricorso a capitali privati.

Con l'istituzione della predetta Unità Tecnica all'interno del CIPE, il Governo ha promosso la partecipazione di soggetti privati, prima limitata ai grandi sistemi a rete (trasporti autostradali, ferroviari, sistemi aeroportuali), anche agli interventi che interessano singole comunità (parcheggi, metropolitane, trasporti locali, trattamento delle acque, gestione del patrimonio artistico).

Alla L. n. 415/1998 ha fatto seguito la L. 1 agosto 2002 n. 166 (cd. Legge Merloni *quater*), che ha ampliato il numero dei potenziali soggetti promotori (includendovi le Camere di commercio e le fondazioni bancarie) ed ha abolito il limite temporale di durata della concessione.

Le novità introdotte dalla successiva L. 18 aprile 2005 (cd. Legge comunitaria 2004) riguardano sostanzialmente il contenuto dell'avviso pubblico che le Amministrazioni committenti sono tenute a pubblicare per indicare quali opere possono realizzarsi con capitali privati⁷.

Il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 2006 n. 163, in vigore dal 1 luglio 2006), che ha riunito in un unico corpo le disposizioni sulla contrattazione pubblica, negli articoli da 153 a 160 ha riscritto la disciplina del *project financing*, abrogando le precedenti leggi.

Infine è stato emanato il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152⁸. Si tratta di un intervento normativo che ha inciso notevolmente su alcune disposizioni del codice dei contratti, ed in maniera preponderante sull'istituto del *project financing*. La possibilità di intervenire apportando modifiche e integrazioni era stata prevista già nella L. 18 aprile 2005, n. 62⁹, il cui art. 25, comma 3, prevede che: "*Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dal*

⁷ Nel 2004, infatti, il legislatore nazionale si era adeguato alle osservazioni formulate dalla Commissione europea nella procedura d'infrazione n. 2001/2182, con cui si contestavano all'Italia alcune difformità della legislazione nazionale con quella comunitaria in materia di appalti pubblici.

⁸ C.d. terzo decreto correttivo al codice dei contratti, recante ulteriori modifiche ed integrazioni al D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, pubblicato in G.U. n. 251 del 2 ottobre 2008.

⁹ Norme in tema di delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

*comma 1 possono essere emanate disposizioni correttive ed integrative nel rispetto delle procedure di cui all'articolo 1, commi 2, 3 e 4"*¹⁰.

10. Duplice è l'esigenza che spinge le pubbliche amministrazioni a far ricorso alla finanza di progetto per il finanziamento delle infrastrutture di pubblica utilità, vale a dire: ridurre l'esborso finanziario pubblico e migliorare l'efficienza e l'efficacia nella realizzazione e gestione di opere pubbliche. Con tale modello di finanziamento si realizza, infatti, una convergenza di interessi tra la pubblica amministrazione, interessata alla realizzazione dell'opera o del servizio minimizzandone i costi di realizzazione, ed il privato, interessato ai ritorni economici legati alla realizzazione e gestione dell'opera o del servizio.

Nella finanza di progetto l'accordo tra l'amministrazione pubblica e la società privata può avvenire secondo modalità diverse: il privato può avere il compito di realizzare le strutture o di gestirle, oppure può svolgere entrambe le attività. Tale concessione avviene per mezzo della costituzione di una Società di progetto; pertanto, il finanziamento non è diretto ad un soggetto preesistente, ma va a beneficio di una "Società di progetto", costituita con la precipua finalità della realizzazione e/o gestione del progetto stesso.

Il legislatore ha dettato una disciplina puntuale della materia per rispondere alle aspettative degli operatori economici del settore garantendo maggiore certezza e stabilità al rapporto tra l'amministrazione concedente e l'aggregato dei soggetti privati interessati a finanziare la realizzazione di un'opera o di un servizio pubblico, fornendo un *corpus* di regole definite idonee a consentire previsioni ragionevoli dei flussi di cassa.

L'ambito oggettivo di operatività del *project financing* è costituito dalla "realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità". Tale espressione ricomprende nell'oggetto dell'affidamento in concessione di costruzione e gestione "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".

L'estensione dell'oggetto della concessione di costruzione e gestione ai lavori di pubblica utilità realizza diversi obiettivi, alcuni connessi in particolare alle caratteristiche del *project financing*. La

¹⁰ Proprio in virtù di tale ultima previsione normativa, il D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 è stato oggetto di una serie di interventi modificativi. Tra questi ricordiamo il D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6 (c.d. primo decreto correttivo), in vigore dal 1° febbraio 2007 e il D.Lgs. 31 Luglio 2007, n. 113 (c.d. secondo decreto correttivo), in vigore dal 1° agosto 2007.

norma assicura al promotore un'ampia libertà nella progettazione complessiva dell'iniziativa e la possibilità di fare affidamento, nella previsione dell'equilibrio economico-finanziario della stessa, sui flussi di cassa generati da tali lavori. Un fattore considerato molto importante nella predisposizione di operazioni di *project financing* è infatti l'assenza di limiti dimensionali del progetto.

Grazie all'assoggettamento dell'istituto *de quo* alla disciplina prevista per i lavori pubblici vengono superati numerosi problemi quali ad esempio quelli relativi alle compatibilità ambientali urbanistiche ed edilizie dei lavori di pubblica utilità, assicurandone la celere realizzazione; ed ancora quelli relativi all'applicabilità della disciplina dell'evidenza pubblica e della determinazione della tutela giurisdizionale. L'attività affidata al concessionario è individuata nella "realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità". L'espressione *nuovo servizio di pubblica utilità* mostra che l'intenzione del legislatore è quella di ricomprendere tutte le attività rivolte all'utenza, ove la specificazione di pubblica utilità prescinde sia dalla natura del soggetto che la esercita che dal carattere "riservato" all'amministrazione della gestione, per riferirsi, secondo un criterio finalistico, all'insieme dei soggetti che ne possono usufruire. Ma il concetto ha significato soprattutto economico: in questo senso esso rappresenta la traduzione dell'espressione anglofona *public utilities*, indicando quei servizi suscettibili di gestione con criteri imprenditoriali, necessità tanto più evidente in considerazione del fatto che frequentemente dalla gestione del servizio si genera la parte più rilevante dei flussi di cassa dell'iniziativa. Quanto all'aggettivo "nuovo", esso non implica certamente la ricerca da parte del promotore di un *quid novi* rispetto alle attività che già costituiscono un servizio di pubblica utilità. Il carattere di novità del servizio va posta in relazione all'*infrastruttura strumentale alla sua gestione*.

Sotto il profilo strettamente economico - finanziario l'ambito di operatività del *project financing* è fortemente condizionato dalla finanziabilità dell'opera o del servizio: caratteristica che ha portato a distinguere le opere pubbliche in *opere fredde* e *opere calde*.

Le *opere fredde* sono opere in cui la funzione sociale è assolutamente predominante e che non consentono, per tale motivo, l'applicazione di tariffe o in cui il livello socialmente accettabile delle tariffe è talmente basso da non generare flussi di cassa in grado di consentire il rimborso dei fondi impiegati.

Le *opere calde* sono invece opere per le quali è possibile applicare un prezzo del servizio, come controprestazione che l'utente è tenuto ad effettuare per fruire del servizio stesso; si tratta quindi

di opere che consentono di svolgere un'attività organizzata di tipo imprenditoriale, con costi e ricavi (cc.dd. servizi a rilevanza imprenditoriale)¹¹. Il legislatore ha individuato, cogliendo ispirazione nella prassi operativa, nella concessione di costruzione e gestione la "cornice" giuridica delle operazioni di finanziamento privato di opere pubbliche. Nell'operare tale scelta ha però apportato al regime tradizionale dell'istituto, come esso emerge anche dalle ricostruzioni dottrinali e giurisprudenziali, le modifiche necessarie per adattare il medesimo alle caratteristiche del *project financing*. Com'è noto, la stessa legge quadro definiva la concessione di costruzione e gestione come il contratto concluso fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, in cui la *"controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente opere"* (art. 19, comma 2, Legge 11 febbraio 1994, n. 109), e prevedeva inoltre che la concessione potesse essere affidata solo in base al progetto definitivo e, in generale, che gli affidatari dell'incarico di progettazione, a qualsiasi livello, non potessero partecipare alla gara per l'affidamento della concessione (art. 17, comma 9, Legge 11 febbraio 1994, n. 109).

L'istituto del *project financing* è disciplinato, dunque, dall'art. 153 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*), così come modificato dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152¹².

¹¹ In concreto, infatti, sono stati realizzati soprattutto progetti per la costruzione e gestione di centrali di cogenerazione di elettricità e vapore, progetti relativi alla costruzione di oleodotti o gasdotti, trasporti ferroviari (ad. es. l'Eurotunnel), parchi di divertimento (Eurodisney), parcheggi, autostrade.

¹² L'articolo in esame prevede: "(1) per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, 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, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'art. 143, affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.

(2) Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122, secondo l'importo dei lavori, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice o adottato ai sensi del comma 19.

(3) Il bando, oltre al contenuto previsto dall'art. 144, specifica:

a) che l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto, di cui al comma 10, lettera b), di apportare al progetto preliminare, da esso presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e che in tal caso la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all'accettazione, da parte di quest'ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario;

b) che, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto

preliminare, l'amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

(4) Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83.

(5) Oltre a quanto previsto dall'articolo 83 per il caso delle concessioni, l'esame delle proposte è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione.

(6) Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte.

(7) Il disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei.

(8) Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario anche associando o consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all'articolo 38.

(9) Le offerte devono contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da una banca nonchè la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione; il regolamento detta indicazioni per chiarire e agevolare le attività di asseverazione ai fini della valutazione degli elementi economici e finanziari. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile. Tale importo, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara.

(10) L'amministrazione aggiudicatrice:

a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;

b) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta;

c) pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità indicate all'articolo 97. In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonchè a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario;

d) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione;

e) qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

(11) La stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario.

(12) Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese di cui al comma 9, terzo periodo.

(13) Le offerte sono corredate dalla garanzia di cui all'articolo 75 e da un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara. Il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'articolo 113. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 113; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

(14) Si applicano, ove necessario, le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, e successive modificazioni.

(15) Le amministrazioni aggiudicatrici, ferme restando le disposizioni relative al contenuto del bando previste dal comma 3, primo periodo, possono, in alternativa a quanto prescritto dal comma 3, lettere a) e b), procedere come segue:

a) pubblicare un bando precisando che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma l'attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente individuato con le modalità di cui alle successive lettere del presente comma, ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa;

b) provvedere alla approvazione del progetto preliminare in conformità al comma 10, lettera c);

c) bandire una nuova procedura selettiva, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa;

d) ove non siano state presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest'ultimo;

e) 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 migliore offerente, aggiudicandosi il contratto. In questo caso l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo;

f) ove il promotore non adegui nel termine indicato alla precedente lettera e) la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo e' 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 aggiudicatrici si avvalgano delle disposizioni del presente comma, non si applicano il comma 10, lettere d), e), il comma 11 e il comma 12, ferma restando l'applicazione degli altri commi che precedono.

(16) In relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale di cui al comma 1, per il quale le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8 possono presentare, entro e non oltre quattro mesi dal decorso di detto termine, una proposta avente il contenuto dell'offerta di cui al comma 9, garantita dalla cauzione di cui all'articolo 75, corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi e dell'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara ai sensi delle lettere a), b), c) del presente comma. Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi di cui al periodo precedente, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono, anche nel caso in cui sia pervenuta una sola proposta, a pubblicare un avviso con le modalità di cui all'articolo 66 ovvero di cui all'articolo 122, secondo l'importo dei lavori, contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte. Le eventuali proposte rielaborate e ripresentate alla luce dei suddetti criteri e le nuove proposte sono presentate entro novanta giorni dalla pubblicazione di detto avviso; le amministrazioni aggiudicatrici esaminano dette proposte, unitamente alle proposte già presentate e non rielaborate, entro sei mesi dalla scadenza di detto termine. Le amministrazioni aggiudicatrici, verificato preliminarmente il possesso dei requisiti, individuano la proposta ritenuta di pubblico interesse, procedendo poi in via alternativa a:

a) se il progetto preliminare necessita di modifiche, qualora ricorrano le condizioni di cui all'articolo 58, comma 2, indire un dialogo competitivo ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta;

b) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, bandire una concessione ai sensi dell'articolo 143, ponendo lo stesso progetto a base di gara ed invitando alla gara il promotore;

c) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, procedere ai sensi del comma 15, lettere c), d), e), f), ponendo lo stesso progetto a base di gara e invitando alla gara il promotore.

(17) Se il soggetto che ha presentato la proposta prescelta ai sensi del comma 16 non partecipa alle gare di cui alle lettere a), b) e c) del comma 16, l'amministrazione aggiudicatrice incamera

Il D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, è stato emanato per attuare quella generale opera di revisione e riordino della disciplina già prevista, ai sensi dell'art. 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62 e che avrebbe dovuto compiersi entro il primo biennio dall'entrata in vigore del Codice medesimo. Esso ha profondamente modificato (tra le altre) la normativa nella materia *de qua*. Può, anzi, fondatamente sostenersi che questa costituisca una delle più rilevanti innovazioni del "terzo correttivo" e tanto non solo per la necessità di adeguare la normativa interna ai rilievi mossi dalla Commissione europea con la lettera di messa in mora 30 gennaio 2008 n. 2007/2329, ma anche per la necessità di rispondere alle critiche che da più parti si erano levate nei confronti dell'assetto previgente, considerato del tutto insufficiente ed inidoneo a incentivare l'opera di chi intendesse assumere il ruolo di "promotore" e, quindi, investire le proprie risorse economiche per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, con una ragionevole aspettativa di "ritorno" imprenditoriale.

la garanzia di cui all'articolo 75. Nelle gare di cui al comma 16, lettere a), b), c), si applica il comma 13.

(18) Il promotore che non risulti aggiudicatario nella procedura di cui al comma 16, lettera a), ha diritto al rimborso, con onere a carico dell'affidatario, delle spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo. Al promotore che non risulti aggiudicatario nelle procedure di cui al comma 16, lettere b) e c), si applica quanto previsto dal comma 15, lettere e) ed f).

(19) 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 lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. Le amministrazioni sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi. Qualora le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, si applicano le disposizioni del presente articolo.

(20) Possono presentare le proposte di cui al comma 19 anche i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli articoli 34 e 90, comma 2, lettera b), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153. Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.

(21) Limitatamente alle ipotesi di cui ai commi 16, 19 e 20, i soggetti che hanno presentato le proposte possono recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura fino alla pubblicazione del bando di gara purché tale recesso non faccia venir meno la presenza dei requisiti per la qualificazione. In ogni caso, la mancanza dei requisiti in capo a singoli soggetti comporta l'esclusione dei soggetti medesimi senza inficiare la validità della proposta, a condizione che i restanti componenti posseggano i requisiti necessari per la qualificazione".

È questa, d'altra parte, la *ratio* sottostante la nascita del *project financing* come operazione finanziaria, a capitale totalmente o prevalentemente privato, diretta a far eseguire la progettazione, la costruzione e la gestione di dette infrastrutture da parte di un'impresa (la società di progetto) creata *ad hoc* e giuridicamente autonoma; ciò anche al fine di agevolare il soddisfacimento di bisogni della collettività che l'Amministrazione abbia assunto come prioritari, e che tuttavia sia difficile realizzare con l'impiego di capitale interamente pubblico, laddove invece l'operatore privato può essere adeguatamente "stimolato" a concorrere all'investimento, potendo poi remunerarsi almeno in parte attraverso la gestione dell'opera.

11. Già sotto il vigore della disciplina contenuta negli artt. 37 *bis* e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni), e sue successive modificazioni, e quindi subito dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici (i cui artt. 152 e seguenti, nella loro formulazione originaria, sostanzialmente riproducevano la normativa precedente), dottrina e giurisprudenza si erano interrogate sulla questione relativa alla qualificazione giuridica del *project financing*, distinguendosi due diverse teorie; l'una vedeva in esso un procedimento unitario, ancorché complesso in quanto risultante dalla giustapposizione di più moduli negoziali e procedurali diversi e, l'altra, invece, riteneva trattarsi di più procedimenti distinti, unificati solo teleologicamente in quanto tendenti all'affidamento della concessione con modalità più o meno trasparenti e concorrenziali.

Per quanto attiene, più specificamente, alla fase dell'individuazione del promotore, i problemi maggiori nascevano dal contrasto tra l'ampissima discrezionalità che la legge attribuiva all'Amministrazione nella valutazione della fattibilità e dell'interesse pubblico delle proposte e la "procedimentalizzazione" che caratterizzava le operazioni di selezione (le quali, infatti, dovevano essere precedute da un avviso pubblico indicativo relativo alle opere inserite nella programmazione triennale e condotte secondo moduli e sulla base di criteri predefiniti dall'art. 154 del Codice).

In seguito alla modifica dell'art. 153 del Codice dei contratti pubblici avvenuta con il terzo decreto correttivo n. 152/2008, le questioni relative alla natura della procedura di *project financing* hanno perso valore, essendo ormai evidente che l'attenzione del legislatore è rivolta più al conseguimento di un obiettivo economico che non alla delineazione di astratte fattispecie giuridiche; ciò appare evidente dalla stessa rubrica del novellato art. 153, che concentra l'attenzione non più sulla figura del promotore finanziario

(come in precedenza), ma sulla "*finanza di progetto*" intesa nel senso appena precisato.

Anche le problematiche cui si è accennato in ordine alla natura giuridica della scelta del promotore e alla sua sindacabilità in sede giurisdizionale si può dire che siano state fortemente ridimensionate dalla nuova disciplina: infatti, pur rimanendo netta la distinzione concettuale tra la figura e il ruolo del promotore e quello degli altri partecipanti alla gara, l'affidamento non sempre e non necessariamente consegue a una duplice procedura, ben potendo le due fasi essere unificate, o mancare del tutto la seconda di esse; non solo, almeno con riguardo alle procedure di *project financing* a iniziativa pubblica, la scelta del legislatore è stata nel senso di inquadrare *in toto* nello schema dell'evidenza pubblica anche la selezione del promotore finanziario.

In estrema sintesi, sulla scorta dell'attuale art. 153 del Codice, sono individuabili tre diverse procedure di affidamento mediante *project financing*, le quali si affiancano all'ordinaria procedura di affidamento della concessione *ex art.* 143; di esse le prime due sono a iniziativa dell'amministrazione, mentre la terza è ad iniziativa privata. Loro tratto comune è nel fatto che, mentre la modalità "ordinaria" di affidamento è caratterizzata dal confronto di proposte redatte dagli operatori economici concorrenti in variante rispetto al progetto preliminare predisposto dalla stessa amministrazione, nei casi di *project financing* molto più ampio è lo spazio entro cui possono muoversi le "proposte" degli aspiranti promotori, atteso che l'amministrazione si limita a predisporre, in sede di programmazione delle opere pubbliche *ex art.* 128 del Codice, uno "*studio di fattibilità*" entro cui spetterà alle imprese definire il quadro progettuale dell'intervento. A queste tre procedure si affianca, poi, la possibilità, per gli operatori economici in possesso dei requisiti per assumere il ruolo di promotore, di formulare proposte anche in relazione ad interventi che non siano già inseriti nella programmazione. Una parte rilevante della dottrina ha criticato fortemente tale previsione, osservando come il vincolo della programmazione triennale, con la conseguente impossibilità per gli operatori economici di proporre la realizzazione di opere non ricomprese in essa, se da un lato si poneva l'obiettivo di scongiurare il pericolo di realizzazione di opere inutili od estranee alle linee programmatiche assunte dalla pubblica amministrazione per il soddisfacimento dei bisogni della collettività, dall'altro rischiava di frustrare la *ratio* stessa della finanza di progetto come modalità di realizzazione di opere pubbliche "a iniziativa privata". Lo stesso tentativo di introdurre un criterio di maggiore "flessibilità" nella programmatico-

ne attraverso la previsione (introdotta dalla legge 1 agosto 2002, n. 166, e trasfusa nell'ultima parte del primo comma del previgente art. 153) della facoltà di "*soggetti pubblici e privati*" (e, quindi, in teoria anche di singoli cittadini) di presentare proposte di interventi pubblici da inserire nella programmazione *ex art.* 128, si era risolto nella previsione di un mero apporto collaborativo che comportava bensì la possibilità d'inserimento dell'opera nel programma triennale, ma espressamente non poneva a carico dell'amministrazione alcun obbligo di esame e realizzazione.

Oggi, a seguito della novella attuata col terzo correttivo, il comma 19 dell'art. 153 contempla espressamente non solo la facoltà di presentare proposte, "*a mezzo di studi di fattibilità*", per lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione dell'amministrazione, ma anche il dovere di quest'ultima di "*valutare*" tali proposte entro sei mesi dal loro ricevimento, con facoltà di far propri gli studi di fattibilità che ritenga di pubblico interesse; in tal caso si darà avvio a una delle procedure di *project financing* disciplinate dallo stesso art. 153.

12. Più specificatamente l'art. 153 prevede tre diverse tipologie di procedure di affidamento mediante *project financing*:

a) una procedura ad iniziativa pubblica, con gara unica previo bando e senza prelazione (art. 153, commi da 1 a 14);

b) una procedura ad iniziativa pubblica, con gara doppia previo bando e con prelazione (art. 153, comma 15);

c) una procedura ad iniziativa privata, con gara doppia previo avviso, ad esito alternativo (art. 153, comma 16).

Le tre procedure sono state indicate dalla dottrina¹³ come procedura "monofase" (lett. a), "bifase" (lett. b), e del promotore "aditivo" (lett. c).

La procedura c.d. "monofase" si esplica in una gara unica che, tuttavia, può articolarsi in più fasi: tale circostanza è soltanto eventuale ben potendo la procedura concludersi con l'affidamento della concessione al promotore risultato vincitore della gara, qualora l'amministrazione ritenga che il progetto proposto non necessiti di modifiche; diversamente, si farà luogo alla successiva fase "negoziata" con il medesimo promotore e, quindi, in caso di mancata accettazione delle modifiche richieste, ad una terza fase in cui la negozia-

¹³ Cfr. fra gli altri, R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2008, 11, 1225 ss.; M. RICCHI, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urb. e appalti*, 2008, 12, 1375 ss.; R. GRECO, *La natura giuridica delle procedure di Project financing dopo il terzo decreto correttivo al codice degli appalti*.

zione avrà come interlocutori i concorrenti successivi in graduatoria.

Specificamente la procedura di cui alla lettera a) consiste in una gara che l'amministrazione bandisce sulla base dello studio di fattibilità inserito nella programmazione triennale, invitando i concorrenti interessati a presentare proposte di progetto preliminare dell'opera.

Sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del Codice, si procede all'individuazione dell'offerta migliore e, correlativamente, all'individuazione del promotore nell'autore di essa: costui resta aggiudicatario se la sua proposta non necessita di modifiche, anche se la stipulazione del contratto è sospensivamente condizionata all'approvazione del progetto ai sensi dell'art. 97 del Codice; nell'ipotesi opposta, occorre distinguere a seconda che egli accetti o meno le modifiche richieste dall'amministrazione. Nel primo caso, il promotore resta aggiudicatario, mentre nel secondo l'amministrazione ha facoltà di rivolgersi al secondo classificato, al terzo e così via, fino a trovare un concorrente che faccia proprio, con le modifiche richieste, il progetto del promotore al quale sarà tenuto a rimborsare le spese sostenute per la predisposizione del progetto, nei limiti del "tetto" massimo del 2,5 % del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara, di cui al comma 9 dell'art. 153.

Pregiudiziale all'esperimento della gara è che l'intervento da affidare, ovvero lo studio di fattibilità, sia già inserito 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, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati. La procedura si apre con un vero e proprio bando di gara per singola opera pubblica, soggetto a pubblicazione con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122, variabile in ragione dell'importo dei lavori¹⁴; tale bando, tra l'altro, oltre ai criteri previsti dall'art. 83 per l'ipotesi generale di aggiudicazione mediante il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve comprendere tra i criteri di valutazione comparativa delle offerte - in cui deve essere precisato l'ordine di importanza - anche gli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione.

¹⁴ Si rammenta, al riguardo, che uno degli aspetti oggetto di contestazione in sede comunitaria, nell'assetto anteriore alla novella, era stata la mancata previsione di pubblicità in sede comunitaria dell'avviso pubblico indicativo delle opere inserite nella programmazione.

La procedura c.d. "bifase" prevede una duplice gara. La prima gara è finalizzata, con i medesimi meccanismi di cui alla procedura "monofase", alla individuazione del promotore, il quale non potrà mai essere automaticamente aggiudicatario, in quanto si aprirà una seconda gara tesa all'affidamento definitivo dell'opera, nell'ambito della quale la posizione di vantaggio del promotore si concretizza nel diritto di prelazione che egli può far valere nei confronti dell'eventuale diverso vincitore (e detta circostanza deve essere *ab initio* precisata nel bando). In questa procedura, a differenza della prima, è evidente la netta separazione tra la fase della scelta del promotore (che avviene, come nel caso precedente, sulla base dello studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione) e quella successiva (nella quale gli altri concorrenti sono invitati a presentare varianti al progetto preliminare presentato dal promotore, in precedenza approvato ai sensi dell'art. 97).

Entrambe le procedure, peraltro, costituiscono vere e proprie gare, da espletarsi col criterio dell'offerta più vantaggiosa, previa pubblicazione di un bando ai sensi degli artt. 66 o 122 del Codice. Anche in questa ipotesi il promotore può risultare aggiudicatario laddove all'esito della seconda gara non risultino pervenute varianti più vantaggiose; qualora invece ricorrano dette varianti, il promotore può avvalersi del diritto di prelazione entro 45 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione da parte dell'amministrazione, a condizione di adeguare la propria proposta a quella risultata migliore all'esito della gara (in tal caso, sarà tenuto a rimborsare il concorrente risultato vincitore delle spese di partecipazione, sempre nei limiti sopra indicati). In caso di mancato esercizio della prelazione, la concessione è aggiudicata al vincitore della seconda gara.

Il diritto di prelazione a favore del promotore, originariamente contenuto nella disciplina del *project financing*, era stato espunto col secondo decreto correttivo (D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 133) a seguito della procedura comunitaria d'infrazione promossa contro l'Italia, a causa delle distorsioni del mercato che si riteneva l'istituto comportasse. La reintroduzione della previsione, sia pure entro i limiti più ristretti di una sola delle procedure di finanza di progetto che l'amministrazione può prescegliere, è dovuta alla necessità di conservare una qualche posizione di vantaggio al promotore all'interno di un *iter* procedimentale ormai inquadrato integralmente nello schema dell'evidenza pubblica.

Quanto alla procedura indicata al punto c) ai sensi del comma 16 del nuovo articolo 153 del Codice, è possibile presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità che, pur presenti nella

programmazione triennale di cui all'art. 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice, i relativi bandi, nei successivi sei mesi, non siano stati oggetto di pubblicazione.

Il proponente, al fine di poter formulare la propria proposta, è legittimato ad accedere allo studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione.

Per poter accedere a tale procedura è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice abbia già deliberato, nell'elenco annuale, l'uso del procedimento di gara unica previo bando e senza prelazione (art. 153, comma 1-14), o in alternativa, di gara doppia previo bando e con diritto di prelazione (art. 153 comma 15).

L'art. 153, comma 19, del Codice prevede la possibilità per i soggetti privati di presentare all'amministrazione, in qualsiasi momento, anche al di fuori della fase di programmazione, proposte consistenti in uno studio di fattibilità per la realizzazione e la gestione di opere in concessione.

Qualora l'amministrazione, procedendo obbligatoriamente alla valutazione nel termine di sei mesi dal ricevimento della proposta, reputi l'opera di interesse pubblico, la inserisce nel programma ed avvia la procedura di gara secondo le modalità di cui al comma 16.

Secondo quanto previsto dalle linee guida predisposte con la determinazione 14 gennaio 2009 n. 1 dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, deve trattarsi di interventi per i quali la programmazione triennale predisposta dall'amministrazione preveda il *concorso di capitali privati attraverso lo strumento della concessione*, escludendo iniziative private rispetto ad interventi per i quali siano previsti altri strumenti di realizzazione.

Ai sensi del comma 8 del nuovo art. 153, possono presentare le proposte di inserimento nel programma triennale i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento, necessaria la qualifica di concessionario, anche in associazione o consorzio con altri soggetti¹⁵. Specificamente, ai sensi del comma 20 dell'art. 153, possono presentare le proposte di inserimento nel programma triennale:

- a) i soggetti dotati dei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali specificati dal regolamento;
- b) gli imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative;
- c) i consorzi tra società cooperative e consorzi tra imprese artigiane;

¹⁵ Cfr. art. articolo 98 del D.P.R. n. 554/1999 e determinazione n. 20/2001 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

- d) i consorzi stabili di cui all'articolo 34, comma 1, lettera c);
- e) i consorzi ordinari e raggruppamenti;
- f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE);
- g) le società di ingegneria;
- h) le Camere di commercio;
- i) le fondazioni.

Per quanto riguarda i soggetti di cui alla lettera a), in attesa del nuovo regolamento, si può fare riferimento all'articolo 99 del D.P.R. n. 554/1999, che disciplina i requisiti del promotore, ed alla determinazione n. 20 del 2001 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Tutti i soggetti indicati possono associarsi o consorziarsi con enti finanziatori o gestori di servizi, fermo restando i requisiti di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006.

Le offerte private, ai sensi dell'art. 153, comma 9, devono contenere:

- a) un progetto preliminare;
- b) una bozza di convenzione;
- c) un piano economico-finanziario asseverato da una banca nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
- d) la garanzia di cui all'art. 75 del D.Lgs. 163/2006, da esperire a seguito di eventuale rifiuto alla sottoscrizione del contratto per fatto imputabile al promotore, corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi;
- e) un'ulteriore cauzione pari al 2,5% del valore dell'investimento come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara.

L'adozione della proposta non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute, alla realizzazione dei lavori né alla gestione dei relativi servizi. In tali casi, difatti, l'amministrazione, a seguito dell'inserimento dell'opera negli strumenti di programmazione, potrebbe prevedere la pubblicazione dei relativi bandi di gara nonché il ricorso alla procedura di gara di cui al suddetto comma 15 dell'art. 153 (c.d. doppia gara).

In relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale, per il quale l'amministrazione aggiudicatrice non provveda alla pubblicazione dei bandi entro 6 (sei) mesi dall'approvazione dell'elenco:

1) i proponenti, entro e non oltre 4 (quattro) mesi dal decorso di detto termine, possono presentare una proposta (di pubblico interesse) avente il contenuto dell'offerta di cui al comma 9 dell'art. 153 del Codice;

2) entro 60 (sessanta) giorni dalla scadenza del termine di quat-

tro mesi, l'amministrazione aggiudicatrice provvede, anche nel caso in cui sia pervenuta una sola proposta, a pubblicare un avviso con le modalità di cui all'art. 66 ovvero di cui all'art. 122 del D.Lgs. 163/2006, secondo l'importo dei lavori, contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte; in tal caso chi ha già presentato una proposta la potrà rielaborare alla luce dei criteri di valutazione resi noti con l'avviso, mentre altri interessati possono presentare altre proposte;

3) le eventuali proposte rielaborate e ripresentate alla luce dei suddetti criteri e le nuove proposte sono presentate entro novanta giorni dalla pubblicazione dell'avviso. Quindi l'amministrazione aggiudicatrice:

- esamina le nuove proposte, unitamente alle proposte già presentate e non rielaborate, entro sei mesi dalla scadenza dei novanta giorni e, verificato il possesso dei requisiti dei proponenti, individua la migliore proposta;

- redige una graduatoria;

- nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore sottoponendolo ad una conferenza di servizi *ex art. 14 bis L. 241/1990* (art. 97, D.Lgs. n. 163/2006).

Se il soggetto che ha presentato la proposta prescelta, ai sensi del comma 16, non partecipa alle gare, l'amministrazione aggiudicatrice incamera la garanzia di cui all'art. 75; scaduti i termini, la medesima amministrazione valuta comparativamente le proposte e seleziona quella di pubblico interesse.

Dal combinato disposto dell'art. 2 della L. n. 241/1990 e s.m.i. e dell'art. 153, comma 19 (che prevede un obbligo di valutazione della PA a seguito della presentazione delle proposte da parte dei privati), sembrerebbe, quindi, sussistere a carico dell'amministrazione coinvolta il dovere di *concludere il procedimento con un provvedimento espresso*.

Nella seconda fase di quest'ultima procedura è prevista la possibilità di applicare il dialogo competitivo (art. 153, comma 16, lett. a) del Codice dei contratti), ciò a dimostrazione che, diversamente da quanto sostenuto da parte della dottrina, non vi sia incompatibilità tra detto modulo e lo schema del *project financing*. La diversità tra i due istituti deriva (secondo parte della dottrina)¹⁶ dal diverso

¹⁶ Cfr. F. FRACCHIA-L. CARROZZA, *Il difficile equilibrio fra flessibilità e concorrenza nel dialogo competitivo disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE*, in www.giustamm.it.

ambito logico di applicazione, essendo il dialogo competitivo una delle modalità di affidamento degli appalti pubblici, tendendo, invece, la finanza di progetto all'instaurazione di un rapporto concessorio, con differenti effetti in ordine al trasferimento del rischio economico in capo al privato coinvolto). Differenza, tuttavia, che risulterebbe anche dal dato letterale di cui all'art. 144 del Codice (non modificato dal terzo decreto correttivo), il quale per l'affidamento delle concessioni richiama le procedure aperte e quelle ristrette ma non anche il dialogo competitivo.

13. Appaiono evidenti non solo le radicali innovazioni introdotte dal terzo decreto correttivo, ma anche la netta differenziazione, anche sul piano della natura giuridica, tra procedure ad iniziativa pubblica e procedure ad iniziativa privata, tanto da rendere del tutto peculiare la "alternatività" tra i vari moduli procedurali.

Si è già sottolineato come la previsione dell'obbligo della pubblica amministrazione di emanare un vero e proprio bando, relativo allo specifico intervento da realizzare, segni un netto distacco dell'istituto dall'assetto previgente. Questo era caratterizzato dalla previa emanazione di un avviso pubblico indicativo, soggetto a forme di pubblicità meno incisive di quelle previste dal Codice per i bandi di gara e che doveva contenere soltanto l'indicazione delle opere finanziabili con ricorso al capitale privato, della tipologia delle commesse, della località di esecuzione di ciascun intervento ed infine dei criteri di valutazione delle proposte. Tale previsione si collegava a quella del successivo art. 154, che predeterminava i criteri di valutazione delle proposte pervenute, disponendo che l'amministrazione dovesse valutarne la fattibilità sotto il profilo costruttivo, urbanistico e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione. Si riteneva, per tutto ciò, che l'amministrazione, nell'avviso indicativo, non avesse alcuna discrezionalità nella definizione dei criteri di valutazione delle proposte, ma dovesse solo sceglierli nell'ambito di quelli elencati all'art. 154, decidendo, ad esempio di prevederne solo alcuni e non altri.

Con il nuovo assetto assunto dall'istituto *de quo*, nello specifico bando di gara che l'amministrazione è tenuta a pubblicare devono invece essere indicati i criteri e i punteggi per la valutazione

delle offerte secondo quanto previsto dall'art. 83 del Codice, considerato che la scelta deve essere condotta col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia pure opportunamente integrato, come si è visto, con l'indicazione di specifici punteggi per gli elementi tipici della proposta di *project financing*: progetto preliminare, piano economico-finanziario e bozza di convenzione. Di qui l'abrogazione dell'art. 154, in quanto incompatibile, con la nuova opzione del legislatore, la predeterminazione normativa dei criteri di valutazione delle proposte.

La fase di scelta del promotore è trasformata in una vera e propria gara ad evidenza pubblica. Da ciò discende che, contrariamente all'assetto previgente, ove era stata esclusa la necessità di nomina di una commissione per la valutazione prevista all'art. 154, valutazione condotta dal responsabile del procedimento, istituzionalmente preposto a esprimere la volontà dell'amministrazione nell'esercizio della propria discrezionalità, attualmente il richiamo espresso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa comporta che il confronto e la valutazione delle proposte pervenute debba essere operato da una commissione composta secondo le prescrizioni dell'art. 84 del Codice, essendo già nell'ambito di una vera e propria procedura di gara per l'affidamento della concessione.

Per quanto attiene, invece, alla terza delle procedure delineate dal novellato art. 153, caratterizzata dall'iniziativa privata a fronte dell'inerzia dell'amministrazione (la quale nei sei mesi successivi alla programmazione non abbia ritenuto di emanare alcun bando), il legislatore impone all'amministrazione, una volta ricevute le spontanee proposte dei privati, di pubblicare un "*avviso*" anziché un bando, in cui siano indicati i criteri di valutazione delle proposte già presentate e di quelle che potranno essere in seguito presentare da altri operatori. È evidente l'affinità di questa procedura, con riguardo alla fase della scelta del promotore, con quella un tempo prevista in via generale dalla normativa previgente, tuttavia seppur la norma prescrive che l'avviso di cui al comma 16 sia pubblicato con le modalità di cui agli artt. 66 o 122 del Codice, ciò non è *ex se* sufficiente a concludere che si è in presenza anche di un bando vero e proprio. Detta previsione verosimilmente si spiega, oltre che con la necessità di prevenire ulteriori contestazioni comunitarie sul versante della pubblicità dell'avviso, anche con la circostanza che in questo caso l'avviso è relativo allo specifico intervento oggetto della procedura, e non costituisce - come invece nell'assetto previgente - un generico avviso pubblico omnicomprensivo di tutte le opere comprese nella programmazione.

A tale conclusione si giunge altresì considerando che nella procedura di *project financing* ad iniziativa privata di cui al comma 16 dell'art. 153 la valutazione comparativa condotta dall'amministrazione ha ad oggetto il "*pubblico interesse*" delle proposte presentate dalle imprese, e quindi ha contenuto ben diverso da quella di cui alle prime due procedure, la quale, pur tesa a individuare il promotore, si svolge sulla base di parametri tecnici ed economici, nell'ambito di una vera e propria gara selettiva tra offerte. Nell'un caso è evidente, infatti, che la valutazione dell'interesse pubblico dell'intervento è stata già operata *a priori*, avendo l'amministrazione definito non solo l'*an* ma anche in larga misura il *quomodo* di esso, mentre nell'altro, molto più ampio è il margine di manovra riconosciuto alle imprese nella predisposizione delle proposte, sicché appare giustificata la riserva in capo all'amministrazione di una verifica preventiva non solo sull'ammissibilità della proposta (che è *in re ipsa*, nella misura in cui essa sia ricompresa nella programmazione), ma anche sulla rispondenza al pubblico interesse delle modalità realizzative ipotizzate dal proponente.

Ci si chiede quali e quanti siano i "*criteri*" sulla base dei quali debba essere condotta tale valutazione. L'intervenuta abrogazione dell'art. 154 - che, nell'assetto anteriore al terzo correttivo, indicava una serie di parametri di riferimento alla stregua dei quali era possibile formulare giudizi di congruità e logicità delle valutazioni compiute - induce a concludere che nel nuovo sistema normativo la discrezionalità riconosciuta all'amministrazione *in subiecta materia*, già ampia in passato, sia divenuta ancora più lata, potendo la stessa stabilire incondizionatamente e insindacabilmente non solo i criteri di rilevanza dell'interesse pubblico, ma anche l'eventuale ordine di priorità tra gli stessi. Naturalmente, nulla esclude che anche in questo caso l'amministrazione possa decidere di autolimitarsi *ex ante* mediante la previsione di pesi e punteggi predeterminati, ma si tratterà di mera facoltà, il cui esercizio dipenderà dal maggiore o minor grado di "*fiducia*" che essa avrà nella gestione della gara.

La discrezionalità in questione diviene massima nell'ipotesi di cui al comma 19 dell'art. 153, laddove il dovere dell'amministrazione di "*valutare*" le eventuali proposte presentate dalle imprese al di fuori della programmazione non potrà mai essere confuso con un inesistente obbligo di adottare e realizzare l'opera proposta, traducendosi in un mero onere di motivazione espressa a fronte dell'eventuale giudizio di non rispondenza all'interesse pubblico (con provvedimento al quale i proponenti potranno reagire in sede giurisdizionale, naturalmente nei limiti, evidentemente molto ristretti, del sindacato ammissibile avverso tale valutazione).

14. La diversa natura giuridica delle procedure di *project financing* disciplinate dal novellato art. 153, ha rilevanti ricadute sul "regime" degli atti adottati dall'amministrazione *in subiecta materia* (in particolare, con riguardo alla loro sindacabilità in sede giurisdizionale).

Ed infatti, nel caso in cui la pubblica amministrazione decida che nessuna delle proposte presentate sia meritevole di essere selezionata, avremo conseguenze diverse a seconda della procedura adottata.

Nell'ipotesi di procedura di *project financing* a iniziativa privata, dovendo la valutazione avere ad oggetto primariamente la rispondenza delle proposte pervenute al pubblico interesse, l'amministrazione ben potrà ritenere che nessuna di esse abbia tali caratteristiche.

Diversa è la conclusione cui deve giungersi nelle ipotesi di *project financing* a iniziativa dell'amministrazione: in questo caso, versandosi nell'ambito di vere e proprie procedure di evidenza pubblica, l'eventuale determinazione di non individuare alcun promotore non potrà che coincidere con la scelta di non procedere ad affidamento della concessione, e come tale sarà soggetta alla disciplina di cui all'art. 81, comma 3, del Codice (disposizione applicabile anche alle procedure di affidamento di concessioni, giusta il rinvio contenuto nel successivo art. 141). Pertanto, l'omessa aggiudicazione potrà essere determinata solo dalla non convenienza dell'opera o dalla sua inidoneità in relazione all'oggetto della concessione, e quindi con riferimento a parametri economici e/o tecnici, escluso ogni più generale giudizio in ordine alla rispondenza al pubblico interesse delle proposte presentate: una valutazione siffatta in questo caso, infatti, si presume già compiuta *a priori*, all'atto della emanazione del bando di gara. Di conseguenza, la motivazione addotta dall'amministrazione sotto i predetti profili potrà essere sindacata in sede giurisdizionale per eventuale incongruità o irragionevolezza, e comunque non potrà escludersi una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c.* nei confronti dei concorrenti che abbiano inutilmente partecipato alla procedura qualora, pur risultando legittime le determinazioni sopravvenute, sia ravvisabile una violazione dei più generali obblighi di correttezza e buona fede.

In altri termini, laddove l'amministrazione abbia ritenuto di assumere l'iniziativa pubblicando un bando di gara, ciò rende legittimo l'affidamento delle imprese partecipanti alla gara sulla circostanza che quanto meno le scelte di fondo in ordine all'*an* e al *quomodo* dell'intervento, nonché alla loro rispondenza ai bisogni della collettività, siano state definitivamente compiute; di conse-

guenza, l'amministrazione non potrà unilateralmente recedere dal proposito manifestato con quel vero e proprio invito a offrire che è il bando, accampando generici (e sostanzialmente insindacabili) motivi di pubblico interesse, dovendo invece motivare la propria scelta in maniera congrua ed adeguata sulla base di precise e puntuali ragioni tecniche ed economiche.

Al contrario, laddove essa amministrazione sia rimasta inerte, lasciando l'iniziativa alle imprese, queste ultime saranno sin dall'inizio consapevoli che le loro proposte, prima ancora di essere giudicate sotto i profili della validità tecnica e della convenienza economica, dovranno superare il preliminare vaglio di rispondenza all'interesse pubblico del quale l'amministrazione è l'unica interprete istituzionale: in tal caso esse non potranno dolersi dell'aver inutilmente predisposto una proposta progettuale, né lamentare aspettative giuridicamente rilevanti all'ottenimento della posizione di promotore.

In quest'ultima ipotesi, è del tutto evidente non solo che dovrà essere esclusa *a priori* qualsiasi ipotesi di responsabilità precontrattuale dell'amministrazione (non avendo la stessa avviato alcuna vera e propria "trattativa" con le imprese, essendosi limitata a una sorta di "sondaggio" del mercato dopo che altri hanno assunto l'iniziativa in relazione a uno specifico intervento programmato), ma anche che i margini, entro cui gli operatori economici potranno lamentare in sede giurisdizionale il cattivo esercizio della discrezionalità amministrativa nella procedura di scelta del promotore, saranno estremamente ristretti.

Al riguardo è prevalente l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, pur riconoscendosi talora l'astratta tutelabilità giurisdizionale dell'interesse ad essere scelti come promotori (atteso il carattere lesivo, oltre che di arresto procedimentale, che la valutazione negativa della proposta ha per l'aspirante promotore non selezionato)¹⁷, si riconosce che in concreto il sindacato del giudice sulle scelte compiute in tale fase incontra limiti molto rigorosi, scontrandosi con l'altissimo grado di discrezionalità che connota le scelte amministrative connesse all'individuazione dell'interesse pubblico¹⁸. Questi principi assumono validità e pregnanza ancora maggiori, se si considera che l'opzione del legislatore del terzo correttivo, con riferimento alla procedura di *project financing* ad ini-

¹⁷ Cfr. Tar Lazio, sez. III, 9 settembre 2008, nr. 8186, in *Red. amm. Tar*, 2008, 09; Contra, Cons. Stato, sez. V, 5 luglio 2007, nr. 3814, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 7-8, 2207; *Id.*, 17 novembre 2006, nr. 6727, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 11, 3068.

¹⁸ Cfr. Tar Bari, sez. I, 5 aprile 2006, nr. 1117, in *Riv. trim. appalti*, 2006, 2, 161; Tar Palermo, sez. II, 30 giugno 2004, nr. 1358, in *Foro amm. Tar*, 1864.

ziativa privata (c.d. promotore additivo), sembra andare nel senso del riconoscimento in capo all'amministrazione di un margine di apprezzamento discrezionale, nella fase della valutazione di pubblico interesse delle proposte pervenute, ancor più ampio di quello attribuitogli nell'assetto previdente.

Il Consiglio di Stato, Sez. V, con la recente sentenza 23 marzo 2009 n. 1741, ha fornito, inoltre, un completo panorama sulle procedure di finanza di progetto, chiarendo i poteri della pubblica amministrazione per la valutazione dei progetti, la valenza del piano economico e finanziario, la corretta articolazione della procedura di scelta del promotore e l'applicabilità delle prescrizioni contenute nei bandi di gara.

La decisione ha chiarito in primo luogo che in tema di finanza di progetto la pubblica amministrazione gode del massimo grado di discrezionalità per valutare la rispondenza della proposta degli aspiranti promotori, dal momento che la procedura di scelta è caratterizzata da incisive e sostanziali valutazioni di merito.

Ne consegue che le amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver valutato le proposte presentate, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse, sulla base di valutazioni di fattibilità strettamente connesse a scelte interne alla stessa, unica in grado di valutare i vari aspetti economici e tecnici.

L'ampiezza di tale discrezionalità non preclude la possibilità che le scelte operate vengano sindacate in sede giurisdizionale, sia pure esclusivamente sotto il profilo della manifesta illogicità, irrazionalità, contraddittorietà, ovvero in caso di errori materiali.

I Giudici hanno confermato la valenza peculiare ed imprescindibile del piano economico e finanziario nell'ambito della finanza di progetto. La validità del piano economico e finanziario costituisce presupposto per l'intera operazione di finanza di progetto, e non è consentito prescindere da una seria valutazione di sostenibilità dello stesso da parte dell'amministrazione, seppure anche tale aspetto viene valutato nell'ambito dell'ampia discrezionalità di cui si è trattato sopra.

La sentenza chiarisce inoltre che qualora eventuali prescrizioni, ulteriori rispetto a quelle previste dalla normativa vigente, siano contenute in atti destinati a regolare la procedura di finanza di progetto, quali ad esempio i bandi di gara, tali prescrizioni costituiscono per l'amministrazione dei vincoli autoimposti, ai quali non è consentito derogare.

15. In tale complesso quadro normativo, è intervenuta l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, la quale con la Determi-

nazione 14 gennaio 2009 n. 1 ha fornito un valido contributo atto a facilitare l'uso della procedura di affidamento delle concessioni ai sensi dell'articolo 153 del Codice, dopo la pubblicazione del terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti, avvalendosi, nello studio, del contributo dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto.

Con le successive Determinazioni 20 maggio 2009 n. 3 e 4, la stessa Autorità, ha, altresì, messo a disposizione di tutti gli operatori del settore, oltre alle linee guida, gli schemi di bandi e disciplinari di gara che prevedono l'applicazione del metodo di scelta del contraente mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, allegando esempi concreti di applicazione del criterio. Sono state messe a disposizione anche le indicazioni per la stesura dei documenti di gara, secondo modelli da adattare ed integrare al caso specifico ed alla sua eventuale criticità.

Come innanzi detto, con la determinazione 14 gennaio 2009 n. 1, sono state approvate due tipologie di linee guida:

1) "linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici mediante le procedure previste dall'articolo 153 del Codice";

2) "linee guida per la redazione dello studio di fattibilità".

Obiettivo precipuo delle predette linee guida sulla finanza di progetto è quello di semplificare tutte le fasi della realizzazione di un'opera pubblica e di dare regole certe nella materia *de qua*, al fine di contribuire alla ripresa del mercato ed all'incentivazione degli investimenti da parte dei privati, con la conseguente soluzione del deficit infrastrutturale e la creazione di nuovi posti di lavoro.

Tale documento costituisce uno strumento operativo volto a risolvere problemi interpretativi riguardanti le nuove procedure del *project financing* e le modalità di redazione degli studi di fattibilità da parte delle amministrazioni.

Nelle linee guida si chiariscono, inoltre, numerosi aspetti delle nuove procedure di gara, quali la fase della programmazione, i contenuti dei bandi, il sistema delle garanzie, le varie fasi di tutte le tipologie di gara.

16. Si è detto che una delle principali critiche che il mondo delle imprese aveva rivolto al *project financing*, nella configurazione anteriore al terzo decreto correttivo, traeva origine dall'eccessiva complessità dei meccanismi procedurali, tale da rendere l'istituto inidoneo a incentivare un serio impegno dell'imprenditoria privata nella realizzazione di importanti infrastrutture ed opere pubbliche, attraverso un rilevante investimento di risorse economiche.

Orbene, il terzo decreto correttivo è stato emanato per esigen-

ze di semplificazione procedimentale, ma anche per la necessità, spesso con queste ultime contrastante, di introdurre una disciplina procedurale più "garantista" rispetto alle esigenze di concorrenzialità e massima apertura del mercato, in modo da venire incontro alle censure sollevate in sede comunitaria avverso molte parti del Codice degli appalti.

Alla luce di quanto si è fin qui osservato è evidente che le amministrazioni aggiudicatrici, posta una pluralità di opere di cui abbiano deliberato l'inserimento nella programmazione di cui all'art. 128 del Codice, si troveranno di fronte all'alternativa di autovincolarsi attraverso la pubblicazione di un bando di gara relativo a singole opere (e, quindi, ricorrendo a una delle due procedure di *project financing* a iniziativa pubblica), oppure di decidere di "sondare" il mercato, rimanendo inerti per il termine di sei mesi di cui al comma 16 dell'art. 153, per verificare l'interesse degli operatori privati ad investire i propri capitali nella realizzazione delle opere suindicate e valutarne le proposte (tenendo conto, altresì, che una volta spirato l'ulteriore periodo di quattro mesi entro cui le imprese possono farsi avanti con proprie proposte, l'amministrazione riacquisterà *in toto* il potere di procedere mediante pubblicazione di bandi).

Si può, pertanto, concludere che, se le riserve comunitarie in ordine alla concorrenzialità delle procedure di *project financing* sono state soddisfatte, ciò probabilmente è avvenuto a scapito delle possibilità di incentivare il mercato che l'istituto nella sua originaria formulazione presentava, grazie alla flessibilità che ne connotava lo svolgimento.