

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DELLA TUSCIA

DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI E PRIVATI
XXIII ciclo

Il project financing fra contratti di partenariato e concessioni

(IUS/10 Diritto amministrativo)

Coordinatore: Prof. Nicola Corbo

Tutor: Prof. Mario Savino

Dottoranda: Dott.ssa Maria Elena Mazzetti

Il project financing fra contratti di partenariato e concessioni

INTRODUZIONE	p. 3
CAPITOLO PRIMO	
<i>Il partenariato pubblico privato. Caratteri generali.</i>	
1. Premessa	p. 8
2. Il Libro Verde	p. 10
2.1 Il PPP contrattuale e il PPP istituzionalizzato	p. 13
3. Le linee guida della Commissione europea. Sviluppare i PPP	p. 18
4. I contratti di partenariato nella normativa italiana	p. 21
CAPITOLO SECONDO	
<i>Il project financing</i>	
1. Premessa	p. 27
2. La qualificazione giuridica del <i>project financing</i> nelle interpretazioni della dottrina	p. 30
3. Dalla c.d. legge Merloni al Codice dei Contratti: evoluzione normativa della finanza di progetto	p. 35
3.1 La programmazione	p. 37
3.2 La presentazione della proposta e l'asseverazione del piano economico finanziario	p. 39
3.3 La valutazione della proposta	p. 44
4. La società di progetto	p. 46
5. Il diritto di prelazione	p. 50
6. Il <i>project financing</i> nel c.d. terzo decreto correttivo. La gara unica	p. 55
6.1 La doppia gara	p. 60
6.2 La gara ad iniziativa privata in caso di inerzia della pubblica amministrazione	p. 61
7. Conclusioni	p. 63

CAPITOLO TERZO

Il project financing in Italia. L'impatto della normativa sul mercato

1. Il *project financing* in Italia.

L'esperienza applicativa della finanza di progetto. p. 65

2. La natura della fase di scelta del contraente privato
nella prima versione del Codice dei contratti p. 77

3. La natura della fase di scelta del contraente privato
nel secondo decreto correttivo p. 87

4. La natura della fase di scelta del contraente privato
nell'ultima versione del Codice dei contratti p. 88

5. Il riparto di giurisdizione p. 93

CAPITOLO QUARTO

La Private Finance Initiative

1. *La Private Finance Initiative*. Origine e sviluppo p. 103

2. L'esperienza applicativa della PFI p. 108

3. *Private finance initiative* e finanza di progetto.
Dal *common law* al *civil law*: un tentativo di comparazione p. 113

CONCLUSIONI p. 121

BIBLIOGRAFIA p. 126

INTRODUZIONE

Il crescente sviluppo delle forme di collaborazione fra settore pubblico e settore privato si iscrive all'interno di un più ampio processo di evoluzione del ruolo dello Stato nell'economia. Il soggetto pubblico, abbandonato il ruolo di operatore diretto nel mercato, è chiamato a ricoprire il ruolo di regolatore esterno, nonché, quello di organizzatore dello stesso.

Soprattutto in un periodo di crisi economica, il tema del finanziamento delle infrastrutture, delle opere pubbliche e di pubblica utilità è al centro del dibattito non solo politico, ma anche economico, in relazione al contributo che lo sviluppo infrastrutturale è potenzialmente in grado di offrire alla ripresa della competitività e alla crescita economica.

L'attuale stato della finanza pubblica rende difficile provvedere alla realizzazione di tali progetti, senza il coinvolgimento diretto di finanziatori privati. Diviene, quindi, indispensabile per l'operatore pubblico favorire tutte quelle forme di collaborazione fra soggetti pubblici e privati, che vanno sotto il nome di Partenariato Pubblico Privato (PPP).

Secondo la definizione contenuta nel Libro Verde della Commissione europea del 2004, con il termine di PPP ci si riferisce a tutte quelle forme di cooperazione fra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese orientate, allo scopo di garantire la costruzione, il finanziamento, la gestione e la manutenzione di un'infrastruttura o la gestione di un servizio. Gli elementi che caratterizzano un'operazione di PPP sono: la durata relativamente lunga della collaborazione; le modalità di finanziamento del progetto, garantito in tutto o in parte dal soggetto privato; il ruolo fondamentale dell'operatore economico, che partecipa a tutte le fasi del progetto; la ripartizione dei rischi fra il soggetto pubblico e quello privato, sul quale vengono trasferiti una parte consistente dei rischi di solito a carico del soggetto pubblico. Il legislatore comunitario classifica e riconduce le varie forme di collaborazione fra pubblico e privati, all'interno di due differenti tipologie: i PPP contrattuali, basati esclusivamente su legami contrattuali fra i soggetti partecipanti, e i PPP istituzionalizzati che implicano la costituzione di una struttura societaria detenuta congiuntamente dal partner pubblico e da quello privato.

Nel primo capitolo, si partirà dall'analisi del Libro Verde e degli altri documenti comunitari che si sono succeduti sul tema nel corso degli anni, per poi esaminare la definizione di contratti di partenariato, introdotta nel nostro ordinamento con il d. lgs. 152 del 2008, c.d. terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture. Secondo il disposto del comma 15 *ter* dell'art. 3, "i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento

totale o parziale a carico dei privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti”.

La norma continua indicando una serie di tipologie contrattuali che possono rientrare nella definizione di contratti di PPP. Fra queste viene indicato l’affidamento di lavori mediante finanza di progetto, figura della quale ci si occuperà in modo specifico nel resto dell’indagine.¹

Nel nostro ordinamento, a differenza di quanto accaduto in ambito comunitario, la finanza di progetto è stata oggetto di numerosi interventi normativi. A partire dall’introduzione della figura del promotore contenuta nella legge Merloni, fino ad arrivare all’ultima versione del Codice dei contratti. Si darà conto di tale evoluzione normativa nel corso del secondo capitolo. In tale ambito, si procederà ad analizzare tutte le fasi che portano all’aggiudicazione del contratto: dalla attività di programmazione alla redazione dei documenti che il privato deve presentare per partecipare alla gara. Una attenzione specifica sarà dedicata, al tanto contestato diritto di prelazione previsto dalla normativa in vigore.

Il legislatore, nel tentativo di trasporre la finanza di progetto all’interno del nostro ordinamento, ha concentrato la propria attenzione sul momento pubblicistico della individuazione del promotore e della successiva aggiudicazione del contratto, astenendosi dal regolare le fasi successive della realizzazione, del finanziamento e della gestione e manutenzione del progetto.

Pertanto, il legislatore, in materia di finanza di progetto, non ha provveduto a delineare un istituto giuridico autonomo, ma ha scelto di introdurre nel nostro ordinamento tale sistema innestandolo sul modello concessorio.

Nel corso della ricerca, si è tentato di sviluppare un approccio che, muovendo da una analisi giuridica della finanza di progetto, consentisse di cogliere, anche attraverso l’impegno di strumenti concettuali dell’analisi economica del diritto, i profili economici del problema trattato.

In senso particolare, nel terzo capitolo, si propone una disamina della reale diffusione del fenomeno del *project financing* in Italia, sia attraverso lo studio di dati empirici, sia attraverso le pronunce giurisprudenziali. L’obiettivo di tale parte dell’indagine è verificare se la finanza di progetto sia utilizzata dall’operatore pubblico per conseguire benefici reali, in termini di costi e di opere realizzate, o se si limiti ad ottenere un mero vantaggio contabile.

A tal proposito non va dimenticato il particolare trattamento contabile delle operazioni di PPP nei bilanci nazionali. Secondo la decisione *Eurostat*, di cui si parlerà diffusamente, i costi legati ad un’operazione di partenariato non debbono essere iscritti nei bilanci pubblici, laddove

¹ Nel corso della trattazione, i termini di finanza di progetto e di *project financing* saranno utilizzati quali sinonimi e contrapposti alla *Private finance initiative* britannica, che sarà esaminata nell’ultimo capitolo.

vi sia un sostanziale trasferimento del rischio dall'operatore pubblico a quello privato. In questo modo il costo dell'investimento graverà esclusivamente sul bilancio dell'operatore privato, consentendo al soggetto pubblico di rispettare i parametri di spesa del trattato di Maastricht e del Patto di stabilità.

La gestione del rischio, alla base della decisione *Eurostat*, rappresenta l'elemento qualificante non solo per la corretta realizzazione di un'opera attraverso la finanza di progetto, ma, più in generale, per il successo di tutte le forme di PPP. Questo non significa che vi sia un totale trasferimento del rischio in capo al soggetto privato, ma un riparto razionale fra tutti i soggetti partecipanti, in relazione alla loro capacità di gestirlo al meglio.

Si tratterà, quindi, di valutare se l'utilizzo della finanza di progetto, rispetto a tipologie più tradizionali di affidamento di lavori, quali l'appalto o la concessione, sia frutto di una scelta razionale o se si presti a nascondere comportamenti opportunistici legati al solo vantaggio in termini di minori costi per il soggetto pubblico.

Secondo la classica definizione di Nevitt² il *project financing* è "un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito". Sulla medesima linea interpretativa si muove la giurisprudenza del Consiglio di Stato, con la sentenza del 20 ottobre 2004, n. 6847 nella quale la finanza di progetto viene definita come "quella tecnica finanziaria che, da una parte consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione, e, dall'altra, si sostanzia in un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa; in altri termini l'attività economica deve avere la capacità di autofinanziarsi."

Data la complessità dell'istituto, in relazione al numero di soggetti coinvolti e alla rete di rapporti contrattuali che si costituiscono, il ricorso alla finanza di progetto dovrebbe, secondo il pensiero degli economisti, essere previsto nei casi delle c.d. *grandi opere*, oppure in tutti quei casi in cui sia possibile realizzare importanti ritorni economici, quelle che la dottrina ha qualificato come *opere calde*³.

² Nevitt K.P., *Project financing*, traduzione in italiano a cura di P. De Sury, Roma, 1987.

³ La distinzione in opere calde e opere fredde è stata elaborata dagli economisti, che per primi hanno affrontato il tema della finanza di progetto. Tuttavia, l'utilizzo di tali termini, su cui si tornerà nel corso della trattazione, è entrato nel linguaggio comune in materia di *project financing*, tanto da essere utilizzato anche dai giuristi. Su tale

Il progetto da realizzare attraverso il ricorso al *project financing* dovrebbe essere in grado di autofinanziarsi, di generare flussi di cassa positivi, la cui entità sia tale da consentire la copertura dei costi sostenuti per la realizzazione del progetto, per la remunerazione del capitale di rischio degli investitori e per fornire un margine di profitto al soggetto promotore⁴.

Al contrario in Italia, il ricorso alla finanza di progetto riguarda prevalentemente opere di modeste dimensioni, spesso a carattere locale, che si inseriscono all'interno della tipologia delle c.d. *opere fredde*. Pertanto, si è spesso parlato, quasi in maniera spregiativa, di *project financing all' italiana*, cioè di una figura che rappresenterebbe una sorta di snaturamento sia quantitativo, sia qualitativo dell'archetipo rappresentato dalla *Private finance initiative* britannica.

La complessità nella realizzazione di un'operazione di finanza di progetto deriva in particolare dalla pluralità dei soggetti coinvolti, ognuno dei quali è portatore di interessi diversi, spesso confliggenti. *In primis*, il soggetto pubblico che deve programmare gli interventi da realizzare, i promotori che devono predisporre tutta la documentazione necessaria (piano economico finanziario, studio di fattibilità, progetto preliminare) per proporre la loro iniziativa alla PA e ai soggetti finanziatori, questi ultimi che dovranno valutare la bontà dell'investimento e decidere se finanziarne o meno la realizzazione. Per arrivare, infine, alla gestione vera e propria del progetto realizzato, affidata al soggetto privato, sulla cui attività il soggetto pubblico dovrà svolgere un'attenta attività di controllo. Tutti questi soggetti sono protagonisti di una complessa struttura reticolare di contratti, che ruota intorno ad una entità giuridica distinta, appositamente costituita per l'esecuzione del progetto e denominata *società di progetto*.

Nel corso della trattazione si esaminerà, inoltre, il problema del riparto giurisdizionale, per comprendere quale sia il giudice dotato di *potestas decidendi* in materia di finanza di progetto e per verificare, poi, se il momento dell'affidamento del contratto possa essere ricondotto alle procedure della evidenza pubblica o, al contrario, se ci si muova nel campo della tipica discrezionalità amministrativa. Considerata la mancanza di chiarezza del dettato normativo, fondamentale, in questa analisi, sarà l'apporto della giurisprudenza.

Nel capitolo conclusivo, si tratterà dell'esperienza originaria a cui si ispira la nostra finanza di progetto, ovvero la *Private finance initiative* inglese. Si procederà, senza pretesa di esaustività, ad un'analisi della PFI e ad un tentativo di comparazione con il modello italiano, sottolineando sia gli indubbi vantaggi che tale strumento ha permesso di ottenere nell'ambito del

argomento la letteratura, soprattutto economica, è molto vasta. Per una sintesi delle posizioni espresse si rimanda a Bentivoglio, Panicara, Tidu, *Il project financing nei servizi pubblici locali: poca finanza e poco progetto?*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia, 2008. Ed ancora, Iossa e Russo, *Potenzialità e criticità del Partenariato pubblico privato in Italia*, in *Rivista di Politica Economica*, 2008.

⁴ In tal senso si veda Consiglio di Stato, Sez. V, n. 6287/2005.

mercato dei servizi pubblici, sia talune criticità manifestatesi nel corso degli anni. La comparazione sarà effettuata nella consapevolezza che, in questa come in altre materie, “*what works in a country may create problems in another*”⁵.

⁵ Cfr. *Partnership UK*, così come ripreso in G. Pasquini, *Partenariato pubblico privato e amministrazioni pubbliche*, in *E' possibile realizzare le opere pubbliche in Italia?*, a cura di Macchiati e Napolitano, Il Mulino, 2009

CAPITOLO PRIMO

Il partenariato pubblico privato.

Caratteri generali

1. Premessa. 2. Il Libro Verde. 2.1 Il PPP contrattuale e il PPP istituzionalizzato. 3. Le linee guida della Commissione Europea. Sviluppare i PPP. 4. I contratti di partenariato nella normativa italiana.

1. Premessa

La carenza di infrastrutture nel nostro Paese, unita ad una forte contrazione degli investimenti pubblici, imposta dal rispetto dei parametri fissati dal Trattato di Maastricht del 1992 e del relativo Patto di stabilità e crescita, ha portato ad un forte sviluppo di tutte quelle forme di cooperazione fra settore pubblico e settore privato che vanno sotto il nome di Partenariato pubblico – privato (*Public and Private partnership*, di qui in avanti PPP).

Le pubbliche amministrazioni sono indotte a ricorrere a forme alternative di finanziamento⁶ per far fronte ad una maggiore richiesta di servizi da parte dei propri cittadini, in un contesto generale caratterizzato da esigenze di risanamento dei conti pubblici nazionali e da una forte riduzione degli investimenti pubblici.

Non sorprende, dunque, che in un periodo di crisi economica come quello attuale il tema del finanziamento delle infrastrutture sia al centro del dibattito, non solo politico ma anche economico. Ci si interroga sul “ contributo che lo sviluppo infrastrutturale è potenzialmente in

⁶ Come sottolineato nei DPEF degli ultimi anni, dove emerge il ruolo attribuito al PPP quale importante fattore di crescita delle infrastrutture. In particolari v. DPEF 2008-2011 “ (...)con riferimento all’edilizia abitativa, nei limiti delle disponibilità finanziarie, occorre definire un quadro normativo, coordinato con quello regionale, che attivi programmi strategici, tesi prevalentemente ad accrescere la disponibilità di alloggi, realizzabili *non solo con risorse pubbliche, ma anche attraverso schemi di partenariato pubblico – privato* e che consenta di fornire una risposta alle esigenze sociali riscontrabili nel settore, mobilitando al contempo un volume complessivo di risorse finanziarie in grado di dare uno slancio significativo al comparto dell’edilizia, con positivi effetti sull’intero sistema economico – produttivo (...)”. Si veda inoltre il DPEF 2009-2013, con particolare attenzione all’Allegato Infrastrutture e al paragrafo dal titolo, *Forme alternative di Partenariato Pubblico privato*.

grado di offrire alla ripresa della competitività e alla crescita economica”.⁷

In Italia il ricorso a forme di cooperazione fra pubblico e privato si è reso necessario per tentare di colmare il gap di infrastrutture, fra Nord e Sud del paese, e in relazione agli altri paesi europei. Tale duplice squilibrio, interno ed esterno, contribuisce a limitare sia la crescita economica sia la nostra competitività a livello internazionale.

Fra i Paesi europei più industrializzati l'Italia è quello che registra il maggiore gap di infrastrutture. Nel corso degli ultimi anni, il ritardo italiano invece di ridursi è progressivamente aumentato.

Diventa quindi indispensabile per l'operatore pubblico favorire la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità con il coinvolgimento di finanziatori privati, sia per non pesare sulle precarie condizioni della finanza pubblica, sia per evitare ripercussioni sul debito pubblico.⁸

L'utilizzo dei PPP è considerato come la soluzione immediata, più facilmente percorribile, per la realizzazione di infrastrutture, di opere pubbliche, di servizi di pubblica utilità.

I benefici che si possono ottenere facendo ricorso al *know - how* del settore privato sono molteplici. Si allude innanzitutto alla qualità delle opere realizzate e all'efficienza dei servizi prodotti, nonché ai benefici in termini di efficienza gestionale. Ma soprattutto, lo scopo principale di chi intenda intraprendere una iniziativa in PPP, è la realizzazione dell'opera senza oneri, o con una contribuzione minima, a carico del soggetto pubblico.

L'obiettivo principale di questo primo capitolo sarà quello di individuare le caratteristiche principali del PPP per comprendere i vantaggi e i limiti legati dal sempre più frequente ricorso a tale strumento di realizzazione di opere di interesse collettivo.

A tal fine si passeranno in rassegna i vari interventi degli organi comunitari. Si partirà dall'analisi del Libro Verde del 2004, che rappresenta il punto d'avvio del dibattito europeo in tema di PPP, fino ad arrivare alla recente Comunicazione della Commissione europea per sviluppare i partenariati attraverso la mobilitazione degli investimenti pubblici e privati.

All'analisi degli interventi comunitari seguirà quella sulla normativa interna in tema di PPP.

⁷ Cfr. B. Raganelli, *Alcuni dati di sintesi a confronto: investimenti pubblici e sviluppo infrastrutturale*, Documento I-COM, nel quale l'autore richiama le teorie economiche che sostengono l'esistenza di un nesso di causalità fra la dotazione di infrastrutture di un Paese e sviluppo economico.

⁸ Il ricorso alla finanza di progetto, che è la manifestazione più importante del PPP, rappresenta di fatto l'unico sistema per la realizzazione di opere pubbliche in Italia, "(...) il ricorso da parte del legislatore alla tecnica della finanza di progetto risponde all'esigenza di dare nuovo impulso ad un cospicuo programma di infrastrutture accantonato in ragione della scarsa disponibilità di risorse finanziarie ed alla esigenza di porre in essere un rapporto più equilibrato fra enti pubblici e mercato" R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè 2006.

Ci si soffermerà, in particolare, sulla definizione dei *contratti di partenariato* introdotta nel nostro ordinamento dall'ultima versione del Codice dei contratti, codice che rappresenta, ad oggi, l'unico intervento normativo del legislatore italiano in materia di PPP.

2. *Il Libro Verde*

Nel corso degli ultimi anni gli organi comunitari si sono più volte occupati del tema del PPP attraverso una serie di documenti, comunicazioni, risoluzioni, e così via. I riferimenti più importanti sono il Libro Verde sui partenariati pubblico privati e le norme di diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni.⁹

Secondo la definizione contenuta nel Libro Verde, con il termine PPP si fa riferimento a forme di cooperazione fra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio¹⁰.

Il Libro Verde non fornisce una definizione propriamente giuridica del PPP, ma si limita, piuttosto, ad indicare quali siano gli elementi qualificanti del fenomeno.

Quindi gli elementi che caratterizzano un'operazione di PPP, che in assenza di una specifica definizione normativa comunitaria, possono essere utilizzati quali indici di riconoscibilità sono:

- la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione fra il partner pubblico e quello privato in relazione ai vari aspetti di un progetto da realizzare;
- la modalità di finanziamento del progetto, garantito, in tutto o in parte, dal soggetto privato. Spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico possono aggiungersi ai finanziamenti privati;
- il ruolo importante dell'operatore economico, che è chiamato a partecipare a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento). Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini d'interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi;
- la ripartizione dei rischi fra partner pubblico e partner privato, sul quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico. I PPP non implicano tuttavia necessariamente che il partner privato si assuma tutti i rischi, o la parte più rilevante dei rischi legati all'operazione. La

⁹ Commissione delle Comunità europee, *Libro verde relativo ai partenariati pubblico – privati ed al diritto e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles 30/04/2004, COM (2004) 327 definitivo.

¹⁰ Punto 1 del Libro Verde.

ripartizione precisa dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti in questione di valutare, controllare e gestire gli stessi.¹¹

Stante la mancanza di una normativa specifica in tema di PPP, il legislatore comunitario tenta, attraverso il Libro Verde, di analizzare il fenomeno alla luce del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

La mancanza di una normativa chiara ed omogenea all'interno dei vari Stati membri implica il sorgere di incertezze che rappresentano un ostacolo reale alla creazione prima e al successo poi dei PPP. Uno degli obiettivi principali del Libro Verde è quindi quello di valutare se la normativa comunitaria sia o meno adatta alle peculiarità del PPP.

In base a quanto indicato nel Libro Verde le forme contrattuali riconducibili a schemi di partenariato sono assolutamente eterogenee. L'unico elemento caratterizzante sembrerebbe quello della compresenza di un soggetto pubblico e di uno privato. Pertanto il diritto comunitario sancisce espressamente che qualsiasi atto attraverso il quale un soggetto pubblico affida la prestazione di un'attività economica ad un terzo è tenuto al rispetto delle norme e dei principi del Trattato. Ci si riferisce, in particolare, alla libertà di stabilimento, alla libera prestazione di servizi (art. 43 e 49 del Trattato CE), ed ancora, al principio di trasparenza, di parità di trattamento, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento.

Si è visto come una delle caratteristiche principali del PPP sia la lunga durata della collaborazione fra soggetto pubblico e privato. Pertanto, nell'ottica del rispetto dei principi del Trattato appena menzionati, è necessario fare alcune precisazioni. La durata del rapporto fra pubblico e privato deve essere funzionale alla necessità di garantire l'equilibrio economico – finanziario del progetto, e cioè l'ammortamento del capitale investito dal privato e una ragionevole remunerazione per l'investimento effettuato. La stessa durata non può tuttavia essere fissata in modo da restringere o limitare per un tempo eccessivamente lungo la libera concorrenza. In caso contrario si sarebbe in presenza di una palese violazione dei principi del Trattato.

Simile alla definizione di PPP del Libro Verde è anche quella contenuta nella risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006 sui PPP e il diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni secondo la quale: “ I PPP possono essere descritti come una forma di cooperazione a lungo termine disciplinata contrattualmente tra il settore pubblico e quello privato per l'espletamento di compiti pubblici, nel cui contesto le risorse richieste sono poste in

¹¹ Punto n. 2 del Libro verde. Oltre allo studio del Libro Verde si rimanda alla lettura di altri due documenti elaborati della Commissione Europea, *Guidelines for successful Public – Private Partnerships*, marzo 2003, e *Resource book of PPP case studies*, 2004.

gestione congiunta e i rischi legati ai progetti sono suddivisi in modo proporzionato sulla base delle competenze di gestione del rischio del partner del progetto” (considerando C).

Interessante sottolineare come in tale risoluzione venga valutata negativamente la creazione di un regime giuridico specifico per i PPP, pur auspicando una iniziativa legislativa in materia di concessioni, da adottare al più presto e nel pieno rispetto dei principi del mercato interno. Tale valutazione negativa non appare condivisibile. Si è già detto della eterogeneità dei PPP, pertanto un intervento comunitario definitivo potrebbe portare chiarezza all’interno di un fenomeno non ancora ben definito. Tale intervento sarebbe molto utile nell’ottica di un processo di armonizzazione delle normative interne. Per il momento la Commissione Europea ha preferito lasciare la materia dei PPP alle normative nazionali che tuttavia non possono in alcun modo derogare ai principi del Trattato.

Partendo dalle definizioni contenute nei documenti comunitari summenzionati, la dottrina¹² ha più volte evidenziato la presenza di punti critici.

Innanzitutto solo in alcuni casi si possono ritrovare contemporaneamente tutti e quattro gli elementi che caratterizzano un’operazione di PPP secondo il Libro Verde.

Inoltre la trattazione congiunta di istituti estremamente diversi quali l’appalto, la concessione e il project financing appare assolutamente forzata. L’unico punto in comune di questi istituti è la contemporanea presenza di un soggetto pubblico e di uno privato.

In particolare appare assolutamente discutibile l’inclusione di un contratto tipico quale l’appalto all’interno dei PPP e non solo perché tale contratto risulta essere privo dei quattro elementi caratterizzanti indicati nel Libro Verde. Basti pensare all’assenza del contributo finanziario del privato o alla inesistente convergenza di obiettivi fra soggetto pubblico e privato. In un contratto d’appalto le parti sono in posizione contrapposte, ed inoltre, non si ravvisa alcuna assunzione del rischio da parte del privato. In virtù di tali motivazioni i contratti di appalto non possono rientrare nella categoria dei PPP.

Più in generale, la definizione del Libro Verde non aiuta a comprendere quali siano i confini del PPP e permangono, quindi, numerose incertezze circa la classificazione di alcune operazioni.

In tal senso si è espressa anche la dottrina. Il PPP non rappresenterebbe una autonoma categoria giuridica, ma una mera nozione descrittiva con cui ci si riferisce a tutte quelle

¹² Si veda in tal senso, Mario P. Chiti, *I partenariati pubblico – privati e la fine del dualismo fra diritto pubblico e diritto comune*, in *Il partenariato pubblico – privato. Concessioni – Finanza di progetto – Società Miste – Fondazioni*, a cura di Mario P. Chiti, Editoriale scientifica, marzo 2009. E, dello stesso autore, *Il Partenariato pubblico – privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell’amministrazione*, Bonomia University Press 2005. Ed ancora, *Partenariati pubblico – privati per gli investimenti pubblici: Nota introduttiva*, Progetto Nuval consultabile al sito internet www.nuval.formez.it.

situazioni, che possono essere contrattuali o istituzionalizzate, e sono caratterizzate dalla presenza di soggetti pubblici e privati¹³.

Un altro limite piuttosto evidente del Libro Verde è quello di aver concentrato la propria attenzione solo ed esclusivamente al momento costitutivo del PPP, non si considerano affatto i momenti successivi. La fase di esecuzione del contratto, quella del suo svolgimento, nonché i profili di tutela rimangono completamente nell'ombra.

Tale circostanza contribuisce non poco ad alimentare le incertezze degli operatori che intendono utilizzare i PPP.

I risultati della consultazione pubblica avviata sulla scorta del Libro Verde sono stati inseriti all'interno di un Rapporto *ad hoc*¹⁴ a cui è seguita una nuova Comunicazione¹⁵. Da questi due documenti è emersa la necessità di pervenire ad un quadro normativo chiaro. Per questo la Commissione ha deciso di prendere in considerazione la possibilità di intraprendere una serie di iniziative legislative dirette a migliorare il diritto comunitario in tema di appalti pubblici e concessioni.

2.1 Il PPP contrattuale e il PPP istituzionalizzato

Secondo quanto indicato nel Libro Verde le varie forme di collaborazione fra autorità pubblica e soggetti privati riconducibili a schemi di PPP possono essere classificate all'interno di due diverse tipologie: PPP contrattuale, basato esclusivamente sui legami contrattuali fra i soggetti partecipanti e PPP istituzionalizzato che implica la costituzione di una struttura societaria detenuta congiuntamente dal partner pubblico e da quello privato¹⁶.

Rientrano nel PPP contrattuale l'appalto pubblico e la concessione. La direttiva comunitaria n. 18 del 31 marzo del 2004¹⁷ qualifica gli appalti pubblici come “ contratti a titolo oneroso,

¹³ Chiti, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo fra diritto pubblico e diritto comune*, op. cit.

¹⁴ Rapporto sulla consultazione pubblica sul Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, Commissione delle Comunità europee SEC 2005 def 629 del 03/05/2005.

¹⁵ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato delle Regioni sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni, Commissione delle Comunità europee, COM 2005 def 569 del 15/11/2005.

¹⁶ Nella distinzione fra PPP contrattuale e PPP istituzionalizzato si veda, A. Minicuci, *Il partenariato pubblico-privato: la realtà e il ruolo degli enti locali*, in *Il partenariato pubblico-privato*, a cura di M. Chiti, op. cit.

¹⁷ Direttiva 2004/18/CE relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, pubblicata in G.U.C.E. del 30 aprile 2004, n. 134. Per un commento sulle direttive CE n. 17 e 18 si rinvia a AA.VV., *Le nuove direttive e europee sugli appalti pubblici*, a cura di Fiorentino e Lacava,

stipulati per iscritto, tra uno o più operatori economici ed una o più amministrazioni aggiudicatrici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi dietro corrispettivo di un prezzo", art. 1 co. 2 lett. a. La medesima direttiva ai commi successivi definisce la concessione di lavori o servizi come un contratto che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo. La differenza principale fra gli appalti e le concessioni è data dalla diversa gestione del rischio, o meglio, è il concessionario che sopporta il rischio della gestione dell'opera realizzata.

Del contratto di appalto e della sua inclusione forzata all'interno del PPP si è già detto. Quindi nel trattare del PPP contrattuale si analizzerà solo il contratto di concessione.

Nel nostro ordinamento la concessione ha subito una profonda evoluzione, soprattutto per effetto del diritto comunitario. Da istituto pubblicistico¹⁸ a manifestazione dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni¹⁹.

Interessante sottolineare come né il legislatore comunitario né tanto meno quello nazionale abbiano analizzato la concessione da un punto di vista strettamente giuridico. Il legislatore si è limitato ad individuare tale istituto, distinguendolo dall'appalto, facendo riferimento esclusivamente al momento economico – finanziario. Considerata all'interno di questo contesto la concessione assume sempre più i caratteri del contratto e sempre meno quelli del

Quaderno n. 9 del Giornale di diritto amministrativo; L. Fiorentino, *Verso un Codice unico degli appalti*, in Astrid – rassegna n. 23 del 2006, consultabile al sito www.astrid-online.it.

¹⁸ Sulla definizione della natura pubblicistica della concessione un ruolo di primo piano è stato svolto dalla giurisprudenza. Si veda in merito: Corte di Cassazione – Sezioni Unite n. 12221/1990; Cass. Sez. I n. 4145/2003; Cass. Sez. I n. 4323/1999. Per una ricostruzione completa della figura della concessione, sia da parte della dottrina sia da parte della giurisprudenza, si veda per tutti R. Garofoli e M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005.

¹⁹ “Alcune impostazioni giurisprudenziali, al fine di attribuire natura pubblicistica agli atti del concessionario e, in particolare, a quelli relativi alla scelta del contraente, lo hanno collocato nell'ambito della organizzazione amministrativa quale organo indiretto dell'amministrazione, in considerazione del trasferimento di poteri e funzioni pubblicistiche realizzato con il provvedimento concessorio. Successivamente, queste conclusioni hanno perso di consistenza. Ci si è resi conto, innanzitutto, che al concessionario non vengono trasferiti poteri pubblicistici e che esso non si sostituisce alla amministrazione, in quanto svolge attività di carattere materiale. Il concessionario, infatti, pone in essere prestazioni finalizzate all'acquisizione delle aree, al rilascio delle autorizzazioni, dei permessi e dei nulla osta necessari per l'esecuzione dell'intervento, ma non adotta il provvedimento di esproprio o di altri provvedimenti autorizzativi: in sostanza non esercita prerogative pubblicistiche. Ciò ha comportato una sfumatura del rilievo pubblicistico della concessione sino ad arrivare alla configurazione dell'istituto in termini contrattuali, in ossequio alle indicazioni del diritto comunitario” R. Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, 2006.

provvedimento amministrativo.

L'evoluzione dell'istituto concessorio può pertanto essere vista come una sorta di rilettura del principio di legalità in relazione ad una nuova visione dell'esercizio dell'attività della pubblica amministrazione che attraverso la riforma attuata dalla legge n. 25 del 2005²⁰ fa ricorso sempre più spesso a strumenti privatistici. Secondo quanto disposto dall'art. 1 *bis* infatti "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritaria, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge non disponga diversamente".

Da questo punto di vista il fenomeno del PPP risulta strettamente collegato a quello della privatizzazione del diritto amministrativo, "(...) cioè della diffusione all'interno dell'amministrazione della res pubblica, di una dimensione *latu senso* privatistica, tanto sotto il profilo degli strumenti che dei principi, sia dal punto di vista economico che più strettamente giuridico. Essa ha riguardato la maggior parte degli elementi della pubblica amministrazione, sia quelli statici, come l'organizzazione, il personale e la finanza, sia quello dinamico, cioè il procedimento. E' del tutto evidente, in realtà, come si sia dinanzi ad una fenomenologia dell'evoluzione del concetto di Stato."²¹ Un vero e proprio nuovo ruolo dello Stato nell'economia. Da operatore diretto a organizzatore, regolatore e controllore.²²

A conferma di quanto detto, nella definizione di concessione contenuta nella direttiva comunitaria 2004/18/CE, recepita in pieno nel nostro ordinamento, si parla espressamente di contratto.

Una delle caratteristiche fondamentali del PPP è quindi l'assunzione del rischio da parte del soggetto privato, la mancanza del quale delineerebbe un contratto di appalto tradizionale e non un partenariato.

Risulta pertanto evidente come all'interno del nostro ordinamento l'antesignano della categoria del partenariato pubblico privato sia costituito da un istituto tradizionalmente pubblicistico quale la concessione. Il partenariato è quindi una elaborazione innovativa di istituti già presenti nell'ordinamento nazionale e in quello comunitario, pertanto lo strumento negoziale

²⁰ Recante " Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241 concernenti norme generali sull'azione amministrativa". In Gazzetta Ufficiale, n. 42 del 21 febbraio 2005.

²¹ B. Raganelli, *Partenariato Pubblico Privato ed opere pubbliche in Europa. La ricerca di un equilibrio tra regole e flessibilità*, Documento I-COM, 2008. Per una analisi più approfondita sul tema della *privatizzazione del diritto amministrativo* si veda per tutti C. Franchini, *I contratti della pubblica amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione*, nel Trattato dei Contratti, UTET 2007. Ed ancora G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè 2003.

²² Per analizzare l'evoluzione del ruolo dello Stato nell'economia si rimanda a S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Ed. Laterza.

privilegiato per tali forme di collaborazione fra pubblico e privato è quello del contratto atipico, attraverso il quale è possibile regolare i rapporti fra le parti elaborando di volta in volta modelli adeguati per la realizzazione dello scopo determinato.

Tornando alla classificazione del Libro Verde, quando si parla di PPP istituzionalizzato ci si riferisce alla costituzione di un'entità a capitale misto, pubblico – privato, per l'esecuzione di un'opera o la fornitura di un servizio alla collettività²³, ci troviamo quindi nell'ambito delle società miste.

Recentemente la Commissione europea, accogliendo le raccomandazioni contenute nella risoluzione del Parlamento europeo del 26 ottobre 2006 sui PPP²⁴, ha emanato una comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti e delle concessioni ai PPP istituzionalizzati²⁵(di qui in avanti PPPI).

Attraverso questa Comunicazione il legislatore comunitario ha tentato di fare chiarezza su alcuni punti, soprattutto in relazione alla fase di costituzione di un PPPI nel rispetto del principio di libera concorrenza.

Tale tipologia di partenariati si può concretamente realizzare in due modi: attraverso la costituzione di una nuova impresa il cui capitale è detenuto congiuntamente dal partner pubblico e da quello privato ovvero attraverso la partecipazione di un'entità privata ad un'impresa pubblica già esistente. In entrambi i casi la “società mista” è finalizzata alla realizzazione di un affidamento di un appalto o di una concessione.²⁶

All'interno del nostro ordinamento la figura delle società miste è stata oggetto non solo di interventi normativi, ma soprattutto di numerose pronunce del giudice amministrativo che hanno contribuito ad alimentare il dibattito scientifico. Solo recentemente l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina si è spostata sui PPPI.

Secondo una prima interpretazione della giustizia amministrativa nell'affidamento di un servizio ad una società mista bisognava procedere attraverso una doppia gara, la prima per la selezione del partner privato, la seconda per l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.

Tale orientamento è stato ora parzialmente superato dal giudice amministrativo che ha

²³ V. Libro Verde, punto n. 53.

²⁴ Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico – privati e sul diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2006/2043 (INI).

²⁵ Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico – privati istituzionalizzati del 5 febbraio 2008.

²⁶ Nella comunicazione interpretativa sui PPP istituzionalizzati si specifica che: “ il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un partenariato pubblico privato istituzionalizzato”

elaborato una serie di condizioni al sussistere delle quali si può ritenere legittima l'operazione di PPPI e, quindi la società mista. In primo luogo l'indizione di un'unica gara con cui procedere sia alla selezione del socio privato, sia all'affidamento del servizio. Inoltre deve essere preventivamente prevista una durata della collaborazione fra partner pubblico e privato con la possibilità di rimettere eventualmente in concorrenza il socio privato per evitare che il servizio, svolto dalla società mista, sia sottratto per troppo tempo alla concorrenza.

Dalla disamina della Comunicazione della Commissione si evince che l'obiettivo principale del legislatore comunitario nell'ambito dei PPPI rimane sempre la tutela della concorrenza, tornando a sottolineare che in ogni caso in cui una PA affidi la prestazione di attività economiche a terzi trovano applicazione i principi del Trattato, in particolare quelli di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, nonché quelli di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

In merito alla "doppia procedura" l'orientamento della Commissione ricalca quello della più recente giurisprudenza amministrativa italiana. Affermando come sia difficilmente praticabile e propone di procedere in maniera più diretta: " il partner privato è selezionato nell'ambito di una procedura trasparente e concorrenziale, che ha per oggetto sia l'appalto pubblico o la concessione da aggiudicare all'entità a capitale misto, sia il contributo operativo del partner privato all'esecuzione di tali prestazioni e /o il suo contributo amministrativo alla gestione dell'entità a capitale misto. (...) una selezione equa e trasparente del partner privato di un PPPI assicura il conseguimento di una concorrenza libera e senza distorsioni e il rispetto del principio della parità di trattamento, evitando in particolare che l'impresa privata che partecipa al capitale sia indebitamente avvantaggiata rispetto ai concorrenti".

Quasi in contemporanea con la Comunicazione interpretativa della Commissione sui PPPI si è pronunciata l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato²⁷.

Sulle società miste i giudici hanno cautamente affermato come, in mancanza di indicazioni precise da parte della normativa e della giurisprudenza comunitaria, non sia elaborabile una soluzione univoca o un modello definitivo, correndo il rischio di dar luogo ad interpretazioni *praeter legem* che potrebbero trovare poi l'ostacolo della Corte di giustizia.

Nell'ambito della distinzione operata dal Libro Verde fra PPP contrattuali e PPP istituzionalizzati la dottrina ha più volte evidenziato come tale distinzione sia assolutamente convenzionale, abbia un semplice valore descrittivo e non assuma alcuna valenza concreta.

²⁷ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria del 3 marzo 2008 n. 1. Offrono un'analisi puntuale le osservazioni di R. Caranta e G. Piperata in, *Le società pubbliche al vaglio dell'Adunanza plenaria*, Giornale di diritto amministrativo, n. 11 del 2008.

All'interno delle varie tipologie di PPP è sicuramente possibile effettuare delle classificazioni più utili dal punto di vista pratico. Distinzioni che siano quindi maggiormente funzionali all'individuazione della normativa applicabile.

Ad esempio la distinzione incentrata sulla modalità di remunerazione del soggetto privato. Ed ancora in relazione alla natura tipica o atipica del contratto che le parti decidono di porre in essere.

Il privato può, difatti, essere remunerato sia dai ricavi derivanti dalla gestione dell'infrastruttura o del servizio, sia da questi cui si aggiunge una parte di contribuzione pubblica per determinate tipologie di opere. La circostanza che al contributo del privato si aggiunga quello del pubblico non comporta alcuna flessione nella tipologia contrattuale che stiamo analizzando. Come indicato espressamente nel Libro Verde "spesso, tuttavia, quote di finanziamento pubblico, a volte assai notevoli, possono aggiungersi ai finanziamenti privati".

Avendo brevemente analizzato la distinzione fra PPP contrattuale e PPP istituzionalizzato si perviene ad una semplice conclusione. L'attività contrattuale della PA ha subito un profondo cambiamento nel corso degli anni, sia in relazione alle tipologie contrattuali utilizzate, sia in merito al rapporto con il soggetto privato. Pertanto la PA nello svolgere la propria attività ha la possibilità di avvalersi dell'utilizzo di due diverse tipologie contrattuali, il contratto di appalto o quello di partenariato²⁸, verificando di volta in volta quale sia quello maggiormente idoneo a soddisfare le proprie esigenze.

3. Le linee guida della Commissione europea. Sviluppare i PPP

L'opera riformatrice della Commissione europea in materia di PPP si è recentemente ampliata attraverso una nuova Comunicazione²⁹, dal titolo "Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico – privato".

La comunicazione mira ad introdurre una serie di linee guida aventi lo scopo di promuovere l'utilizzo del PPP in Europa e di eliminare gli ostacoli che ancora si frappongono al suo pieno utilizzo.

Se i documenti elaborati fino a quel momento in sede europea avevano come scopo

²⁸ Si veda in merito R. Dipace, *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, Atti del convegno nazionale forense, *L'appalto fra diritto pubblico e diritto privato*, tenutosi a Roma il 10 ottobre 2008, disponibili sul sito internet www.giustamm.it.

²⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, 19/11/2009.

principale quello di circoscrivere i confini del PPP, individuandone le caratteristiche principali e procedendo a definirne talune categorie predeterminate (PPP contrattuale e istituzionalizzato), attraverso questa nuova comunicazione (in linea con il Piano Europeo di Ripresa Economica³⁰), la Commissione intende incentivare l'utilizzo del PPP quale strumento in grado di mobilitare ingenti capitali, pubblici e privati, con il precipuo scopo di favorire la ripresa economica all'interno dei Paesi dell'Unione europea. Tale obiettivo può essere raggiunto attraverso una maggiore diffusione dei contratti di partenariato che contribuiscono a stimolare nuovi investimenti per la creazione di infrastrutture, per gestire al meglio i servizi pubblici e per avviare importanti progetti di ricerca³¹.

Inoltre l'utilizzo dei PPP è potenzialmente in grado di contribuire al processo di ripresa economica e ad un nuovo sviluppo dei mercati. Tuttavia, la crisi finanziaria che sta interessando l'economia mondiale negli ultimi anni ha contribuito a ridurre notevolmente il ricorso a forme di PPP.

Secondo la Commissione Europea fra gli elementi principali che stanno ostacolando il pieno sviluppo del PPP, oltre alla crisi finanziaria e al relativo *credit crunch* che hanno inciso notevolmente sulle capacità di investimento dei privati, c'è la complessità delle procedure di affidamento dei contratti di PPP.

Pertanto la CE ha elaborato un vero e proprio piano di azione da porre in essere nel biennio 2010 – 2011 che prevede la realizzazione di due obiettivi principali. Da un lato il miglioramento del quadro normativo sia a livello comunitario che interno, dall'altro il potenziamento dell'accesso al credito attraverso un maggiore coinvolgimento della BEI, Banca Europea degli Investimenti, per contribuire al finanziamento dei progetti più importanti.

Per quel che concerne il quadro normativo la Commissione sottolinea come sia indispensabile eliminare le evidenti difficoltà dovute alla complessità delle procedure di affidamento dei contratti di PPP cercando soprattutto di migliorare il dialogo fra il soggetto

³⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio Europeo “ Un piano europeo di ripresa economica” 26/11/2008. COM (2008) 800 def.

³¹ Secondo quanto indicato dalla Commissione nell'introduzione della Comunicazione “(...) i PPP possono stimolare progetti essenziali per la realizzazione di obiettivi comuni, ad esempio la lotta ai cambiamenti climatici, la promozione di fonti energetiche alternative e dell'efficienza energetica e in termini di risorse, la promozione del trasporto sostenibile o la garanzia di un'assistenza medica di alto livello e accessibile, e consentono di realizzare importanti progetti di ricerca, come le iniziative tecnologiche comuni (ITC), volte a dare all'Europa un ruolo di primo piano nel settore delle tecnologie strategiche. I PPP possono anche potenziare la capacità innovativa dell'Europa e stimolare la competitività dell'industria europea in settori con un elevato potenziale di crescita e occupazione.”

pubblico e quello privato attraverso l'adozione della procedura del dialogo competitivo³².

In tal senso si intende innanzitutto procedere al completamento di una nuova direttiva sulle concessioni, i cui *Impact Assessment* sono attualmente in corso, ed a una completa revisione delle procedure di affidamento, ma soprattutto creare un dialogo continuo con le istituzioni degli Stati membri per individuare e modificare le disposizioni normative che impediscono o ostacolano la creazione dei PPP.

Le questioni maggiormente importanti dal punto di vista regolatorio riguardano: la corretta valutazione dei PPP nei conti pubblici nazionali; la necessità che la normativa nazionale sulle concessioni sia in linea con le Direttive comunitarie; l'importanza di allineare tale normativa ai principi del trattato; ed infine, non trascurare, nell'ambito dei PPP, il tema degli aiuti di Stato.

Inoltre la Commissione punta a migliorare la diffusione, lo scambio di informazioni e di progetti pilota che possano essere utilizzati quali *best practices* per l'elaborazione di contratti di partenariato. In questo ambito un ruolo fondamentale verrà svolto dall'EPEC, *European PPP Expertise Center*, il centro europeo di consulenza per i PPP, costituito nel 2008 dalla BEI e dalla CE, il cui compito è quello di aiutare le autorità pubbliche e i soggetti privati degli Stati membri a promuovere, realizzare e sviluppare al meglio operazioni di PPP.

Per quanto riguarda il potenziamento all'eccesso al credito la Commissione individua una serie di possibilità. Innanzitutto caldeggiando un migliore utilizzo di strumenti già esistenti come i Fondi strutturali il cui impiego da parte degli Stati membri è ancora limitato. Ed inoltre aumentando la partecipazione della BEI sia nella veste di finanziatore diretto, sia per contribuire a mobilitare capitali privati.

Per raggiungere gli obiettivi prefissati la Commissione ha elaborato cinque azioni chiave che

³² Il legislatore comunitario fornisce una prima definizione di dialogo competitivo nella direttiva 2004/18/CE nella quale all'art. 1, punto 11 c, afferma: "Il dialogo competitivo è una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte."

Simile alla precedente è la definizione contenuta all'art. 1 comma 39 del Codice dei contratti. Secondo il legislatore italiano: "Il dialogo competitivo è una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare."

Il legislatore italiano del terzo decreto correttivo torna a parlare in maniera puntuale del dialogo competitivo con l'art. 58, indicando quando tale procedura trova applicazione, negli appalti giudicati "particolarmente complessi" e nei quali la stazione appaltante non è in grado di definire i mezzi tecnici, i suoi obiettivi, nonché l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto.

dovrebbero trovare completa adozione nell'arco del biennio 2010 - 2011 per dare nuovo impulso ai PPP in Europa.

In particolare la Commissione europea:

- procederà alla creazione di un gruppo, aperto anche ai privati, allo scopo di diffondere informazioni e *best practices*. All'interno del quale le parti interessate potranno discutere le proprie preoccupazioni e potranno proporre idee relative ai PPP. In un secondo momento la CE pubblicherà gli orientamenti sul PPP per aiutare gli Stati membri a ridurre i ritardi nell'attuazione del PPP;

- collaborerà con la BEI sia per ottenere più fondi diretti, sia per sviluppare nuovi strumenti finanziari per i PPP nelle aree strategiche;

- esaminerà le norme che consentono l'utilizzo di fondi comunitari. In tal senso saranno migliorate le procedure per ottenere tali finanziamenti in un'ottica di equa concorrenza e senza discriminazioni basate sulla gestione pubblica o privata del progetto;

- proporrà un quadro normativo per l'innovazione più efficace, compresa la possibilità per l'UE di partecipare a soggetti di diritto privato e di investire direttamente in progetti specifici;

- studierà la possibilità di introdurre un nuovo strumento legislativo sulle concessioni, sulla base della valutazione di impatto attualmente in corso.

4. I contratti di partenariato nella normativa italiana

Nel nostro ordinamento il PPP rappresenta una delle manifestazioni più evidenti del principio di sussidiarietà, di cui all'art. 118 comma 4 della Costituzione, che incentiva l'iniziativa dei privati (*singoli o associati*) nello svolgimento di attività di interesse generale³³. L'attività privata diviene, quindi, "sussidiaria" dell'intervento pubblico. Pertanto questo nuovo modello di relazione fra la pubblica amministrazione e i privati, che si fonda sulla sussidiarietà orizzontale, necessita l'adozione di nuove figure contrattuali che siano più conformi ad una

³³ Vale la pena sottolineare come tale concetto non sia accettato da tutta la dottrina, si veda in merito l'interessante critica di E. Picozza " *L'inquadramento del f. di p. pubblicistico nel fenomeno del partenariato pubblico privato. Profili di diritto costituzionale "politico"* in La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici, Giappichelli 2005, dove l'autore sostiene che " (...) le forme di PPP nell'esperienza italiana non varcano in concetto di integrazione politica e non sfociano quindi in una vera e propria forma di sussidiarietà orizzontale (...) In altri termini, gli interessi pubblici e privati coinvolti nelle operazioni di f. p. non si amalgamano in un superiore interesse collettivo, ma rimangono piuttosto separati con frequente primazia dell'interesse privato".

tipologia di collaborazione diversa fra pubblico e privato³⁴.

Qui si inserisce il nostro legislatore con il terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici³⁵, d.lgs. n. 152 del 2008³⁶, nel quale viene introdotta per la prima volta una definizione di contratti di partenariato³⁷ che ricalca quella contenuta nel Libro Verde.

Il comma 15-ter dell'art. 3 individua tutti quei contratti “ (...) aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico dei privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti”. La norma continua indicando una serie di tipologie contrattuali che possono rientrare nella fattispecie di contratto di partenariato, in particolare “la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di PPP l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi”. Il legislatore conclude affermando che “ fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 44 co. 1- bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248, aggiunto dalla legge di conversione 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di PPP si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat”³⁸.

Tale decisione riguarda il trattamento contabile delle operazioni di PPP e gli effetti che tali operazioni possono avere sul deficit e sul debito pubblico³⁹. La decisione Eurostat si applica a quei contratti di partenariato che abbiano come oggetto la realizzazione di infrastrutture destinate

³⁴ Scilla Castenasi, *Profili civilistici del Project financing*, in *Il Partenariato pubblico privato* (a cura di) Mario P. Chiti, cit.

³⁵ Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 “ *Codice dei Contratti di lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/Ce e 2004/18/Ce*”, in GU n. 100 del 2 maggio 2006, SO n. 107.

³⁶ Decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'art. 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*, in Gazzetta ufficiale n. 231 del 2 ottobre 2008, S.O. n. 227/L.

³⁷ Recependo il parere reso dall'VIII Commissione del Senato il 29 luglio 2008.

³⁸ *Treatment of public and private partnership*, decisione Eurostat del 11/02/2004.

³⁹ Sulla decisione Eurostat si rimanda a, *Il PPP e il patto di stabilità europeo. L'impatto della decisione Eurostat 11/02/2004 sulle operazioni in PPP, Relazione della sottocommissione PPP, Patto di stabilità e aspetti contrattualistici, 2006*; ed inoltre *Partenariato pubblico – privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico. Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 Treatment of PPPs*, Unità tecnica finanza di progetto UTPF, giugno 2004.

all'uso pubblico e solo nei casi in cui lo Stato sia il principale acquirente dei beni e dei servizi forniti dall'infrastruttura. In particolare gli *assets* legati ad operazioni di PPP non devono essere iscritti nei bilanci pubblici (sono quindi *off balance*) qualora vi sia un sostanziale trasferimento del rischio dal soggetto pubblico a quello privato⁴⁰, che si realizza quando il partner privato si assume il rischio di costruzione⁴¹ ed almeno uno fra i due rischi di disponibilità⁴² e di domanda⁴³.

Sono, quindi, diverse le tipologie di rischio che si possono manifestare nel corso di tutte le fasi del procedimento. Nella fase di realizzazione e in quella operativa si potrebbero palesare i rischi di costruzione e di ritardi nel completamento dell'opera. Nel corso della fase operativa, invece, i rischi sono legati alla reale domanda di erogazione del servizio, ad esempio molti meno utenti potrebbero richiedere la fruizione del servizio prodotto.

Tuttavia, fra la molteplicità di rischi che potrebbero manifestarsi, quello che preoccupa maggiormente l'operatore privato è il c.d. rischio politico o amministrativo. Tale rischio riguarda non solo l'eventualità di campi nella compagine di governo, con tutto quello che ne potrebbe conseguire, ma soprattutto l'esistenza di una normativa estremamente farragিনosa.

Tale incertezza normativa rende molto difficoltoso il ruolo del privato che è tenuto ad applicare delle procedure caratterizzate da una indiscutibile complessità che, di certo, non incoraggia la partecipazione delle imprese, soprattutto di quelle straniere.

Quindi il costo dell'investimento per la costruzione dell'infrastruttura non va ad incidere né sul deficit né sul debito pubblico, ma interessa unicamente il bilancio della società privata che effettua l'investimento.

Il PPP offre un decisivo vantaggio contabile ai governi e alle pubbliche amministrazioni in generale consentendo di trasformare le maggiori spese odierne in maggiori spese, o minori entrate, future e rispettando i parametri del trattato di Maastricht e del Patto di stabilità.

Tale beneficio contabile non va tuttavia confuso con il vantaggio economico che può

⁴⁰“ (...) in national accounts, the assets involved in a public – private partnership can be considered as non government assets only if there is strong evidence that the partner is bearing most of the risk attached to the specific partnership”, Eurostat decision on PPPs 11/02/2004.

⁴¹ Il rischio di costruzione copre eventi relativi al ritardo nei tempi di consegna, al mancato rispetto di standard di progetto, all'aumento dei costi, agli inconvenienti di tipo tecnico e al mancato completamento dell'opera.

⁴² Il rischio di disponibilità consiste nella capacità da parte del soggetto privato di erogare le prestazioni contrattuali pattuite.

⁴³ Il rischio della domanda riguarda la variabilità della domanda, che non dipende dalla qualità del servizio prestato dal concessionario dell'infrastruttura. La variabilità può risultare da altri fattori, quali, per esempio, la presenza di alternative più convenienti.

derivare dai contratti di partenariato. A tal proposito si inserisce il contributo del FMI del 2006⁴⁴ che ha chiarito come la decisione Eurostat possa comportare alcune distorsioni nel corretto utilizzo del PPP. Le pubbliche amministrazioni potrebbero infatti essere spinte ad utilizzare tale contratto più per esigenze di contabilizzazione delle opere che per effettiva convenienza economica e sociale, andando così a creare il rischio di un indebitamento occulto, nonché un aggravio dei costi per la collettività. I contratti di partenariato dovrebbero essere utilizzati tutte le volte in cui il ricorso ai capitali privati può comportare dei benefici, non solo per la PA, ma anche, e soprattutto per gli utenti finali che saranno i fruitori dell'opera o del servizio realizzati.

Per evitare l'insorgere di fenomeni distorsivi, il FMI raccomanda come sia assolutamente necessario valutare in termini reali e sostanziali l'impatto di questo tipo di operazioni sui conti pubblici⁴⁵.

La decisione Eurostat, tuttavia, non è immune da critiche e osservazioni. La dottrina sostiene infatti come tale decisione appaia di dubbia fondatezza, in quanto in contrasto con i principi generali desumibili dal Sistema europeo dei conti nazionali. La stessa decisione, inoltre, non terrebbe in debito conto gli oneri pubblici che vengono sostenuti in ogni iniziativa di partenariato.

Nonostante tali criticità, e in assenza di altre iniziative contrastanti da parte della Commissione era inevitabile che il legislatore nazionale inserisse tale decisione nella definizione dei contratti di partenariato⁴⁶.

In risposta a tali osservazioni è intervenuta la Presidenza del Consiglio dei Ministri con una circolare⁴⁷ che mira a chiarire i contenuti, la corretta applicazione della decisione Eurostat ai contratti di partenariato, nonché la definizione dei termini e le modalità di trasmissione delle informazioni relative a tali operazioni.

Scopo della Circolare è quello di fornire alle pubbliche amministrazioni aggiudicatrici tutte le informazioni che consentano loro di classificare correttamente le operazioni di PPP all'interno

³⁹ Si tratta del rapporto del FMI dal titolo, *Italy: Selected Issues*, del marzo 2006, di particolare interesse il capitolo quinto, *Infrastructure Investment and PPPs*.

⁴⁵ Si veda in merito G. Pasquini, *Il project financing e la discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 10/2006. Ed ancora, Massimo Ricchi, *Finanza di progetto- Contributo Pubblico-Controllo ed Equità. (le concessioni sono patrimonio pubblico)*, con particolare attenzione ai commenti in nota n. 4, in www.utfp.it

⁴⁶ Cfr. Chiti, *I Partenariati pubblico – privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune* in *Il partenariato pubblico – privato. Concessioni – Finanza di progetto – Società Miste – Fondazioni*, op. cit.

⁴⁷ Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2009, "Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico – privato ai sensi dell'art. 44, comma 1 – bis del decreto legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008 n. 31. G.U. n. 84 del 10 aprile 2009, Serie Generale.

dei propri bilanci. Nel dettaglio l'art. 44, comma 1 – *bis* del decreto legge n. 248 del 2007 stabilisce che: “al fine di consentire la stima dell'impatto sull'indebitamento netto e sul debito pubblico delle operazioni di PPP avviate dalle pubbliche amministrazioni e ricadenti nelle tipologie indicate dalla decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, le stazioni appaltanti sono tenute a comunicare all'Unità Tecnica Finanza di Progetto della Presidenza del Consiglio dei Ministri le informazioni relative a tali informazioni, secondo modalità e termini indicati in un'apposita circolare da emanarsi d'intesa con l'ISTAT.”

La Circolare individua pertanto le tipologie di operazioni che ricadono nel dettato normativo, le pubbliche amministrazioni e i soggetti⁴⁸ tenuti all'obbligo di comunicazione all'UTFP ed anche il dettaglio delle informazioni richieste⁴⁹.

Perché un'operazione di PPP ricada nell'ambito di applicazione della decisione Eurostat, oltre al citato elemento del trasferimento del rischio, devono sussistere una serie di presupposti ripresi e chiariti nella circolare.

Innanzitutto il rapporto fra soggetto pubblico e privato deve essere di lungo periodo. Il contratto, stipulato fra uno o più soggetti privati costituiti anche in forma societaria, deve prevedere “la costituzione di una nuova infrastruttura o la ristrutturazione di una infrastruttura esistente, che dovrà fornire servizi predefiniti in termini quantitativi e qualitativi”. L'opera deve riguardare settori in cui la PA abbia un forte interesse pubblico, quali sanità, scuole, trasporti, sicurezza ecc. La PA deve essere l'acquirente principale dei servizi, sia quando la domanda sia generata dalla stessa PA (carceri, uffici giudiziari e altri uffici pubblici) sia che provenga da terzi utilizzatori (ospedali, trasporti pubblici locali).

Pertanto, secondo la normativa italiana, le figure contrattuali che ricadono nell'ambito di applicazione della decisione Eurostat sono i contratti di concessione di lavori pubblici affidati a privati, sia attraverso il procedimento previsto nell'art. 143 del Codice, sia attraverso finanza di progetto *ex art.* 153, nonché per tutte le altre tipologie di contratti di partenariato rientranti nella definizione contenuta nell'art. 3 comma 15 – *ter*.

In conclusione, per effetto del terzo decreto correttivo abbiamo assistito ad una moltiplicazione delle procedure di scelta del contraente privato per l'affidamento dei contratti

⁴⁸ I soggetti aggiudicatori tenuti all'obbligo della comunicazione sono le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25 del Codice dei contratti e gli organismi di diritto pubblico identificati al comma 26 del medesimo articolo.

⁴⁹ I soggetti aggiudicatori sono tenuti a trasmettere all'UTFP il contratto di concessione con i relativi allegati, il piano economico finanziario e la relazione illustrativa del progetto. Laddove l'operazione di PPP sia posta in essere attraverso la costituzione di una società mista, le pubbliche amministrazioni devono allegare l'atto costitutivo, lo statuto della società, nonché l'eventuale contratto stipulato fra soggetto aggiudicatore e società mista.

complessi in generale. La PA ha ora a disposizione un'ampia gamma di possibili procedure, dalla "classica" concessione *ex art. 143* del Codice dei contratti, ai procedimenti in *project financing*, passando per l'affidamento a contraente generale, e così via. L'amministrazione sarà, quindi, chiamata a valutare, di volta in volta, quale sia lo strumento migliore per soddisfare le esigenze di tutti i soggetti interessati.

L'ampliamento delle tipologie contrattuali a disposizione permette alla PA di poter utilizzare il contratto che sia in grado di rispondere al meglio al pubblico interesse⁵⁰. Tuttavia, tale varietà di procedure presuppone l'esistenza di un'amministrazione che disponga di tutti gli strumenti conoscitivi per effettuare la scelta migliore. L'amministrazione è, dunque, chiamata a rivedere il proprio ruolo nel mercato dei contratti pubblici, eliminando ogni tipo di ingerenza politica, divenendo così un interlocutore *forte* nel rapporto con il privato. Dovrà, pertanto, diventare un contraente all'altezza, autorevole, imparziale, flessibile, dialogante, capace di incrementare la concorrenza per raggiungere lo scopo di incrementare la concorrenza.⁵¹

Con l'introduzione dei contratti di partenariato nel nostro ordinamento, ci troviamo in presenza del definitivo superamento della classica *summa divisio* fra contratti di appalto e concessioni per l'affidamento dei lavori pubblici.

⁵⁰ Si verifica un vero e proprio *ampliamento della flessibilità di azione della pubblica amministrazione*. Così M. Ricchi, *Le scelte della pubblica amministrazione: gli affidamenti, i contratti di PPP ed i poteri di revoca*, in *Finanza di progetto. Temi e Prospettive*, (a cura di) Cartei e Ricchi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010. L'autore ravvisa inoltre che dalla complessità del sistema degli affidamenti dei contratti di PPP emerge con forza il problema del *paradosso amministrativo*. Ovvero, *il dilemma fra un giudizio sul sistema affetto da iper-regolamentazione per ridurre al minimo la discrezionalità amministrativa e un giudizio sullo stesso sistema, invece caratterizzato da un ampliamento della discrezionalità amministrativa proprio per permettere alla PA di districarsi nella complessità delle prescrizioni che condizionano la sua attività*. Sul concetto di *paradosso amministrativo* si rimanda a Napolitano e Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Il Mulino, 2009.

⁵¹ Cfr Ricchi, *La nuova finanza di progetto nel Codice dei contratti*,

CAPITOLO SECONDO

Il project financing

1. Premessa. 2. La qualificazione giuridica del project financing nelle interpretazioni della dottrina. 3. Dalla c.d. legge Merloni al Codice dei Contratti: evoluzione normativa della finanza di progetto. 3.1. La programmazione. 3.2 La presentazione della proposta e l'asseverazione del piano economico finanziario. 3.3 La valutazione della proposta. 4. La società di progetto. 5. Il diritto di prelazione. 6. Il project financing nel c.d. terzo decreto correttivo. La gara unica. 6.1. La doppia gara. 6.2. La gara ad iniziativa privata in caso di inerzia della pubblica amministrazione. 7. Conclusioni.

1. Premessa

Il *project financing*, o, nella dizione italiana, finanza di progetto nasce come tecnica di finanziamento per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e rappresenta una delle manifestazioni più rilevanti del PPP.

Storicamente nasce negli Stati Uniti intorno agli anni '20 del XX secolo⁵² per lo sfruttamento dei giacimenti petroliferi e per la realizzazione di impianti per la produzione dell'energia elettrica, operazioni di natura esclusivamente privatistica. Le banche finanziavano la ricerca di giacimenti petroliferi mediante dei mutui, il cui rimborso era fissato in relazione ai flussi finanziari prospettici che si sarebbero realizzati con lo sfruttamento del giacimento, senza possibilità di rivalersi sul restante patrimonio del debitore.⁵³

⁵² Secondo alcuni studiosi il prototipo del *project financing* si ritroverebbe molto tempo addietro, “ la rete ferroviaria europea realizzata fra il 1840 e 1860 comportò l'impiego di una tecnica finanziaria non lontana da quella che oggi è chiamata finanza di progetto. Ma persino i viaggi commerciali di Cristoforo Colombo possono essere intesi come investimenti che si riteneva potessero essere ripagati ampiamente dai flussi di ricchezza che avrebbero generato.(...) così anche il finanziamento che nel XIII secolo la famiglia di banchieri italiani, i Frescobaldi, fecero agli inglesi che intendevano sviluppare le miniere d'argento nel Devon può essere considerato un esempio di finanza di progetto(...)”, Alessandro Coletta, *La finanza di progetto nel passato*, in *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it. Per l'origine storica, si veda anche, *La finanza di progetto*, a cura di G. Morbidelli, Giappichelli, 2004.

⁵³ In tal senso, B. Raganelli, *Il project financing per il finanziamento di infrastrutture in PPP ed opere pubbliche in Europa. La ricerca di un equilibrio tra regole e flessibilità*. Convegno I – COM, Roma 2008, cit.; ed

Tralasciando l'origine storica, l'esperienza da cui prende avvio la finanza di progetto, non solo in Italia, ma in tutta Europa, è frutto dell'iniziativa britannica della *Private Finance Initiative* (PFI), programma approvato dal governo conservatore nel 1992 con l'obiettivo di realizzare infrastrutture civili, servizi scolastici, carceri, autostrade, più genericamente per mantenere inalterata la dotazione di infrastrutture della Gran Bretagna senza oneri aggiuntivi per la finanza pubblica.

L'obiettivo principale della PFI era quello di creare un contesto istituzionale favorevole al coinvolgimento dei soggetti privati per contribuire alla realizzazione di infrastrutture e servizi pubblici. Nell'intenzione del governo britannico tale obiettivo doveva essere raggiunto attraverso il rilascio di concessioni di costruzione e gestione, le quali rispondevano ad una duplice esigenza, l'ottimizzazione dei costi per il settore pubblico e la convenienza economica per quello privato.⁵⁴

Per incentivare l'utilizzo di questa tecnica finanziaria i vari governi britannici⁵⁵, succedutesi fino ad oggi, hanno preferito puntare su dei modelli flessibili. Non esiste, infatti, una disciplina organica della PFI, ma piuttosto atti giuridici non vincolanti, guide, note pratiche, raccomandazioni.⁵⁶

Una differenza facilmente riscontrabile, rispetto al nostro modello di finanza di progetto, è la diversa remunerazione del soggetto privato. Il partner privato, chiamato a realizzare l'opera e selezionato dal committente pubblico, riceve dei canoni periodici per tutta la durata del contratto corrisposti o dall'amministrazione o da altri soggetti privati che usufruiscono dell'opera o, ancora, da una combinazione dei due metodi.⁵⁷

L'Eurotunnel e il parco di divertimenti di Euro Disney sono alcuni dei progetti più importanti realizzati con tale tecnica. Nonostante le numerose difficoltà incontrate in corso

ancora Dipace, *I profili economico – giuridici della finanza di progetto. Il rapporto con la concessione di costruzione e gestione in PPP e contratti atipici*, op. cit. Massimo Lo Cicero, *Impresa, incertezza e investimenti. Dal corporate al project financing*, in Morbidelli, op.cit.

⁵⁴ Raganelli, *Il project financing per il finanziamento di infrastrutture. Origini e sviluppo in Europa*, op. cit. Per un'analisi della nascita e dello sviluppo della PFI si rinvia a Paul Wilson, *L'esperienza britannica della Private Finance Initiative*, cit.

⁵⁵ Durante il primo governo Blair è stata costituita una vera e propria società il cui scopo, o oggetto sociale in termini di diritto commerciale, è quello di sviluppare la PFI: la *Partnership UK* (PUK) nella quale il governo detiene una partecipazione rilevante del capitale sociale.

⁵⁶ In tal senso si vedano i documenti ufficiali del Ministero del tesoro, (HM Treasury). Fra i quali, *Standardization of PFI*, disponibile sul sito internet www.hm-treasury.gov.uk.

⁵⁷ V. Raganelli, *La regolamentazione in alcuni Stati membri*, op. cit; Paul Wilson, *L'esperienza britannica della PFI*, cit.

d'opera, tali progetti rappresentano come la scelta di associare la competenza e il *know – how* del privato per la realizzazione di un'opera pubblica sia, in concreto, risultata vincente.

Nel corso degli anni la PFI ha subito un'evoluzione notevole. Nata come iniziativa intrapresa da un governo conservatore per rispondere ad una crisi economica e fiscale, per arrivare poi alla creazione di strumenti attraverso i quali un esecutivo laburista ha cercato di riformare e modernizzare i servizi pubblici.

Il *project financing* è uno strumento estremamente adattabile a situazioni diverse, sia in un rapporto fra soggetti privati, come nelle sue prime applicazioni, sia tra un soggetto pubblico e un soggetto privato. La sua struttura può cambiare in relazione alle caratteristiche del progetto da realizzare e degli interessi perseguiti dai soggetti coinvolti, tutto in funzione di una maggiore convenienza economica per il soggetto privato e della realizzazione dell'opera pubblica per l'amministrazione.

Si possono, quindi, tentare di individuare alcuni elementi comuni caratterizzanti un'operazione di finanza di progetto, che sono poi alla base della normativa di riferimento. Tuttavia, per comprendere realmente l'istituto, è necessario guardare alla prassi applicativa. Ci troviamo, difatti, in presenza di un istituto caratterizzato da un'estrema capacità di adattamento al caso concreto, utilizzabile per la realizzazione degli interventi più disparati. A titolo esemplificativo si può indifferentemente utilizzare la finanza di progetto sia per la costruzione di una scuola che per la realizzazione di un'autostrada.

Tuttavia tale adattabilità comporta la difficoltà di ricondurre il *project financing* entro i confini di una puntuale fattispecie giuridica. Osservando le esperienze applicative concrete, raramente ci si trova di fronte a due contratti identici che presentano le medesime caratteristiche.

La scelta compiuta dal legislatore italiano è stata quella di tentare, soprattutto con gli interventi normativi precedenti al Codice dei contratti, di trasporre la tecnica prettamente finanziaria della PFI dal sistema britannico di *common law*, al nostro di *civil law*, senza considerare che le esigenze di flessibilità di tale istituto mal si conciliano con le rigidità del nostro ordinamento. Non è un caso che la dottrina sia arrivata ad affermare come tale trasposizione non si sia rivelata del tutto soddisfacente parlando esplicitamente di “*project financing all'italiana*”⁵⁸.

Tuttavia prima di concentrare l'attenzione sulla qualificazione giuridica del *project financing* nel nostro ordinamento, è necessario compiere un passo indietro, analizzando la normativa di riferimento. Il legislatore italiano, a differenza di quanto accaduto per i contratti di PPP, si è più

⁵⁸ E. Picozza, *La finanza di progetto (project financing) all'italiana*, in *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Giappichelli, 2005.

volte occupato della finanza di progetto, a partire dalla legge Merloni, fino ad arrivare all'ultima versione del Codice dei contratti.

Nel corso di questo secondo capitolo si procederà alla ricostruzione del dettato normativo, considerando, quale parte integrante, le numerose pronunce dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici che si è più volte occupata della finanza di progetto. Attraverso varie pronunce l'Autorità ha cercato di dettare una serie di linee guida su singoli aspetti problematici, con lo scopo di fornire un valido aiuto agli operatori del settore che intendono intraprendere un'operazione di *project financing*.

2. La qualificazione giuridica del *project financing* nelle interpretazioni della dottrina.

Il nostro legislatore si è più volte occupato del *project financing* limitando, tuttavia, la sua attenzione alla fase pubblicistica di individuazione del promotore e tralasciando la qualificazione giuridica di tale fenomeno di cui si è occupata, prevalentemente, la dottrina privatistica.

La presente ricerca non sarebbe, tuttavia, completa se non si facesse alcun cenno anche a tali studi.

Nel seguente paragrafo, si cercherà, dunque, di dare conto delle diverse interpretazioni dottrinali in merito alla qualificazione giuridica della finanza di progetto, per procedere, nei paragrafi successivi, all'analisi della normativa positiva.

Gli approcci di studio della dottrina sono molteplici, da un lato la dottrina civilistica, che si è concentrata sulla definizione della rete di contratti conclusi da tutti i soggetti per la concreta realizzazione di un'operazione di *project financing*.⁵⁹ Dall'altro, la dottrina pubblicistica che si è occupata di spiegare i meccanismi che portano alla aggiudicazione della concessione, ponendo alla base dell'analisi la figura del promotore e il contratto di concessione e gestione.

La finanza di progetto è un'operazione complessa che nasce dalla pratica commerciale e che da luogo ad una serie di rapporti privatistici, i quali attengono principalmente alla gestione del rischio. Il legislatore italiano, piuttosto che concentrare la sua analisi sulla qualificazione giuridica di tali rapporti, ha limitato il suo intervento alla fase pubblicistica della scelta del contraente⁶⁰.

Risulta immediato e relativamente semplice inquadrare un'operazione di finanza di progetto

⁵⁹ Per un approfondimento si rimanda a, *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, a cura di Ferrari e Fracchia, Egea, 2004.

⁶⁰ M. Baldi e G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, IPSOA, II edizione, 2004. Ed inoltre Marcello Clarich, *Gli aspetti giuridici del project financing nella pubblica amministrazione*, Prima conferenza della finanza di progetto nella PA, Roma 22 giugno 2005.

all'interno di categorie economico - finanziarie. Il lavoro dell'interprete risulta maggiormente complicato laddove si cerchi di classificare il fenomeno all'interno di una puntuale fattispecie giuridica.

Il *project financing* è un istituto che nasce nei paesi di *common law*, in ordinamenti, quindi, che presentano caratteristiche diverse e modelli più flessibili rispetto al nostro di *civil law*. Tale elemento, tuttavia, non dovrebbe rappresentare un ostacolo particolarmente rilevante, molti altri istituti tipici degli ordinamenti anglosassoni sono stati trasfusi con successo nel nostro Paese.

Bisogna, inoltre, sottolineare come, né il legislatore, comunitario e nazionale, né tantomeno, la dottrina si siano preoccupati di inquadrare la finanza di progetto all'interno di un preciso istituto giuridico.

Difatti, come ha avuto modo di pronunciarsi l'Autorità di settore: “ con la legge quadro sui lavori pubblici il legislatore non ha provveduto a delineare un istituto giuridico autonomo ed autosufficiente per il project financing, bensì ha scelto di introdurre detto sistema di realizzazione di opere pubbliche innestandolo su quello proprio della concessione.”⁶¹

Inoltre, come già indicato, gli approcci di studio della finanza di progetto da parte della dottrina sono differenti, quella privatistica ha cercato di risalire ad una classificazione giuridica dell'istituto, riconducendolo, ora alla categoria del collegamento negoziale, ora a quella dell'operazione economica. La dottrina pubblicistica si è, come detto, limitata ad analizzare solo una parte della finanza di progetto, formalizzando le procedure che portano alla scelta del partner privato per l'aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione.

Il nostro legislatore, in mancanza di indicazioni precise da parte del diritto comunitario, ha preferito percorrere quest'ultima via, tutta la normativa *pre* e *post* Codice dei contratti, è incentrata esclusivamente nell'elaborazione della procedura, o meglio delle procedure, che portano all'aggiudicazione della concessione, “per quanto riguarda il diritto pubblico vi è stata una precisa scelta politica, tendente a forzare le caratteristiche multiformi e largamente atipiche della finanza di progetto entro gli angusti ambiti dei lavori pubblici e, addirittura, entro l'istituto concessorio.”⁶²

Si passerà ora ad analizzare, senza alcuna pretesa di esaustività, le varie interpretazioni della dottrina privatistica.⁶³ In particolare le teorie che riconducono la finanza di progetto all'interno del collegamento contrattuale e quelle che la configurano quale mera operazione economica.

⁶¹ Avlp, Atto di regolazione del 26 ottobre 2006, n. 51.

⁶² E. Picozza, *La finanza di progetto all'italiana*, cit.

⁶³ Per una sintesi sull'argomento si veda per tutti, A Tullio, *La finanza di progetto nella sua ricostruzione giuridica: gli esiti dell'indagine* in, *La finanza di progetto: profili civilistici*, e la bibliografia ivi citata.

Il *project financing* è una complessa operazione finanziaria caratterizzata da un insieme di contratti che possono essere ascritti all'interno della categoria del collegamento contrattuale, collegati fra loro per il raggiungimento di un unico scopo, la realizzazione del progetto. In tale contesto la concessione rappresenta soltanto il momento pubblicistico di affidamento al promotore della complessa operazione negoziale.

Secondo l'interpretazione dell'AVLP, l'istituto del *project financing* non può essere letto in chiave atomistica, cioè come sommatoria di singoli contratti che lo compongono, ma, al contrario, va interpretato quale risultato del collegamento negoziale fra molteplici rapporti giuridici in cui gli interessi, gli obblighi e le responsabilità rendono difficile qualificare come terzo uno dei soggetti partecipanti all'iniziativa rispetto alle prestazioni rese dagli altri soggetti coinvolti⁶⁴.

Utilizzando, dunque, il concetto di collegamento negoziale si è in grado di individuare il regime giuridico dei singoli contratti in relazione all'unitarietà dell'intera operazione,⁶⁵ nella quale la soddisfazione delle pretese dei singoli dipende direttamente dalla realizzazione del progetto finale.

Rappresenta, ormai, una vera norma giurisprudenziale la definizione di collegamento contrattuale che nei suoi aspetti generali non dà luogo ad un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi.⁶⁶

Non è, quindi, rintracciabile una causa superiore a quella dei singoli contratti, quanto piuttosto la realizzazione di una complessa funzione economica, ogni contratto conserva la propria causa nel compimento di un'unitaria operazione economica.⁶⁷

Secondo parte della dottrina non è molto corretto inserire il *project financing* entro i limiti del collegamento contrattuale in quanto tale tesi risulta essere "insoddisfacente se riferita ai lavori pubblici, atteso che trascura di considerare l'insieme di atti e di procedimenti di indole pubblicistica che concorrono a realizzare l'operazione complessiva." In ogni caso questa tesi "è però suggestiva e utile ai nostri fini in quanto coglie l'unitarietà del fenomeno, che non può

⁶⁴ AVLP, Atto di regolazione del 18 luglio 2000, n. 34.

⁶⁵ S. Castenasi, *Profili civilisti del project financing*, cit.

⁶⁶ Corte di Cassazione, 28 giugno 2001, n. 8844

⁶⁷ Per un approfondimento, si rimanda a F. Galgano, *Il negozio giuridico*, Giuffrè, 2002

essere scomposto e disperso nella pluralità dei suoi addendi.”⁶⁸

Gli autori⁶⁹ che per primi hanno ricondotto la finanza di progetto al collegamento contrattuale non hanno, tuttavia, individuato come in concreto operi in concreto tale collegamento, né tanto meno, quali siano effettivamente i contratti collegati.⁷⁰

In virtù di tale lacuna interpretativa, la dottrina successiva, nel tentativo di individuare una veste giuridica alla finanza di progetto, si è mossa sempre più insistentemente verso il concetto di operazione economica. Secondo tale interpretazione l’operazione economica deve essere intesa come pluralità di contratti finalizzati al raggiungimento di uno scopo economico unitario. In tal senso, “ l’operazione economica permetterebbe di individuare una fattispecie ulteriore e diversa dai singoli contratti, idonea a divenire ex se fonte di effetti aggiuntivi; i singoli negozi non assumono più rilevanza individuale, ma svolgono, nell’unità dell’operazione, la medesima funzione a cui adempiono le singole clausole all’interno di un contratto.”⁷¹

Tale ricostruzione, tuttavia, sembra essere riduttiva, nonché poco corretta. L’operazione economica non costituisce un’autonoma categoria giuridica, quanto piuttosto un criterio finalizzato all’interpretazione del contratto, ovvero, il contratto è la veste giuridica dell’operazione economica. Autorevole dottrina sostiene come il contratto non sia altro che “(...) la formalizzazione giuridica o, se vuoi, il modo attraverso il quale l’ordinamento giuridico recepisce l’operazione economica che le parti hanno inteso realizzare, sì che esso solo costituisce una categoria giuridica ordinante ed autonoma, l’operazione economica costituendo

⁶⁸ F. Fracchia, *Project financing e opere pubbliche*, cit.

⁶⁹ Fra i quali, C. Paglietti, *Profili privatistici del project financing*, in *Contratto e Impresa*, 1996. L. Costantino, *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti* in *Contratto e Impresa*. Secondo tali autori il *project financing* rappresenta un chiarissimo esempio di collegamento negoziale di tipo volontario.

⁷⁰ Secondo le prime ricostruzioni della dottrina, attraverso il concetto di collegamento contrattuale, è possibile ampliare la regola del *simul stabunt simul cadent* secondo la quale le vicende che investono un contratto si propagano su quelli collegati (inadempimento, invalidità, nullità ecc.). Tale principio è oggi oggetto di rilettura da parte della dottrina che sostiene: “ (...) in merito ad operazioni strutturalmente complesse ma funzionalmente unitarie, sarebbe più opportuno ragionare in termini di inutilità dei negozi collegati a quello direttamente colpito dall’evento patologico, atteso che il venir meno di quest’ultimo determinerebbe l’impossibilità di realizzare la c.d. funzione complessiva.(...) La caducazione dell’operazione potrà, inoltre, essere evitata attraverso una convenzionale determinazione della comunicazione degli effetti tra i contratti collegati, attraverso l’inserzione di clausole specifiche.” Quindi il principio del *simul stabunt simul cadent* viene considerato come una delle forme di rilevanza del collegamento contrattuale, ma non l’unica. S. Castenasi, *Profili civilistici del project financing*, cit, che riprende le considerazioni di M. Robles, *Project financing pubblico e formazione del consenso negoziale*, in *Rivista di diritto privato*, fascicolo 4 del 2005.

⁷¹ S. Castenasi, *Profili civilistici del project financing*, cit.

nozione meramente funzionale nel passaggio dal mondo degli affari a quello del diritto.”⁷²

In funzione di una visione il più possibile completa bisogna sottolineare un'altra interpretazione della dottrina, quella secondo la quale sarebbe addirittura inutile tentare di definire giuridicamente la finanza di progetto, in quanto si tratta di un fenomeno in continua evoluzione che si modifica in relazione alle esigenze dei soggetti che la pongono in essere. Ed inoltre tale tentativo di ricostruzione ancorché inutile risponde alla esclusiva esigenza dei giuristi di cercare di ordinare la realtà concreta all'interno di schemi e moduli che debbano poi assurgere a valori universali. Pertanto in conclusione, la finanza di progetto potrebbe essere vista sotto il profilo giuridico, in una complessità di nessi relazionali di diversa natura ed intensità fra distinti momenti negoziali, ciascuno autonomo, ma tutti organizzati non già al fine di uno scopo comune (...) bensì nella sola logica di una traslazione dei diversi rischi relativi al singolo contratto fra soggetti che, a diverso titolo, entrano in gioco. Ed è solo con riferimento a tale aspetto che si potrà addivenire ad una lettura complessiva del fenomeno.”⁷³

Tuttavia il giurista, o lo studioso in generale, non può escludere l'operazione di qualificazione in considerazione della complessità del fenomeno oggetto di studio. In tal modo si rischierebbe di creare una profonda frattura fra il comportamento delle parti che decidono di porre in essere un accordo, e la configurazione giuridica dell'operazione economica da essi realizzata.⁷⁴

In conclusione, considerata sotto un profilo strettamente giuridico la finanza di progetto non è riassumibile all'interno di una categoria contrattuale tipica. Può, tuttavia, a parere di chi scrive, essere vista come una sommatoria di singoli contratti collegati fra loro, aventi uno scopo comune, la realizzazione del progetto.

L'unitarietà del progetto è espressione della pluralità di negozi di cui si compone un'operazione di *project financing*.

⁷² Cfr. A. Tullio, *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit. Per la definizione di operazione economica si veda per tutti Guido Alpa, *Trattato di diritto privato*, nel quale l'autore afferma che: “ Il contratto, in qualsiasi modo venga denominato e concepito, appare come veste giuridica di una operazione economica”.

⁷³ Cfr. A. Tullio, *La finanza di progetto nella sua ricostruzione giuridica: gli esiti dell'indagine* in *La finanza di progetto: profili civilistici*, cit.

⁷⁴ Si esprime in tal senso A. Tullio in *La finanza di progetto: profili civilistici*, riprendendo le considerazioni espresse da Mario Nuzzo sull'importanza di evitare una così pericolosa frattura fra dato empirico nel suo concreto atteggiarsi e la sua configurazione giuridica. Per un approfondimento, si rimanda a Mario Nuzzo, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975.

3. Dalla legge c.d. legge Merloni al Codice dei contratti: evoluzione normativa della finanza di progetto.

La disciplina della finanza di progetto è stata introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento dal d.lgs. n. 415 del 1998, Merloni *ter*, che ha modificato la legge quadro sui lavori pubblici (l. 11 febbraio 1994, n. 109, c.d. legge Merloni) introducendo, con l'art. 11, otto nuovi articoli, dal 37- *bis* al 37- *novies*.

A questo punto si rende necessaria una breve puntualizzazione. Tale decreto, “Realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione”, si limita ad introdurre la figura del promotore. Procedendo alla lettura del dettato normativo si evince come non trovino alcuna menzione i termini finanza di progetto o *project financing* che, al contrario, si rinvenivano nei lavori parlamentari precedenti l’adozione della normativa e nei dibattiti che ne sono seguiti.

Prima di iniziare la ricostruzione del dato normativo una piccola osservazione di carattere metodologico. Nell'analizzare la disciplina della finanza di progetto prima dell’adozione del terzo decreto correttivo al Codice dei Contratti si cercherà di offrirne una visione quanto più completa ed unitaria considerando gli art. 37- *bis* e ss. alla luce delle successive modifiche ed integrazioni apportate dalla normativa nazionale. L’analisi prescindere quindi dalla disamina degli interventi legislativi regionali.

Si farà riferimento in particolare alla c.d. legge Obiettivo n. 443 del 2001, contenente la “Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive”, finalizzata alla realizzazione delle grandi infrastrutture pubbliche e degli insediamenti produttivi ritenuti strategici e di preminente interesse nazionale⁷⁵. Ed alla legge n. 166 del 2002 "Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti" nota anche come *Merloni - quater*.⁷⁶ Attraverso quest’ultimo intervento normativo vengono introdotte numerose novità alla finanza di progetto. Innanzitutto, la predisposizione nel nostro ordinamento del diritto di prelazione riconosciuto al soggetto promotore. Ed ancora l’abolizione del limite temporale di durata della concessione e l’ampliamento del novero dei potenziali promotori.⁷⁷

⁷⁵ In GU del 27 dicembre 2001 n. 299, SO n. 297/L

⁷⁶ Anche nota come “ Collegamento infrastrutture alla finanziaria 2002” in GU del 3 agosto 2002 n. 181, SO n. 158/L.

⁷⁷ Sia la legge n. 433 del 2001 che la successiva delega sono state sottoposte a giudizio di costituzionalità che ne ha in parte dichiarato l’illegittimità costituzionale con la decisione n. 303 del 2003. La Corte Costituzionale è stata così chiamata a pronunciarsi da alcune regioni in merito alla conformità delle suindicate norme con la nuove

Un'altra modifica importante, precedente all'adozione del Codice dei contratti, si ha per effetto della legge n. 62 del 2005, legge comunitaria 2004. Con tale intervento normativo si procede all'adeguamento della normativa italiana alle osservazioni mosse dalla Commissione europea, in seguito alla procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, n. 2001/2182, che riteneva il diritto di prelazione contrario ai principi comunitari della concorrenza.

La stessa legge comunitaria delegava, inoltre, il Governo ad adottare, con uno o più decreti legislativi le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE relative al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Tutta la normativa di riferimento in materia di finanza di progetto è stata poi trasfusa nel Codice dei contratti pubblici, lavori, servizi e forniture, d.lgs. n. 163 del 2006, senza subire particolari cambiamenti.

Tuttavia, già con il secondo decreto correttivo, d.lgs. n. 113 del 31 luglio 2007, sono intervenute alcune importanti modifiche, prima fra tutti l'abolizione del diritto di prelazione in capo al promotore.⁷⁸ Con il terzo decreto correttivo, d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152,⁷⁹ il legislatore italiano riscrive quasi integralmente tutta la normativa sulla finanza di progetto, modificando integralmente le procedure per la selezione del soggetto privato.

Quindi, nel tentativo di ricostruire il dettato normativo, si procederà ad analizzare prima la legislazione sulla finanza di progetto precedente l'adozione del terzo correttivo, e, si passerà, poi, allo studio delle modifiche intervenute per effetto dell'ultima riforma del Codice dei contratti. Considerando la complessità della procedura per l'affidamento della concessione attraverso la finanza di progetto, si procederà ad una trattazione separata delle varie fasi, partendo dalla programmazione, per continuare con la presentazione della proposta ed, infine, con la sua valutazione.

formulazioni degli art. 117 e 118 della Costituzione. Per una visione più completa si veda Massimo Occhiena, *La finanza di progetto per le infrastrutture di importanza strategica*, G.F. Ferrari, *Finanza di progetto: i profili di diritto costituzionale e comunitario*, in Ferrari - Fracchia, cit.

⁷⁸ Al diritto di prelazione sarà dedicato un paragrafo specifico a cui si rimanda.

⁷⁹ Molto interessanti sono i commenti sulla *tecnica normativa utilizzata dal legislatore italiano* di A. Botto in *Il secondo decreto correttivo (d.lgs. 31 luglio 2007 n. 113), con particolare riferimento alla finanza di progetto e alla locazione finanziari*, convegno IGI, Roma 18 settembre 2007. Sempre sul secondo correttivo v. anche C. Lacava, *Il secondo correttivo del codice dei contratti pubblici decreto legislativo 31 luglio 2007 n. 113*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 12/2007; M. A. Sandulli, *L'eterna incertezza della disciplina dei contratti pubblici: quale diritto per le stazioni appaltanti e quali prospettive per la competitività del Paese?* (*La CE mette in mora lo Stato italiano per il Codice dei Contratti Pubblici*), in www.astrid-online.it; R. De Nicolotis, *Le novità recate dal secondo correttivo del codice dei contratti pubbliche le ulteriori sopravvenienze normative*, Giuffrè 2007

3.1. La programmazione.

Ai sensi del primo comma dell'art. 37 - *bis* i soggetti privati interessati possono presentare la loro proposta esclusivamente per i progetti inseriti nella programmazione triennale o negli altri strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente⁸⁰. Pertanto la *condicio sine qua non* per l'avvio di tutta la procedura è quella di poter formulare la proposta solo per le opere inserite negli strumenti di programmazione della PA. L'attività propositiva del soggetto privato è, quindi, subordinata al vincolo della programmazione.

Le opere pubbliche o di pubblica utilità vengono inserite nella programmazione secondo uno specifico ordine di priorità dei bisogni della collettività, "il programma triennale deve prevedere un ordine di priorità. Nell'ambito di tale ordine sono da ritenere comunque prioritari i lavori di manutenzione, di recupero del patrimonio esistente, di completamento dei lavori già iniziati, nonché gli interventi per i quali ricorra la possibilità di finanziamento con capitale privato maggioritario", art. 14 della legge Merloni così come novellato dall'art. 7 della legge n. 166 del 2002.⁸¹

L'attività di realizzazione dei lavori pubblici è soggetta al principio fondamentale della programmazione, intesa come individuazione di quei progetti che meglio rispondono ai bisogni della collettività e come realizzazione successiva degli stessi secondo un determinato ordine di priorità. In questa delicata fase la PA dovrà valutare se un determinato intervento sia o meno realizzabile e quali opere possano essere finanziate facendo ricorso a capitali privati.

Solo in presenza di una puntuale fase preliminare si potrà inserire l'azione del privato, che potrà scegliere se realizzare un'opera già inserita nella programmazione triennale o nell'elenco annuale.

La finanza di progetto dovrebbe, quindi, essere inserita all'interno di un quadro di interventi che sia *preordinato e controllato dal decisore pubblico*, dovrebbe esserci, il condizionale è d'obbligo, una preventiva scelta politica ed un successivo impegno di coerenza del soggetto pubblico nel perseguirla.⁸²

Nella scelta dell'opera da realizzare l'intervento del soggetto privato subisce quindi il

⁸⁰ All'interno di tale categoria rientrano tutti gli strumenti ordinari di pianificazione territoriale; piani urbanistici, piani territoriali, piani territoriali di coordinamento, piani regolatori generali, ecc.

⁸¹ Per un'analisi completa e dettagliata della programmazione si veda per tutti Matteo Baldi, *Project financing, programmazione amministrativa e attività di supporto* in, *Il project financing nei lavori pubblici*, Baldi-De Marzo, cit.

⁸² Cfr. *La finanza di progetto. Osservazioni e proposte*, Rapporto Cnel, aprile 2008.

vincolo della programmazione. Non a caso parte della dottrina ha sostenuto come tale vincolo rappresenti un limite oggettivo all'iniziativa del privato e che l'attività di programmazione dovrebbe limitarsi alla semplice definizione dei bisogni che potrebbero essere soddisfatti con il ricorso al *project financing*. Mentre l'individuazione dell'opera da realizzare verrebbe posticipata alla fase della presentazione delle proposte. Inoltre, la proposta del promotore viene valutata sulla base della rispondenza della stessa al pubblico interesse. Rispondenza che dovrebbe essere preesistente, considerando che l'opera fa parte di quelle contenute nella programmazione triennale della PA.

Tuttavia, il soggetto che decide di presentare la proposta per la realizzazione di un'opera in *project financing* deve elaborare una serie di documenti nei quali indicare nel dettaglio tutte le caratteristiche, economiche, finanziarie, progettuali per la realizzazione del progetto. Pertanto la rispondenza del pubblico interesse si rende necessaria dopo la presentazione della proposta per evitare eventuali distorsioni.

Il legislatore, certo della centralità della fase di programmazione, ha previsto un contributo da parte dei soggetti privati, che possono presentare proposte di intervento relative ad opere pubbliche o di pubblica utilità da poter successivamente inserire negli strumenti di programmazione⁸³. La portata della norma viene però sveltita dal comma successivo nel quale si precisa che "tale presentazione non determina, in capo alle amministrazioni, alcun obbligo di esame e valutazione. Le amministrazioni possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti". In questo caso il soggetto promotore diviene vero e proprio proponente in quanto gli viene attribuita la facoltà di proporre un proprio intervento al di là degli strumenti di programmazione. Tale facoltà verrà ripresa, con l'aggiunta di modifiche incisive, dal legislatore nel terzo decreto correttivo.

La centralità della fase di programmazione è stata sottolineata anche dalla giurisprudenza amministrativa. Secondo il Consiglio di Stato⁸⁴, in materia di *project financing*, è presupposto essenziale, non altrimenti surrogabile, il preventivo inserimento dell'opera nei programmi dell'amministrazione appaltante, sia che si tratti di opera strategica, sia che si tratti di opera ordinaria; in assenza del suddetto presupposto, infatti, non sussiste alcun obbligo della PA appaltante di procedere alla valutazione della proposta *ex art. 37 bis*, avanzata da un operatore economico.

⁸³ Tale previsione è stata introdotta dal legge n. 166 del 2002.

⁸⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 13 gennaio 2010, n. 75.

Si è fin qui analizzata la fase di programmazione. Altrettanto importante nella realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità è quella successiva di monitoraggio costante e di controllo del progetto realizzato. In merito esiste un vero vuoto normativo, non si riscontra alcuna traccia nella legislazione che faccia riferimento alla fase successiva al completamento dell'opera. Dopo l'approvazione del progetto diventa indispensabile il supporto di un organismo ispettivo efficiente che sia in grado di monitorare sia la realizzazione che la successiva gestione dell'infrastruttura. Come detto, in tal senso non esiste alcuna norma puntuale. Considerando la tipologia di opere che si vanno a realizzare e le peculiarità della tecnica utilizzata si rende, pertanto, indispensabile un monitoraggio continuo, di verifica della qualità dell'opera e della successiva gestione della stessa.⁸⁵

3.2. La presentazione della proposta e l'asseverazione del piano economico finanziario

Le proposte dei privati per la realizzazione del progetto devono essere particolarmente dettagliate e devono contenere, pena l'esclusione dalla gara, un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito, uno studio di inquadramento territoriale ed ambientale, una specificazione delle caratteristiche del servizio o della gestione.

Il piano economico finanziario rappresenta parte essenziale della proposta del promotore, solo procedendo all'analisi di questo documento la PA aggiudicatrice potrà valutare la reale fattibilità dell'opera. Nel redigere il piano economico finanziario il promotore procede ad una vera e propria analisi di fattibilità dell'opera sotto vari profili, tecnico, progettuale, nonché economico – finanziario del progetto.

In tale documento il promotore dovrà indicare l'andamento dei costi e dei potenziali ricavi che prevede di ottenere dalla realizzazione e dalla gestione dell'opera. Dovrà inoltre definire i tempi di realizzazione dell'opera; individuare gli eventuali profili di rischio, nonché indicare le modalità per la loro neutralizzazione. Pertanto, il piano economico finanziario dovrà contenere tutte le informazioni necessarie per rendere il progetto appetibile agli occhi dei potenziali finanziatori.

In considerazione dell'importanza che tale documento riveste, deve essere sottoposto ad un giudizio di asseverazione da parte di un istituto di credito, allo scopo di verificarne l'attendibilità.⁸⁶

⁸⁵ S. Amorosino, *I nodi critici della finanza di progetto in Italia*, in Morbidelli, cit.

⁸⁶ Nella disposizione originaria il piano economico finanziario poteva essere asseverato solo da un istituto di

Il legislatore, nel decidere di sottoporre a giudizio di asseverazione il piano economico finanziario, ha ritenuto che tale attività non potesse essere svolta dall'amministrazione, bensì da un terzo qualificato, in quanto la PA aggiudicatrice non disporrebbe delle specifiche competenze necessarie per assolvere tale compito. Senza l'asseverazione del piano economico finanziario la pubblica amministrazione non può procedere alla valutazione della proposta, o meglio, come indicato dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici con l'atto di regolazione n. 34 del 2000, l'assenza o l'incompletezza di tale documento è causa di inammissibilità della proposta, perché viene a mancare una parte fondamentale della stessa, esplicitamente prevista dal legislatore. Ciò in quanto la proposta non potrà essere ritenuta di pubblico interesse e, quindi, approvata, se la stessa non risulta completa in ogni sua parte.⁸⁷

Partendo dalla precedente osservazione dell'autorità si è acceso un dibattito che ha visto come protagonisti l'ABI, Associazione Bancaria Italiana, da un lato e l'AVLP dall'altro, avente ad oggetto il contenuto dell'asseverazione, l'eventuale natura pubblicistica della stessa, nonché la circostanza per la quale la banca asseverante debba assumere obbligatoriamente la veste di finanziatore dell'iniziativa.

Secondo le prime indicazioni dell'ABI sembrava che il ruolo degli istituti di credito dovesse limitarsi ad una semplice verifica di coerenza dei dati contenuti nel piano economico-finanziario forniti dai potenziali promotori.⁸⁸

Al contrario l'AVLP chiariva, attraverso l'atto di regolazione di cui sopra, che gli istituti di credito⁸⁹ non potevano limitarsi ad un controllo formale, ma valutare la credibilità e la

credito. Per effetto delle modifiche introdotte dalla legge n. 166 del 2002 potevano procedere all'asseverazione anche le società iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, art. 106 del Testo unico delle legge in materia bancaria e creditizia, d.lgs. n. 385 del 1993, nonché le società di revisione (legge n. 1966 del 1939, art. 1). Nell'attuale formulazione del Codice dei contratti si è verificata una sorta di ritorno alle origini, il piano economico finanziario può essere asseverato solo dagli istituti di credito. Tali variazioni soggettive non sembrerebbero rispondere ad una logica precisa, quanto, piuttosto, ad interessi di parte dei vari gruppi di riferimento, che, di volta in volta, spingevano verso una attività oggettivamente remunerativa.

⁸⁷ Avlp, *Project financing – Piano economico – finanziario*, atto di regolazione del 18 luglio 2000, n. 34.

⁸⁸ Secondo quanto stabilito dall'Abi lo schema di asseverazione- tipo doveva contenere la seguente formula “nello svolgimento dell'attività di cui sopra, la banca si è basata su dati e documentazione relativi al progetto da voi fornitici che non sono sottoposti a verifiche di congruità. La vostra società si assume pertanto ogni responsabilità circa la veridicità e congruità dei suddetti dati e dei documenti presentati al riguardo nonché più in generale, di qualsiasi altra informazione comunicata alla banca ai fini della redazione del presente documento”. Inserendo tale “clausola” è ovvio che l'attività di asseverazione da parte della banca non avrebbe più alcun valore.

⁸⁹ Il ruolo che sono chiamati a rivestire gli istituti di credito nell'ambito di un'operazione in finanza di progetto è fondamentale. Non è questa la sede opportuna per approfondire tale argomento che meriterebbe una trattazione

“bancabilità” del progetto per renderlo proponibile ai finanziatori. Ed in tal senso l’Autorità sosteneva che l’attività di asseverazione dovesse intendersi in primo luogo come esercizio di una funzione pubblicistica.

Tale interpretazione suscitò una forte reazione da parte dell’ABI in relazione all’eccessiva responsabilità di cui le banche dovevano farsi carico, responsabilità che, secondo l’associazione bancaria, doveva essere rimanere in capo all’amministrazione.

In un intervento successivo, atto di regolazione n. 14 del 2001⁹⁰, l’Autorità interveniva nuovamente sull’argomento precisando che: “ la rilevanza pubblicistica deve intendersi non come attribuzione al sistema bancario di una nuova e differente posizione giuridica, in quanto essa rimane, anche a seguito delle innovazioni normative, una situazione giuridica di diritto privato afferente ad un rapporto giuridico fra privati, cioè tra l’istituto di credito e il soggetto promotore. (...) La rilevanza pubblicistica riguarda il fatto che l’asseverazione e le relative attestazioni rese da un soggetto privato nei confronti di un altro soggetto privato, costituiscono elemento necessario perché da parte della pubblica amministrazione possa ritenersi ammissibile una procedura di finanza di progetto”.

Riguardo al contenuto dell’asseverazione, attraverso la nota del 15 giugno 2001 l’ABI ha predisposto uno schema – tipo di lettera di asseverazione nel quale si precisa che la banca oltre

ben più ampia, siano consentiti, tuttavia, dei brevi cenni. L’attività esercitata dalle banche non si esaurisce nel finanziamento del progetto, ma riguarda molteplici attività che gli istituti di credito sono chiamati ad esercitare. Tradizionalmente tali funzioni sono state ridotte alle tre principali: attività di consulenza (*advising*); attività di organizzazione del finanziamento (*arranging*); attività di sottoscrizione del debito (*underwriting*). Soprattutto in ambito internazionale, le banche sono chiamate a svolgere più compiti, dalla semplice attività di consulenza, all’analisi del rischio dell’operazione, fino ad arrivare al finanziamento, ecc. Le tipiche attività di una banca d’affari. Del medesimo avviso è anche l’AVLP che, con l’atto di regolazione n. 34 del 2000, afferma come “(...) al livello internazionale, proprio con particolare riferimento alle operazioni di *project financing*, un numero sempre crescente di banche opera secondo il cosiddetto modello integrato, ossia nella duplice veste di consulente e di finanziatore. Ciò consente di offrire al promotore tutti i vantaggi derivanti dall’avere un unico interlocutore che lo garantisce in tutte le fasi di vita del progetto, evitando il rischio di porre in essere attività che si possono parzialmente sovrapporre ed inutilmente duplicare, influenzando in tal modo sul costo complessivo del progetto e soprattutto limitando i rischi di insuccesso nella fase di raccolta dei fondi”.

In Italia, tuttavia, la figura della banca d’affari è ancora poco sviluppata, sia per un retaggio storico – culturale, sia per la mancanza di collaborazione con gli altri settori strategici, a cui si aggiunge, recentemente, la crisi economica e finanziaria che stiamo vivendo. Quindi “la *partnership* banca – impresa va, dunque, considerata il presupposto imprescindibile per la realizzazione degli interventi in PPP”. Così G. Findone, *L’asseverazione bancaria del piano economico finanziario*, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, op. cit.

⁹⁰ Avlp, atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001. Tale atto è frutto di una mediazione delle posizioni assunte da tutti i partecipanti all’audizione, Banca d’Italia, ABI, Unità tecnica finanza di progetto, Ance e Agi.

ad effettuare un controllo formale di veridicità di tutte le voci che compongono il piano economico – finanziario, deve procedere, anche, ad una valutazione degli elementi economici e di quelli finanziari, quindi i costi e i ricavi del progetto e la composizione delle fonti di finanziamento.

In merito al contenuto del piano economico finanziario, l'AVLP e l'ABI sono concordi nel definire quali siano gli elementi sulla base dei quali poter procedere alla valutazione. Per valutare la bancabilità dell'iniziativa il piano economico finanziario deve indicare: i costi, i ricavi e i conseguenti flussi di cassa prospettici generati dal progetto; la struttura finanziaria dell'operazione; il tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e l'avvio della gestione; la durata della concessione; l'eventuale canone che il promotore intende corrispondere all'amministrazione; l'eventuale prezzo che il promotore intende chiedere alla PA aggiudicatrice; il prezzo che il promotore intende corrispondere all'amministrazione per la costituzione o il trasferimento dei diritti.

Prima di concludere questa breve digressione sull'asseverazione del piano economico finanziario bisogna verificare se esista o meno un obbligo per l'istituto di credito asseverante di prendere parte all'effettivo finanziamento per la realizzazione dell'opera. Risulta di immediata comprensione che, laddove tale obbligo dovesse sussistere, si rilevarebbe una sorta di responsabilità precontrattuale della banca.

Tuttavia dopo un breve confronto, sia l'ABI che l'AVLP⁹¹ sono state concordi nell'affermare che l'attività di asseverazione non può consistere nella disponibilità a finanziare un progetto che si trova ancora in una fase preliminare. E' di diverso avviso la giurisprudenza amministrativa che ha più volte affermato come la *ratio* della norma sembrerebbe postulare un serio coinvolgimento dell'istituto di credito, il cui ruolo potrebbe spingersi oltre la mera asseverazione, non essendo vietato (ed essendo, anzi possibile e auspicabile) che la banca asseverante prenda successivamente parte all'effettivo finanziamento dell'operazione.⁹²

La giurisprudenza amministrativa si è spesso occupata della congruità del piano economico finanziario e della sua asseverazione, nonché della possibilità della PA di richiedere modifiche e/o integrazioni. Secondo il Consiglio di Stato⁹³, il piano economico finanziario costituisce il documento che individua le ragioni giustificatrici e i valori di partenza dell'offerta, i ricavi attesi e i flussi di cassa previsti in relazione ai costi di costruzione e gestione stimati. Inoltre, il piano

⁹¹ Per una sintesi delle posizioni espresse dall'AVLP e dall'ABI, si rimanda alle considerazioni contenute in Nasseti, *Valutazione e predisposizione del piano economico finanziario: l'asseverazione bancaria e le responsabilità connesse all'asseverazione*, in *Finanza di progetto*, (a cura di) Morbidelli, op.cit.

⁹² Tar Campania, Napoli, Sez. I, n. 9571/2004.

⁹³ Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 391 del 2009.

economico finanziario, individua la sostenibilità sia economica, sia finanziaria del progetto da realizzare e, quindi, rappresenta l'offerta (o quanto meno, gli elementi costitutivi dell'offerta) per la realizzazione dell'opera. Il piano economico finanziario è l'elemento fondamentale per lo svolgimento della successiva gara ad evidenza pubblica per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁹⁴.

Alla luce delle osservazioni fatte fin qui, il giudizio di asseverazione, così come concepito dal legislatore, risulta essere poco efficiente dal punto di vista della funzione che è chiamato ad assolvere, valutare la bontà delle informazioni contenute nel piano economico finanziario. Tale criticità è riscontrabile dalla circostanza per cui l'istituto di credito finisce per svolgere una mera attività di consulenza nei confronti del soggetto privato che deve presentare l'offerta. Sarà, pertanto, spinto a soddisfare l'interesse del proprio "cliente", piuttosto che quello dell'amministrazione. Ed inoltre, è indubbio che, laddove la banca asseverante partecipasse al successivo finanziamento del progetto, porrebbe una maggiore attenzione alla reale sostenibilità economico - finanziaria del progetto, per non incorrere nel rischio di un fallimento dell'iniziativa che ha contribuito a finanziare.

Quindi, l'asseverazione del piano economico – finanziario si limita ad essere un parere tecnico molto approfondito con il quale viene valutata la mera attendibilità della proposta. Tuttavia, attraverso tale giudizio, non può essere fornita in alcun caso una valutazione circa la corrispondenza dell'offerta al pubblico interesse, tale compito deve esser assolto esclusivamente dalla pubblica amministrazione,⁹⁵ in sede di valutazione della proposta.

Tornando alla disamina della normativa, ai sensi dell'art. 37 *bis*, sono ammessi a presentare le offerte i soggetti dotati dei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali indicati dal Regolamento di attuazione (d.p.r. n. 554/1999), nonché i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici⁹⁶ e le società di ingegneria ai sensi dell'art. 90

⁹⁴ Dello stesso avviso, Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 392 del 2009, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2727 del 2006, Tar Campania, Sez. Napoli, n. 10685 del 2005 e n. 9571 del 2004, Tar Calabria, Sez. I, n. 449 del 2004, Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3916 del 2002. Ed inoltre, Tar Veneto, Sez. I, n. 1295 del 2010 nel quale si afferma che: "Nelle procedure di affidamento di lavori mediante *project financing* va individuato nella coerenza e nella sostenibilità del piano economico – finanziario il *nucleo centrale dell'offerta*".

⁹⁵ "D'altronde non va dimenticato che la proposta presuppone che il progetto sia stato inserito nella programmazione pubblica: e dunque *una scala a pioli per la luna o le macchine di Munari* non dovrebbero a priori essere sottoposte al vaglio dell'asseverazione bancaria." S. Scotti Camuzzi, *Il project financing nel settore pubblico e la legge "Merloni - ter"*, in Banca e Borsa, 2002

⁹⁶ Secondo il disposto dell'art. 34 del Codice dei Contratti pubblici, che riprende le disposizioni contenute nell'art.10 della legge n.109/1994, i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici sono rappresentati da: imprese individuali, anche artigiane, società commerciali, società cooperative, consorzi stabili, raggruppamenti

comma 2 b.

Entro quindici giorni dalla ricezione della proposta l'amministrazione concedente nomina il responsabile del procedimento e verifica che la proposta presentata sia completa in ogni suo punto, in caso contrario si può procedere ad una richiesta di integrazione dell'eventuale documentazione mancante.

3.3 La valutazione della proposta

Secondo il disposto dell'art. 37 *bis* la proposta deve essere valutata sotto il profilo della fattibilità, dai punti di vista costruttivo, urbanistico e ambientale, ed inoltre sotto i profili 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, delle tariffe da applicare, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione.

La proposta verrà quindi valutata considerando sia la sua idoneità tecnica, sia la rispondenza della stessa al pubblico interesse dove, come ben evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, massimo è il grado di discrezionalità della PA. In tal senso, secondo il Tar Campania⁹⁷, in materia di *project financing*, l'amministrazione aggiudicatrice, nel procedere alla valutazione della rispondenza della proposta al pubblico interesse, esercita in alto grado (ovvero con massimo margine) il proprio potere discrezionale. Pertanto, la procedura di scelta del promotore risulta essere caratterizzata da ampiezza di discrezionalità e da decisive e sostanziali valutazioni di merito.

La dichiarazione di pubblico interesse ha assunto una valenza ancora più importante dopo la modifica normativa operata dalla legge n. 166 del 2002 con la quale è stato introdotto il diritto di prelazione a favore del promotore. Difatti, come si vedrà in seguito, se da un punto di vista

temporanei di imprese. Inoltre ai sensi dell'art. 99 del regolamento di attuazione possono presentare proposte di finanza di progetto anche " 1 soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta. 2 Possono presentare proposta anche i soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti dal primo comma. 3 Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 98 (ovvero quelli del concessionario)"

⁹⁷ Tar Campania, Sez. VIII, n. 16542/2010. Alla discrezionalità esercitata dalla PA in sede di valutazione della proposta sarà dedicato un paragrafo specifico più avanti, al quale si rimanda.

formale, l'aggiudicazione della concessione avviene al termine della *doppia gara*, da un punto di vista sostanziale una volta individuata nella proposta del promotore quella rispondente al pubblico interesse, la concessione viene aggiudicata a quest'ultimo. Si verifica quindi una sorta di corrispondenza, quasi perfetta, fra promotore e concessionario.

Dopo aver verificato l'assenza di elementi ostativi alla realizzazione dei progetti e dopo averli esaminati, anche comparativamente, la PA provvede ad individuare quelle di pubblico interesse. In un'ottica di massima collaborazione fra soggetto pubblico e privato, la PA può richiedere al promotore di apportare delle modifiche al progetto preliminare. Tali modifiche possono consistere esclusivamente in lievi correttivi che non vadano ad influire sull'equilibrio economico finanziario del progetto.

La pronuncia del promotore deve avvenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta. Il responsabile del procedimento può concordare con il promotore un periodo più lungo per procedere ad un esame più dettagliato della proposta.

Attraverso la dichiarazione di pubblico interesse, il soggetto, che ha presentato la proposta, diviene il promotore guadagnando così la facoltà di accedere direttamente alla fase della procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione e di vedersi riconoscere la possibilità di adeguare la propria proposta a quella ritenuta migliore al termine della gara, per effetto del diritto di prelazione. La proposta risultata vincente contiene, quindi, il progetto preliminare che sarà posto a base della successiva gara. Nel caso in cui non siano presentate altre offerte tale proposta iniziale è vincolante per il promotore nei confronti della stazione appaltante.

Si procede, quindi, con la gara "vera e propria" per l'aggiudicazione della concessione che si articola in due fasi. La prima fase è finalizzata ad individuare le due migliori offerte migliorative rispetto al progetto preliminare del promotore. Il criterio attraverso il quale si procede alla valutazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La gara può essere esperita o con una procedura assimilata alla licitazione privata o, nel caso di opere comprese nel d.lgs. n. 190 del 2002, con la procedura dell'appalto concorso.⁹⁸

Nella seconda fase partecipa anche il promotore. Si procede, attraverso procedura negoziata, alla comparazione fra la proposta del promotore e le due migliori offerte scaturite della fase precedente. Ovviamente, nel caso in cui alla gara abbia partecipato un unico soggetto la procedura negoziata avrà luogo fra quest'ultimo e il promotore. Qualora la gara andasse deserta, la concessione è aggiudicata al promotore che rimane vincolato alla proposta originaria.

Nel corso della gara l'amministrazione individua la proposta più conveniente ed a questo

⁹⁸ Tale distinzione è importante nel caso in cui il promotore debba rimborsare gli altri concorrenti che non siano risultati vincitori, v. infra nel paragrafo sul diritto di prelazione.

punto interviene il diritto di prelazione. Il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata migliore e diventare così aggiudicatario della concessione, oppure decidere di non esercitare tale opzione. In quest'ultimo caso risulterà aggiudicatario della concessione il soggetto che ha presentato l'offerta giudicata migliore.⁹⁹

4. La società di progetto

Una volta aggiudicata la concessione l'art. 37 *quinquies* al primo comma (trasfuso integralmente nell'art. 156 del Codice dei contratti) stabilisce che il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto nella forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara può prevedere che la costituzione della società di progetto sia un obbligo dell'aggiudicatario.

Il legislatore, tuttavia, non prevede alcuna disposizione che indichi quando la facoltà di costituire la società di progetto si tramuti in obbligo. Secondo la dottrina tale obbligo dovrebbe sempre sussistere in tutti quei casi in cui è prevista la realizzazione di grandi opere, di importo considerevole o che presentino particolare complessità progettuale.

La normativa sulla società di progetto non ha subito modifiche consistenti con l'introduzione del Codice dei contratti, tantomeno per effetto del terzo decreto correttivo. Pertanto le considerazioni contenute nel presente paragrafo trovano qui la loro sede solo per comodità espositiva.

La norma sancisce espressamente come la costituzione della società di progetto da parte dell'aggiudicatario sia solo una facoltà. Nella prassi, tuttavia, tale possibilità è diventata una costante per la realizzazione di una operazione di *project financing*.

La costituzione della società di progetto (nella dizione anglosassone *Special Purpose Vehicle* - *SPV*) rappresenta per gran parte della dottrina l'elemento qualificante della finanza di progetto, in assenza della quale non si potrebbe neanche parlare di *project financing*, qualificandosi una semplice concessione di costruzione e gestione. Si parla anche di società - veicolo in quanto rappresenta il mezzo che consente alle parti di realizzare uno scopo specifico, la realizzazione del progetto.

L'oggetto sociale della costituenda società non è lasciato alla libera determinazione delle

⁹⁹ In relazione alla centralità che ha assunto e che continua ad assumere il diritto di prelazione del promotore sarà oggetto di separata elaborazione nel paragrafo successivo.

parti, come prevede la normativa in materia societaria, ma è determinato dal legislatore nel bando di gara, ed è rappresentato dalla realizzazione del progetto. Questa è la prima delle deroghe al modello societario delineato nel nostro Codice Civile.

Lo scopo principale per cui si procede alla costituzione della società di progetto è la necessità di realizzare il c.d. *ring fence*, cioè l'isolamento dei rischi e delle responsabilità dei soggetti partecipanti, da quelli del progetto da realizzare. Nel nostro ordinamento l'istituto che consente la separazione, economica e giuridica, del progetto dalle attività del concessionario è la società.

Il modello societario rappresenta quindi lo strumento migliore per la buona riuscita di un'operazione di finanza di progetto, in quanto rappresenta l'unico istituto che permette di scindere la responsabilità degli sponsors da quelle della società e consentire l'isolamento dei rischi fra tutti i soggetti coinvolti. Non è un caso che il legislatore abbia previsto che la società di progetto possa assumere la forma di società per azioni o a responsabilità limitata, figure societarie che permettono ai soci di godere del beneficio della responsabilità limitata.

Solamente per effetto della riforma del diritto societario, d.lgs. 17 gennaio 2006, n. 6, si introduce nel nostro ordinamento una figura alternativa al modello societario, che consente la separazione del patrimonio del soggetto, dai rischi derivanti da un unico progetto. Si tratta dei patrimoni destinati ad uno specifico affare.¹⁰⁰

Anche in questo caso, come nella società di progetto, la durata dell'operazione del singolo affare è finalizzata al raggiungimento di uno scopo. La differenza fondamentale risiede nel circostanza per cui nel patrimonio destinato tale scopo è lasciato alla libera determinazione delle parti, mentre nella società di progetto è fissato dal legislatore direttamente nel bando di gara¹⁰¹.

Al contrario, nei paesi di *common law*, la società di progetto non rappresenta uno strumento indispensabile per raggiungere la separazione dell'attività del concessionario, dalla realizzazione del progetto. Nei Paesi anglosassoni il rapporto di *partnership* consente di perseguire un risultato simile, in ragione del vincolo contrattuale che, sotto un profilo giuridico ed anche psicologico, determina un legame tra le parti del tutto analogo, con riguardo sia agli obblighi che alle responsabilità, al vincolo determinabile con la costituzione di una società. Nel nostro ordinamento questo non accade e il veicolo societario sembra irrinunciabile per perseguire la

¹⁰⁰ Art. 2447-bis, comma 1: “ La società può: a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare; b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso, o parte di essi.

¹⁰¹ Sulla opportunità di utilizzare i patrimoni destinati ad uno specifico affare per la realizzazione di operazioni in finanza di progetto, si rimanda allo studio di P. Carrière, *L'opzione fra modelli societari e schemi alternativi*, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, op.cit.

finalità della separazione dell'attività del concessionario, dalla realizzazione del progetto.¹⁰²

La società di progetto, considerata sotto il profilo strutturale, non differisce da qualsiasi altra società. Ciò che la distingue, va ricordato, è il venir meno della libera determinazione dell'attività da parte dei soci che deve essere indicata nel bando di gara, è, pertanto, il legislatore a determinare l'oggetto sociale e i suoi contenuti¹⁰³.

Ci si trova in presenza quindi di una tipologia societaria che presenta notevoli deroghe al diritto societario in generale e alla libertà di iniziativa delle parti in particolare. E' sempre la legge ad imporre l'ammontare minimo del capitale sociale della società di progetto, a stabilire che i soci debbano dichiarare in anticipo la loro percentuale di partecipazione al capitale ed a sancire forti limiti alla circolazione delle partecipazioni. Il ruolo dei soci nella società di progetto risulta completamente rivoluzionato, rispetto alla normativa contenuta nel Codice Civile. Questi potranno scegliere il tipo sociale, limitandosi a quelli previsti dalla norma, nominare gli amministratori e approvare il bilancio.

Un altro istituto del diritto societario che risulta stravolto nella sua accezione classica è quello del subentro. Il legislatore stabilisce infatti che la società di progetto diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Ed inoltre si affretta a precisare che tale subentro non costituisce in alcun caso cessione di contratto. Per effetto del subentro la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'Amministrazione concedente.¹⁰⁴

Considerata da un punto di vista civilistico, tale previsione potrebbe turbare non poco i giuristi, sia perché l'acquisto a titolo originario nulla ha a che vedere con la fattispecie descritta, sia perché il legislatore si è occupato anche della qualificazione del fenomeno, operazione questa che dovrebbe rientrare nei compiti dell'interprete.

Da un punto di vista pratico lo scopo della norma è di evitare una successione nel contratto. La preoccupazione di utilizzare la figura del contratto per persona da nominare ha mosso il legislatore verso l'adozione di una formula descrittiva assolutamente impropria, quale l'acquisto a

¹⁰² Cfr. M. Zaccheo, *La società di progetto*, in *Finanza di progetto*, a cura di G. Morbidelli, cit.

¹⁰³ Per analizzare le deroghe della società di progetto rispetto al modello societario codicistico, si rinvia a Amal Abu Awwad, *La società di progetto: profili di diritto societario*, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, op.cit. l'autore sostiene come la società di progetto rientri in una definizione di società *speciali*, in ragione delle molte deviazioni rispetto alla disciplina ordinaria del tipo. L'elemento che sembrerebbe giustificare la diversa disciplina a cui sono soggette le società di progetto è la *specialità dell'oggetto sociale*.

¹⁰⁴ Art. 37-quinquies, comma 1 e 1-ter, trasfusi nell'art. 156 del Codice dei contratti.

titolo originario.¹⁰⁵

Un'altra deroga alla normativa in materia societaria riguarda l'emissione di obbligazioni da parte della società di progetto. Le obbligazioni emesse dalla società, allo scopo di reperire fonti di finanziamento per la realizzazione e gestione di una singola infrastruttura possono superare i limiti previsti dall'art. 2412 del Codice Civile, purché garantite pro-quota mediante ipoteca e previa autorizzazione degli organi di vigilanza.

Prima di concludere appare utile una breve disamina delle fattispecie che possono compromettere l'aggiudicazione della concessione.

Gli art. 37 *septies* e 37 *octies* (trasfusi nel Codice agli art. 158 e 159) disciplinano la risoluzione del contratto di concessione per inadempimento del concedente o del concessionario e la revoca della concessione per motivi di pubblico interesse.¹⁰⁶

Tralasciando l'analisi del dettato normativo, sicuramente più interessanti sono i rimedi previsti dal legislatore per evitare che con il venir meno della concessione "crolli" tutta la complessa operazione realizzata.

Pertanto, per impedire la risoluzione del contratto, gli enti finanziatori possono intervenire sostituendo la società veicolo con un'altra appositamente costituita per evitare il fallimento del progetto (c.d. *step in right*). L'unica condizione è che la società designata dai finanziatori abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione e che l'inadempimento del concessionario, che avrebbe causato la risoluzione, cessi entro i novanta giorni successivi alla scadenza del termine prestabilito contrattualmente o individuato dall'amministrazione.¹⁰⁷

Viene quindi introdotto nel nostro ordinamento una sorta di diritto di subentro con il quale il legislatore ha previsto nuovamente una disciplina speciale e flessibile che vada incontro sia all'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, sia a quello dei privati finanziatori che non

¹⁰⁵ Cfr. M. Zaccheo, *L'art. 37 quinquies, legge 1° agosto 2002, n. 166, in Finanza di progetto cit.*

¹⁰⁶ Art. 158 "Risoluzione" 1. Qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblico interesse, sono rimborsati al concessionario: a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione; c) un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario.2. Le somme di cui al comma 1 sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti.3. L'efficacia della revoca della concessione e' sottoposta alla condizione del pagamento da parte del concedente di tutte le somme previste dai commi precedenti

¹⁰⁷ Art. 37 *octies* – Art. 159 Codice dei contratti.

vedranno vanificato il loro investimento.

5. Il diritto di prelazione

Il diritto di prelazione, riconosciuto a favore del soggetto promotore, è stato introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento dalla legge n. 166 del 2002, *Merloni - quater*, art. 7 comma 1 lettera b. Attraverso tale diritto si riconosce la possibilità al promotore di adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente al termine della procedura negoziata.

Nella formulazione contenuta nella *Merloni – quater* l'unica, parziale, garanzia riconosciuta agli altri soggetti che partecipano alla procedura è rappresentata da una sorta di rimborso spese che il promotore aggiudicatario è tenuto a versare agli altri partecipanti, rimborso riconosciuto nella misura del 2,5% del valore dell'intervento. Tale indennizzo è tuttavia dovuto solo nel caso in cui la gara sia stata esperita con la procedura dell'appalto-concorso, in questo caso, infatti, i costi sostenuti dai partecipanti sono maggiori, poiché deve essere presentato un progetto esecutivo.

La vera origine del diritto di prelazione è molto più risalente, essendo stato già previsto nel disegno di legge n. 1275 del 1996, c.d. “Di Pietro” , recante “Disposizioni in materia di realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione” e ripreso poi da alcune legislazioni regionali.¹⁰⁸

Nella sua originaria formulazione, la prelazione operava a seguito di una gara unica che si concludeva con l'individuazione di una sola offerta, una sorta di affidamento diretto al promotore, procedura quindi palesemente in contrasto con la disciplina comunitaria della concorrenza.

Con l'introduzione del diritto di prelazione si verificava un vantaggio competitivo notevole a favore del promotore, quasi sempre infatti si realizzava una corrispondenza perfetta fra promotore e concessionario.

Da più parti si cominciò a parlare di incompatibilità con il diritto comunitario, in particolare con i principi di concorrenza e parità di trattamento fra i partecipanti alla gara. Si rese pertanto necessario l'intervento della Commissione europea che, attraverso un parere motivato, diede avvio ad procedura d'infrazione (2001/2182) nei confronti dell'Italia, ai sensi dell'art. 226 comma 2 del Trattato, per violazione degli art. 43 e 49 in materia di libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi e mancato rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza e

¹⁰⁸ Sul diritto di prelazione e sulla sua applicazione a livello regionale si rinvia per tutti a M. Clarich, *Gli aspetti giuridici del project financing nelle pubbliche amministrazioni*, e la bibliografia ivi citata.

proporzionalità.

Nel parere reso il 15 ottobre del 2003 la Commissione affermava che “(...) attesi gli inconfutabili vantaggi assegnati al promotore, è necessario che, al fine di non incorrere in una violazione del principio di parità di trattamento, tutti i soggetti potenzialmente interessati devono essere posti, sin dall'inizio della procedura (...) in condizione di conoscere non solo la possibilità di presentare una proposta ai sensi dell'art. 37 bis, ma anche la posizione di vantaggio di cui gode il promotore ai fini dell'attribuzione della concessione e, in particolare, dell'esistenza di un diritto di prelazione nella fase di aggiudicazione della concessione”.

Quindi la maggiore preoccupazione della Commissione non era tanto la previsione del diritto di prelazione, quanto la mancata pubblicità-conoscibilità di tale diritto a favore di tutti i potenziali partecipanti. Secondo tale parere, il principio di parità di trattamento stabilisce che tutti i soggetti siano adeguatamente informati del vantaggio competitivo che si verifica con il riconoscimento della qualifica di promotore e, di conseguenza dell'esistenza del diritto di prelazione.

Il legislatore italiano ha cercato di recepire le osservazioni formulate dalla Commissione attraverso la legge comunitaria del 2004 (legge n. 63 del 2005) che, con l'art. 24 comma 9, va a modificare l'art. 37 *bis* della Legge Quadro. La norma prevede espressamente che l'avviso deve contenere i criteri nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37 *ter*, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'art. 37 - *quater*, comma 1 lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti.

Dalla lettura della norma si evince chiaramente come l'avviso debba contenere una serie di informazioni obbligatorie. Innanzitutto, l'esistenza del diritto di prelazione a favore del promotore, ed inoltre l'indicazione dei criteri in base ai quali l'amministrazione concedente intende procedere alla valutazione delle offerte presentate.

La normativa così rielaborata viene trasfusa, senza particolari modifiche nella prima versione del Codice dei contratti negli art. 153 e ss.

Le novità più rilevanti sul diritto di prelazione si verificano per effetto del secondo decreto correttivo, d.lgs. n. 113 del 2007. Attraverso tale novella il legislatore, recependo le osservazioni del Consiglio di Stato¹⁰⁹ nel parere reso sullo schema di decreto legislativo procede attraverso

¹⁰⁹ Consiglio di Stato, parere n. 1750/2007, "...pendono nei confronti dell'Italia alcune questioni di legittimità comunitaria del diritto italiano dei pubblici appalti, in ordine alle quali è prevedibile un esito di condanna per l'Italia. Più esattamente, la causa C- 412/04 Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana, dove

l'abrogazione dell'art. 153, comma 3, ultimo periodo, e dell'art. 154, comma 1, ultimo periodo, all'espunzione del diritto di prelazione. Il Governo facendo proprio il parere del Consiglio di Stato abolisce pertanto *anche* la disposizione che aveva cercato di “coprire con una foglia di fico” la presenza della prelazione.¹¹⁰

Le posizioni della dottrina in particolare, e dell'opinione pubblica in generale, sull'abolizione della prelazione sono state molteplici e spesso discordanti. Da un lato chi sosteneva che in questo modo si sancisse la morte del *project financing* in Italia. D'altro, tale intervento è stato salutato con favore nella prospettiva di una maggiore apertura del nostro mercato alla concorrenza e al rispetto dei principi comunitari.

La previsione di tale opzione rappresentava per molti un tentativo di mediazione fra il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica e la necessità di riconoscere una corsia privilegiata al promotore in virtù del fatto che questi si era fatto carico di non poche spese per predisporre il progetto originario. Non si può pertanto porre sullo stesso piano il promotore con gli altri *competitors*, in quanto solo al primo dovrebbe essere riconosciuta una qualche forma di remunerazione dell'idea.

Tuttavia non si può non sottolineare come la presenza del diritto di prelazione scoraggiasse i potenziali concorrenti a formulare una proposta, in quanto nella maggior parte delle gare non esisteva distinzione fra soggetto promotore e aggiudicatario della concessione.

Lungimiranti in tal senso le osservazioni formulate dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione n. 27 del 2002, molto prima della procedura di infrazione della Commissione. In tale determina si afferma come la presenza del diritto di prelazione rischi “di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per l'individuazione dei due partecipanti alla prevista procedura negoziata, gara il cui risultato può essere vanificato con l'anzidetta prelazione”.

Nel tentativo di ricostruire la storia del diritto di prelazione bisogna compiere un passo ulteriore. Infatti, con l'entrata in vigore del terzo decreto correttivo al Codice dei contratti il

l'Avvocato generale nel presentare le propri conclusioni, ha proposto alla Corte di Giustizia la declaratoria d'inadempimento dell'Italia, laddove ha adottato gli articoli 37 *ter* e 37 *quater*, nonché gli articoli 27, comma 2 e 28, comma 4 della legge 11 febbraio del 1994 n. 109. Pertanto valuti l'Amministrazione se sia il caso di emendare i corrispondenti articoli del Codice ove non tengano conto dei rilievi fatti in sede comunitaria, al fine di arrestare la procedura di infrazione. Ciò vale in particolare per la prelazione in favore del promotore, nel “*project financing*” confermata nell'articolo 154 del Codice (che è comunque una sede impropria), prelazione che anche sul piano sostanziale è inopportuna perché rende poco appetibile la partecipazione alla gara e rischia così di sottrarre di fatto alla concorrenza questo importante istituto”.

¹¹⁰ Cfr. A. Botto, *Il secondo decreto correttivo*, cit.

diritto di prelazione è stato reintrodotta in una delle procedure per l'aggiudicazione del contratto, la c.d. doppia gara, al sussistere di determinate condizioni.

La prima, secondo il disposto del comma 15 dell'art. 153, è che nel bando deve essere esplicitato che la procedura non porta all'aggiudicazione della concessione al promotore, ma alla attribuzione allo stesso del diritto ad essere preferito al miglior offerente individuato al termine di una nuova procedura da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La seconda è la reintroduzione di una sorta di rimborso spese, sulla falsariga di quanto previsto nella normativa originaria, per il soggetto che vede sfumare la possibilità di aggiudicarsi il contratto. In particolare, se il promotore decide di esercitare il diritto di prelazione dovrà rimborsare, per il tramite dell'amministrazione, il miglior offerente delle spese sostenute per la partecipazione alla gara.¹¹¹ Al contrario, nel caso in cui sia il miglior offerente ad aggiudicarsi la gara dovrà essere quest'ultimo a rimborsare il promotore, nella stessa misura prevista dal comma 9 dell'art. 153. L'intenzione del legislatore, nell'introdurre tali rimborsi spese, era evidentemente quella di ridurre l'effetto anticoncorrenziale del diritto di prelazione.

Al contrario tale disposizione potrebbe comportare nuove distorsioni alla concorrenza e gravi inefficienze a tutta la procedura. Le imprese che decidono di partecipare alla seconda fase della gara potrebbero essere indotte a presentare delle offerte migliorative minime rispetto a quella del promotore al solo scopo di ottenere il rimborso. Mentre il promotore potrebbe essere tentato di gonfiare le spese sostenute per la predisposizione delle offerte al fine di aumentare il valore dell'eventuale rimborso.

Nel tentativo di superare eventuali comportamenti opportunistici la dottrina ha individuato dei correttivi, che il legislatore non ha, ancora, recepito. L'eventuale rimborso dovrebbe essere collegato al raggiungimento di vantaggi reali per l'amministrazione. Pertanto, tale incentivo, a cui ha diritto il soggetto che ha subito la prelazione, sarà riconosciuto dalla PA a condizione che la sua offerta migliori il costo della proposta almeno al valore ritenuto equo dall'amministrazione per conseguire il value for money, cioè la convenienza dell'operazione.¹¹²

Prima di concludere appare utile ritornare alla procedura di infrazione nei confronti dell'Italia sul diritto di prelazione. Secondo la Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi con la sentenza del 21 febbraio 2008¹¹³, la censura deve essere dichiarata inammissibile per due motivi.

¹¹¹ Il comma 9 dell'art. 153 stabilisce che il piano economico finanziario deve comprendere le spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, specificando che tale importo non può superare il 2,5% dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara.

¹¹² Massimo Ricchi, *La finanza di progetto nel Codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, op. cit.

¹¹³ Corte di Giustizia CE, sez. II, 21 febbraio 2008, causa C-412/04 – Pres. Timmermans – Rel. Makarczyk – Commissione Europea c. Repubblica Italiana

Il primo è di ordine meramente processuale. La Corte di Giustizia afferma che la Commissione nel suo ricorso non ha provveduto ad indicare quale siano state nello specifico le direttive e le disposizioni del Trattato che sarebbero state violate dall'Italia¹¹⁴. Ed inoltre, secondo la Corte, gli artt. 43 e 49 del Trattato CE non prescrivono un obbligo generale di parità di trattamento, ma contengono un divieto di discriminazione in base alla cittadinanza. Pertanto “la Commissione non fornisce alcuna indicazione relativa all'eventuale esistenza di tale discriminazione nell'ambito della presente censura.”¹¹⁵

Risulta pertanto chiaro che la Commissione non abbia potuto formulare una pronuncia in merito perché le censure mosse dalla Commissione contro l'Italia erano formulate in maniera troppo generica. Nonostante tale giudizio rimane evidente come la normativa sul diritto di prelazione nella finanza di progetto dovesse subire dei correttivi per ristabilire un certo grado di concorrenzialità nella procedura.

In conclusione se si osservano i dati sul mercato della finanza di progetto è facile notare come l'espunzione del diritto di prelazione nel secondo correttivo e la sua parziale reintroduzione nel terzo, non ha comportato flessioni sensibili sul numero dei contratti aggiudicati secondo tale procedura. Ed inoltre la procedura maggiormente utilizzata per l'aggiudicazione del contratto in finanza di progetto sia quella della c.d. gara unica nella quale non è previsto alcun diritto di prelazione.

Appare quindi evidente come il diritto di prelazione abbia dato, in un primo momento, un importante slancio all'avvio della collaborazione pubblico-privata ma, in una seconda fase, quella attuale, le motivazioni che spingono i soggetti verso queste nuove tipologie contrattuali siano altre, prime fra tutte la scarsità di risorse e i limiti all'indebitamento pubblico, soprattutto in questo anni di crisi economica¹¹⁶. Tralasciando che la presenza del diritto di prelazione *tout court* costituiva una barriera all'entrata per le imprese estere che avevano finito per prestare poca attenzione ai nostri avvisi di gara. E con meno interesse delle imprese a partecipare alle gare, si finisce per avere meno competizione: e quindi i prezzi salgono.¹¹⁷

¹¹⁴ “Infatti con il proprio ricorso la Commissione chiede che sia dichiarato che la Repubblica Italiana è venuta meno a taluni obblighi che ad essa incombono in forza delle direttive 92/50, 93/36, 93/37 e 93/38 nonché degli artt. 43 CE e 49 CE. Ora, nell'ambito di questa censura, essa non indica quali di queste direttive e/o disposizioni del Trattato la Repubblica Italiana avrebbe precisamente violato commettendo asseritamente una violazione del principio di parità di trattamento.” Punto n. 105 della motivazione in diritto.

¹¹⁵ Punto n. 106 della motivazione in diritto.

¹¹⁶ Si veda sul punto M. Ricchi, *La nuova finanza di progetto nel Codice dei contratti*, cit.

¹¹⁷ Cfr. C. Giorgiantonio, E. Iossa, *Project financing in versione italiana*, in www.lavoce.info. Nell'articolo, molto critico nei confronti della reintroduzione del diritto di prelazione nel terzo correttivo, si specifica inoltre come

6. Il project financing nel terzo decreto correttivo. La gara unica

Le variazioni apportate dall'ultimo decreto correttivo al Codice dei Contratti, d. lgs. n. 152 dell'11 settembre 2008¹¹⁸, vanno a modificare in maniera decisiva la disciplina della finanza di progetto. Attraverso tale novella il legislatore ha tentato di rispondere ai rilievi formulati dalla Commissione europea riguardo alla permanenza di una indebita posizione di vantaggio del promotore nei confronti degli altri soggetti partecipanti alla gara¹¹⁹, nonché della assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti all'individuazione del promotore e del concessionario¹²⁰.

Oltre alle osservazioni formulate in ambito comunitario, il legislatore del terzo correttivo ha cercato di fornire risposta anche a quelle provenienti dal Consiglio di Stato, con il parere reso in sede consultiva, n. 3262 del 2007, e dalla Corte dei Conti, nel parere n. 51/I del 26 maggio 2008.

Con questa ennesima riforma il legislatore riconosce un maggiore potere di scelta alla PA aggiudicatrice, che ha ora a disposizione tre diverse tipologie di procedura da attivare a seconda delle esigenze che intende soddisfare. Ed inoltre l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto rappresenta una delle tipologie dei "nuovi" contratti di partenariato¹²¹, introdotti nel

"... il diritto di prelazione attribuisca nella seconda fase un vantaggio eccessivo al promotore. Questo disincentiva la partecipazione di altre imprese e, dunque, la competizione sul prezzo di realizzazione della proposta progettuale. (...) Da questo punto di vista, allora desta più di qualche perplessità la reintroduzione del diritto di prelazione, seppure con pubblicità a livello comunitario, che potrebbe tra l'altro sollevare alcune censure da parte della Commissione Europea e minare iniziative eventualmente intraprese"

¹¹⁸ Decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152, *Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62*, pubblicato in G.U. n. 231 del 2 ottobre 2008, S.O. n. 227/L.

¹¹⁹ Si fa riferimento alla decisione della Commissione europea del 31 gennaio 2008, con la quale è stata aperta una procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, a causa del non corretto recepimento di alcune disposizioni contenute nelle direttive 2004/17/CE e 2008/18/CE. In merito alla posizione del promotore la Commissione afferma che: " nel corso della procedura di attribuzione della concessione, infatti, il promotore non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati, in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata (fase della procedura di attribuzione) nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetto che hanno presentato le due migliori offerte nella gara precedente (fase 1), indetta sulla base della sua proposta".

¹²⁰ In tal senso la Commissione sottolinea come: "il rispetto delle regole della direttiva 2004/18/CE in materia di attribuzione delle concessioni di lavori e del principio di parità di trattamento non sarebbe garantito dalle disposizioni del Codice, in ragione dell'assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti a scegliere il promotore e il concessionario".

¹²¹ Per i primi commenti al terzo correttivo si rinvia a M. Ricchi, *La nuova finanza di progetto nel codice dei*

nostro ordinamento dal comma 15 dell'art. 3 del Codice dei contratti.

Tutta la disciplina è ora raccolta nell'art. 153 rubricato "finanza di progetto", in luogo della precedente rubrica del "promotore". Nell'attuale formulazione sono previste tre differenti procedure in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'art. 143¹²². Le prime due caratterizzate da una maggiore semplificazione delle procedure di gara, la terza attivabile solo in caso di inerzia della pubblica amministrazione.

La prima procedura definitiva "gara unica", ad iniziativa pubblica, previo bando e senza prelazione per il promotore (art. 153, commi da 1 a 14); una seconda procedura definita come "doppia gara", ad iniziativa pubblica, con gara doppia previo bando con prelazione (art. 153, comma 15); ed infine, una terza procedura ad iniziativa privata, con gara doppia previo avviso, ad esito alternativo, attivabile solo nei casi di "inerzia della PA" (art. 153, comma 16).¹²³

Nel caso della gara unica, la PA pone a base di gara¹²⁴ uno studio di fattibilità, per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità finanziabili in tutto o in parte con il ricorso a capitali privati che siano già inserite nella programmazione triennale o nell'elenco annuale. Pertanto, anche in quest'ultima versione del Codice, l'attività propositiva del privato rimane circoscritta all'interno dei confini dell'attività programmatica della PA.

Nella nuova elaborazione del Codice ad opera del terzo decreto correttivo lo studio di fattibilità diventa il punto di origine della finanza di progetto¹²⁵, in quanto deve essere posto a base di gara da parte della amministrazione quando si procede all'aggiudicazione del contratto

Contratti, disponibile sul sito www.infoppieffe.it, B. Raganelli, *Il PPP... op. cit.*, ed inoltre le ultime determinazioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del terzo decreto correttivo*, determinazione n. 1 del 2009; *Procedure di cui all'art. 153 del codice dei contratti pubblici: linee guida per i documenti di gara*, n. 4 del 20 maggio 2009; ed infine *Linee guida per l'utilizzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, determinazione n. 4 del 20 maggio 2009.

¹²² Secondo l'art. 143, "Caratteristiche delle concessioni di lavori pubblici", Le concessioni di lavori pubblici hanno, di regola, ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad esse strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica.

¹²³ Parte della dottrina definisce i tre procedimenti come, promotore monofase, promotore bifase e promotore additivo. M. Ricchi, *La nuova finanza di progetto nel Codice dei contratti*, cit.

¹²⁴ Particolare attenzione è stata posta in merito alla pubblicazione del bando di gara, il nostro legislatore ha infatti tentato di fare chiarezza dopo la procedura di infrazione della Commissione europea del 30 gennaio 2008 in riferimento alla precedente versione dell'art. 153 sulla necessità di conoscenza del bando a livello comunitario. Il bando deve pertanto essere pubblicato sui siti informatici di cui all'art. 66 del Codice, sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e su quella della Comunità europea. Per i bandi di gara relativi a lavori sottosoglia si applicano gli obblighi di pubblicità a livello nazionale così come prescritto dall'art. 122 del Codice dei contratti.

¹²⁵ Cfr. Massimo Ricchi, *La nuova finanza di progetto nel Codice dei contratti*, in www.utfp.it

attraverso la "gara unica" o adottato ad iniziativa dei terzi secondo il disposto del comma 19 dell'art. 153. Il bando di gara ha come riferimento principale lo studio di fattibilità redatto dall'amministrazione, in luogo del progetto preliminare elaborato dal promotore nella disciplina precedente.

Il Regolamento attuativo attualmente in vigore, D.P.R. n. 544/99, non prevede una disciplina chiara e puntuale sui contenuti dello studio di fattibilità. Tuttavia, l'art. 14 del nuovo Regolamento attuativo¹²⁶, per la cui piena operatività bisognerà attendere l'8 giugno 2011, stabilisce quali sono le informazioni che lo studio di fattibilità deve contenere, nonché i documenti che lo compongono¹²⁷.

Secondo l'AVCP¹²⁸ tale documento deve dimostrare la sostenibilità tecnica, economico-finanziaria ed amministrativo - istituzionale del progetto. Lo studio di fattibilità deve quindi: identificare la soluzione di finanza di progetto come scelta proponibile e auspicabile; definire con chiarezza gli obiettivi che l'amministrazione intende perseguire attraverso la realizzazione del progetto; individuare il livello di spesa sostenibile da parte dell'amministrazione.¹²⁹

Nella procedura della gara unica la PA valuta tutte le offerte pervenute, redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato l'offerta migliore sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Le offerte presentate devono contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziato¹³⁰ asseverato¹³¹

¹²⁶ D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 Regolamento di esecuzione e di attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 10 dicembre 2010, n. 288.

¹²⁷ Benché il Regolamento non sia ancora entrato in vigore, bisogna sottolineare un'importante novità in materia di finanza di progetto, ovvero la sua introduzione nell'ambito dei servizi. Secondo la previsione contenuta nell'art. 278, i privati possono presentare proposte contenenti uno studio di fattibilità, un piano economico finanziario asseverato, ed una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Lo studio di fattibilità non è redatto dall'amministrazione, come nelle prime due procedure contenute nell'art. 153, bensì dal soggetto privato. E', inoltre, prevista la possibilità di presentare proposte per servizi non indicati nella programmazione della PA. Una novità importante riguarda la successiva fase dell'affidamento, che avviene per mezzo di una gara informale alla quale sono invitati a partecipare almeno cinque concorrenti, nel rispetto dei principi comunitari. Tuttavia la previsione di tale tipologia di gara ha suscitato non poche perplessità da parte dell'Autorità di settore, dalla quale si attendono osservazioni e proposte.

¹²⁸ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, *Linee guida per la compilazione dello studio di fattibilità*, determinazione n. 1 del 14 gennaio 2009.

¹²⁹ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, "*Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo" (D.lgs. 11 settembre 2008, n. 152)*", determinazione n. 1 del 2009.

¹³⁰ Per le osservazioni sul PEF si rimanda la par. 2.2. In merito al suo contenuto si veda l'art. 153 comma 9. Sulla sua importanza applicativa fondamentale è stato l'apporto della giurisprudenza amministrativa, su tutti

da un istituto di credito e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Il bando di gara deve espressamente indicare i criteri in base ai quali la PA procederà alla valutazione delle offerte secondo un preciso ordine di importanza, nonché “l’ubicazione e la descrizione dell’intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, la tipologia del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo

Consiglio di Stato , Sezione V, sentenza 28 maggio 2009, n. 3319 nella quale: “ A tale riguardo [accessibilità agli atti di una procedura di selezione del promotore ed in particolare a quelli costituenti la proposta dichiarata di pubblico interesse] come è stato efficacemente rilevato dalla giurisprudenza (C.d.S., sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142) in tema di project financing, l’interesse a veder prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi di assumere la posizione del promotore nella relativa procedura, ancorché sia individuabile concettualmente come distinto dall’interesse alla concessione di eseguire l’opera stessa, contiene ed implica anche l’interesse all’aggiudicazione della concessione che, in definitiva, rappresenta il vero “bene della vita” cui tende il presentatore del progetto. Si è in presenza, invero, di un procedimento contraddistinto da una indiscutibile unitarietà, logico-giuridica del tutto coerente e ragionevole con la stessa natura del project financing, quale tecnica finanziaria che consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione e che si sostanzia in un’operazione economica-finanziaria idonea ad assicurare utili che consentono il rimborso del prestito e /o finanziamento e gestione proficua dell’attività (C.d.S. sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043). Come di recente chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio (C.d.S. sez. IV, 26 gennaio 2009 n. 391 e 392) nella fase che si compie con la selezione del progetto da dichiarare di pubblico interesse, uno degli elementi di tale progetto (il piano economico-finanziario) è destinato a diventare l’elemento fondamentale per lo svolgimento della successiva gara ad evidenza pubblica ed in particolare per la selezione dell’offerta economicamente più vantaggiosa; ad avviso di tale giurisprudenza , che la Sezione condivide, decisiva sarebbe la constatazione secondo cui un simile accesso consentirebbe, quanto meno al richiedente (...) di conoscere non solo i valori degli elementi necessari del piano economico-finanziario del progetto posto a base di gara per la determinazione dell’offerta, ma addirittura gli elementi costitutivi del piano economico-finanziario del progetto posto a base di gara per la determinazione dell’offerta, ma addirittura gli elementi costitutivi del piano economico-finanziario stesso (analisi dei prezzi, dei costi, le modalità di gestione dell’opera, l’eventuale ammortamento degli oneri finanziari ecc) del progetto posto a base di gara, alterando sicuramente la procedura ad evidenza pubblica e violando, in particolare, il principio della par condicio degli offerenti. Ciò in quanto tale specifica conoscenza consentirebbe in tesi di avere, rispetto agli ordinari tempi della gara pubblica, un maggiore lasso di tempo per formulare eventualmente un’offerta migliorativa di quella ricavabile dal presentato piano economico-finanziario. E ciò senza contare che, in tal modo la par condicio sarebbe sicuramente alterata nei confronti dello stesso promotore, la cui offerta- sostanzialmente contenuta nel predetto piano economico- finanziario, non è modificabile se non *in pejus*”

¹³¹ In merito all’importanza dell’asseverazione si rimanda alle osservazioni contenute nel paragrafo 2.2. Alle considerazioni già espresse si aggiunge qui la posizione della Corte dei Conti secondo cui l’asseverazione consiste “ (...) in un esame critico ed analitico del progetto idoneo a deliberare la fattibilità dell’intervento, la sua remuneratività e la conseguente capacità di generare flussi di cassa positivi, così da garantire la “bancabilità” dell’iniziativa o la sua proponibilità alla comunità dei finanziatori” delibera n. 15 del 2006 della Sezione Centrale di Controllo sulla gestione delle Amministrazioni dello Stato

presupposti omogenei” (art. 153 comma 7). Il criterio di selezione delle proposte è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa¹³², tuttavia la valutazione deve essere estesa anche alla qualità progettuale dell’opera, al valore del piano economico – finanziario e al contenuto della bozza di convenzione.

Presentate le offerte ai potenziali promotori si aprono due possibili scenari. La PA ritiene che il progetto preliminare presentato dal promotore non necessiti di alcun tipo di modifiche, quindi la stazione appaltante procede alla conclusione del contratto ed aggiudica la concessione al promotore.

Al contrario, la PA può ritenere che il progetto preliminare abbia bisogno di modifiche. In tal caso richiede al promotore di apportare le modifiche in oggetto e i conseguenti adeguamenti del piano economico finanziario. Se il promotore accetta diventa titolare della concessione. Si procede ad una vera e propria negoziazione tra la PA e il potenziale promotore, infatti nel caso in cui quest’ultimo non accetti, l’amministrazione può chiedere agli altri concorrenti successivi in graduatoria di apportare le modifiche richieste al progetto ai fini dell’aggiudicazione della concessione. E’ espressamente previsto che la stipulazione della 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 dal diverso concorrente aggiudicatario. In quest’ultimo caso il promotore ha diritto al pagamento delle spese sostenute per la redazione di tutti i documenti necessari per la predisposizione dell’offerta da parte del soggetto aggiudicatario, tale importo non può superare la misura del 2,5 % del valore dell’investimento come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara, art. 153 comma 9.

Nell’art. 153 (comma 10 lettera c) si parla di modifiche progettuali necessarie senza fornire alcuna ulteriore spiegazione in merito alla tipologia e all’entità di tali correzioni. Sembrerebbe che queste non possano andare a stravolgere il progetto preliminare o lo studio di fattibilità posto a base di gara. Secondo la giurisprudenza¹³³, precedente al Codice dei contratti, tali modifiche

¹³² Art. 83 Codice dei Contratti, “Criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”, “*Quando il contratto è affidato con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell’offerta, pertinenti alla natura, all’oggetto e alle caratteristiche del contratto (...)*”. L’articolo continua fornendo un elenco, a titolo meramente esemplificativo, degli elementi sulla base dei quali si procederà alla comparazione, ovvero il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, e così via. Sarà poi il bando di gara ad elencare i criteri di valutazione e a precisare la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi.

¹³³ Tar Calabria sentenza n. 449/2004, Tar Emilia-Romagna sentenza n. 762 del 2004, Tar Campania sentenza n. 9571/2004.

possono riguardare esclusivamente “lievi correttivi” che non stravolgano la natura del progetto, in caso contrario sarebbe corretto procedere ad una nuova gara, per evitare di ledere il principio di *par condicio*.

Le modifiche che la PA richiede che vengano apportate al progetto preliminare possono essere frutto di una precedente conferenza di servizi (art. 153 comma 10 lettera c). La previsione della quale è volta a ridurre in maniera sensibile il rischio amministrativo legato ad ogni operazione di finanza di progetto.¹³⁴ Pertanto la stipulazione del contratto è condizionata, ai sensi del comma 11 dell’art. 153, alla positiva conclusione della fase di approvazione del progetto preliminare e dalla accettazione delle eventuali modifiche richieste dalla PA aggiudicatrice al promotore o al diverso concorrente.

Ad un esame preliminare tale procedura sembrerebbe la migliore rispetto alle altre previste all’art. 153. In primo luogo perché non prevedendo il diritto di prelazione in capo al promotore, non si pone in conflitto con i principi comunitari e con le osservazioni formulate dalla Commissione europea in seguito alla nota procedura di infrazione. In secondo luogo perché risponde al meglio all’esigenza di rapidità e semplificazione delle procedure più volte richiesta dagli operatori economici. Secondo i dati dell’Osservatorio nazionale del PPP è ad oggi la procedura più utilizzata per l’aggiudicazione della concessione mediante finanza di progetto.

6.1. La doppia gara

Nella “doppia gara”, la cui disciplina è contenuta nel comma 15 dell’art. 153, la procedura è divisa in due sub-procedimenti, il primo per la scelta del promotore, il secondo per l’aggiudicazione della concessione.

Il presupposto per l’avvio del procedimento è lo stesso della precedente gara unica. La PA pubblica un bando per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità che siano già inseriti nella programmazione triennale o nell’elenco annuale. Il bando di gara deve obbligatoriamente contenere l’indicazione che la procedura non comporta l’aggiudicazione al promotore prescelto, ma l’attribuzione allo stesso di essere preferito al miglior 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. Viene, pertanto, reintrodotta il diritto di prelazione a favore del promotore.

Nel corso della procedura l’amministrazione pone a base di gara il progetto preliminare del

¹³⁴ Sul beneficio dell’introduzione della conferenza dei servizi quale strumento per ridurre il rischio amministrativo si veda M. Ricchi, *La finanza di progetto nel terzo decreto correttivo*, op.cit.

promotore, corredato dal piano economico-finanziario e della bozza di convenzione. Le proposte presentate dai concorrenti saranno valutate in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ovviamente il promotore non partecipa a questa seconda fase della gara. A questo punto si possono verificare due situazioni: nessuna delle proposte presentate è migliore rispetto a quella originaria formulata dal promotore, la concessione è così aggiudicata a quest'ultimo; ovvero, una o più offerte presentate sono economicamente più vantaggiose rispetto a quella promotore che può, esercitando il diritto di prelazione, adeguare la propria proposta, nel termine perentorio di 45 giorni, a quella del miglior offerente risultando così aggiudicatario della concessione

Il promotore può tuttavia decidere di non adeguare la propria proposta a quella risultata migliore, al termine della prima fase del procedimento. In tal caso il miglior offerente diviene aggiudicatario della concessione.

La reintroduzione del diritto di prelazione all'interno di questa nuova procedura prevista nel terzo correttivo trova origine nell'invito della Commissione Lavori Pubblici del Senato che aveva espressamente richiamato l'opportunità di recuperare almeno parzialmente, ed in via alternativa la prelazione.¹³⁵

La procedura della doppia gara presenta molti punti di contatto con la normativa previgente. Oltre alla reintroduzione del diritto di prelazione, ritornano la procedura in due fasi per la scelta del concessionario. Attraverso la previsione di tale procedura il legislatore ha cercato di conciliare due posizioni diametralmente opposte. Da un lato la previsione di una qualche forma di retribuzione per il promotore, dall'altro il recepimento delle osservazioni formulate dalla Commissione europea. È, tuttavia, presto per valutare se il legislatore sia riuscito nel suo intento e, soprattutto, si attendono eventuali osservazioni da parte della Commissione europea.

6.2. La gara ad iniziativa privata in caso di inerzia della pubblica amministrazione

Le procedure sin qui analizzate, della gara unica e della doppia gara, sono caratterizzate da un minor apporto propositivo del soggetto privato, è, infatti, la PA che redige lo studio di fattibilità da porre a base del bando di gara. La procedura, o meglio, le procedure, che verranno qui esposte, sono, al contrario, caratterizzate da una partecipazione molto più incisiva del privato, che si attiva in caso di inerzia della PA. Nella prima procedura il privato è ancora sottoposto al limite dei lavori inseriti nella programmazione. Nella seconda procedura tale limite

¹³⁵ Senato, Commissione lavori Pubblici, seduta del 29 luglio 2008. Sul diritto di prelazione si rimanda alle osservazioni formulate nel paragrafo precedente.

viene superato.

Il comma 16 dell'art. 153 introduce la procedura ad iniziativa dei privati. Secondo la dottrina tale procedimento è quello in grado di esprimere al meglio l'esigenza di integrazione e di cooperazione tra amministrazione e privato, che rappresenta il tratto distintivo delle operazioni di partenariato.¹³⁶

Qualora la PA abbia inserito nell'elenco annuale alcuni lavori da realizzare, ma non abbia proceduto alla pubblicazione dei relativi bandi entro i successivi sei mesi i soggetti privati in possesso dei requisiti prescritti dal comma 8¹³⁷ possono presentare una proposta. Entro 60 giorni dalla scadenza la PA deve provvedere a pubblicare un avviso in cui sono indicati i criteri in base ai quali si procederà alla valutazione delle proposte, per individuare quella suscettibile di pubblico interesse.

Una volta individuata la proposta di pubblico interesse si possono aprire un "ventaglio" di procedure a seconda che tale proposta necessiti o meno di modifiche. Nella prima ipotesi la PA ha facoltà di indire un dialogo competitivo, laddove ricorrano le condizioni previste dall'art. 58 secondo comma, sulla base del progetto preliminare presentato. Al contrario, se il progetto presentato non abbia bisogno di alcuna modifica la PA può agire in due modi, ponendo a base di gara il progetto preliminare ed invitando il promotore a partecipare. La PA potrà, quindi, o bandire una gara per l'aggiudicazione della concessione ad iniziativa pubblica secondo le prescrizioni contenute nell'art. 143, ovvero procedere a gara secondo la procedura indicata nel comma 15 dell'art. 153, quindi una procedura selettiva, nell'ambito della quale viene reintrodotta il diritto di prelazione a favore del promotore.

La procedura analizzata ha l'indubbio merito di prevedere una maggiore partecipazione del soggetto privato. partecipazione che è, tuttavia, subordinata sia al preventivo inserimento dell'opera nella programmazione, sia all'inerzia della PA nella mancata pubblicazione del bando di gara nei termini previsti.

La PA, tuttavia, potrebbe decidere scientemente di non pubblicare il bando di gara per provocare la reazione del mercato, per verificare se esista o meno l'interesse da parte del privato a procedere alla realizzazione di una determinata opera.

Lo stesso art. 153 nell'ultimo periodo prevede un'ultima procedura alternativa, attraverso l'ipotesi del proponente. A quest'ultimo è riconosciuta la facoltà di proporre la realizzazione di un

¹³⁶ S. Castenasi, *Profili civilistici*, cit.

¹³⁷ "Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento del concessionario anche associando o consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all'articolo 38", art 153 comma 8.

progetto corredato da uno studio di fattibilità che, e qui sta la differenza rispetto alla figura del promotore, non sia inserito nella programmazione triennale, nell'elenco annuale o in tutti gli altri strumenti di programmazione della PA.

La peculiarità rispetto ai precedenti interventi normativi¹³⁸ è data dalla circostanza per cui è espressamente previsto un obbligo di valutazione da parte della PA, che deve esaminare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento ed eventualmente inserire nella programmazione quelle ritenute di pubblico interesse. All'interno di questo contesto normativo sembra trovare applicazione l'obbligo di concludere un procedimento di valutazione da parte della PA, attraverso un provvedimento espresso, secondo il disposto dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990.

Laddove la PA decida di inserire gli studi di fattibilità nella programmazione trovano applicazione le disposizioni contenute nell'art. 153. La PA potrà, quindi, decidere se procedere alla procedura di gara unica, di doppia gara, o, in caso di inerzia, attivare la procedura prevista nel comma 16.

Solamente attraverso questa procedura si realizza una maggiore partecipazione del soggetto privato nell'attività dell'amministrazione, una vera e propria iniziativa privata che si inserisce prima dell'intervento pubblico. E che consente realmente al soggetto pubblico di beneficiare della capacità propositiva e creativa del privato per la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità. Pertanto, la previsione contenuta in questa ultima parte dell'art. 153 ci consente di compiere un ulteriore passo in avanti nella concretizzazione di una reale collaborazione fra pubblico e privato.

7. Conclusioni

Nonostante queste importanti modifiche la finanza di progetto rimane, ancora, strettamente collegata al PPP contrattuale e al contratto di concessione, come nelle precedenti disposizioni normative. In tal senso rileggendo l'Atto di regolazione dell'AVLP n. 51 del 2000, si osserva come la caratteristica peculiare dell'istituto sia rimasta pressoché inalterata “con la legge quadro sui lavori pubblici il legislatore non ha provveduto a delineare un istituto giuridico autonomo ed autosufficiente per il project financing, bensì a scelto di introdurre tale sistema di realizzazione di opere pubbliche innestandolo su quello proprio della concessione”.

¹³⁸ La possibilità per i soggetti privati di presentare proposte di intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità era stata in origine introdotta dalla legge *Merloni quater*. Tuttavia, non esisteva alcun tipo di obbligo di valutazione o di esame da parte della PA. Tale circostanza sviliva non di poco la portata innovativa della norma.

Molto più netta è la posizione del Consiglio di Stato che nel parere della sezione atti normativi n. 2357/08 del 14 luglio 2008 arriva ad affermare che “ (...) la norma [l’art. 153] così come concepita finisce per essere un inutile duplicato dell’istituto della concessione. Le uniche differenze che rimangono infatti attengono all’oggetto dell’offerta- che nella concessione comprende il progetto definitivo e qui il preliminare- e alla possibilità del promotore di chiedere l’inserimento di un nuovo intervento nel programma. Entrambi sono discutibili e in particolare la seconda comporta pericolose interferenze con quella attività di programmazione che è bene rimanga prerogativa della PA.

Considerando infine che l’istituto non è previsto nelle direttive comunitarie, la sezione invita l’amministrazione a prendere seriamente in considerazione la possibilità di sopprimerlo.”

La dottrina, che si è occupata della finanza di progetto nel corso degli ultimi anni, ha, al contrario, più volte sottolineato le differenze che sussistono fra la concessione di costruzione e gestione e la finanza di progetto privilegiando di volta in volta una differente caratteristica qualificante.

Secondo alcuni autori,¹³⁹ la distinzione più importante è data dalla differente modalità di scelta del concessionario e dalla pluralità dei soggetti protagonisti, sponsors, finanziatori che vanno a costituire un’entità economico-giuridica distinta, la società di progetto, dando luogo ad una molteplicità di modelli contrattuali. In tale prospettiva ciò che distingue il *project financing* dalla mera concessione di costruzione e gestione sono gli aspetti a monte e a valle della concessione: a monte, la presenza di una pluralità di finanziatori e di garanti; a valle, la costruzione di un’unica entità economica per la gestione dell’opera, ferme restando le garanzie prestate e, nel contempo, la ripartizione dei rendimenti fra i vari soggetti.¹⁴⁰

Ciò nondimeno, la finanza di progetto si configura come un nuovo ramo dell’evoluzione della concessione¹⁴¹ e, considerando l’attuale stato della finanza, l’unico metodo per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità in Italia. A causa della scarsità di risorse a disposizione, l’operatore pubblico, sempre più frequentemente, è posto di fronte ad una scelta, decidere se realizzare o meno un’opera per la collettività, con la consapevolezza che l’unica strada percorribile è quella della collaborazione con il soggetto privato.

¹³⁹ M. Clarich, *Gli aspetti giuridici del project financing nelle pubbliche amministrazioni*, cit.

¹⁴⁰ Zoppolato, *Commento agli art., 37 bis – 37 nonies* in *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici*.

¹⁴¹ A. Botto, *Project financing*, in *Dizionario di diritto amministrativo*, a cura di M. Clarich e G. Fonderico, Il sole 24 ore, 2007 2007.

CAPITOLO TERZO

Il project financing in Italia. L'impatto della normativa sul mercato

1. Il project financing in Italia. L'esperienza applicativa della finanza di progetto. 2. La natura della fase di scelta del contraente privato nella prima versione del Codice dei Contratti. 3. La natura della fase di scelta del contraente privato nel secondo decreto correttivo. 4. La natura della fase di scelta del contraente privato nell'ultima versione del Codice dei Contratti. 5. Il riparto di giurisdizione.

1. Il project financing in Italia. L'impatto della normativa sul mercato

Nel corso del presente paragrafo si cercherà di fornire alcune indicazioni circa la reale diffusione del fenomeno del *project financing* in Italia, alla luce della normativa comunitaria e nazionale. In particolare, come si caratterizza il mercato della finanza di progetto nel nostro Paese, la sua diffusione rispetto a tipologie più tradizionali di contratti per la realizzazione di opere pubbliche, come gli appalti, il valore delle opere realizzate, i tempi di aggiudicazione, il tasso di mortalità dei procedimenti e così via.

Dal punto di vista normativo, il legislatore comunitario non è stato di grande aiuto nel fornire una disciplina dettagliata dei contratti di partenariato e del *project financing*, preferendo, piuttosto, lasciare liberi gli Stati membri di adottare una propria normativa. Tale maggiore libertà doveva, nelle intenzioni della Commissione, essere funzionale a consentire ai vari Stati membri di adottare procedure maggiormente flessibili allo scopo di assicurare la possibilità di adattare il contenuto del contratto alla situazione concreta. Senza, tuttavia, dimenticare che qualsiasi procedura di affidamento di contratti pubblici utilizzata non può in alcun modo eludere i principi del Trattato che ruotano intorno alla tutela della concorrenza.

In particolare nel Libro Verde¹⁴² più che al *project financing*, quale possibile variante del PPP contrattuale, si fa riferimento alla sua applicazione concreta più nota, la Private finance initiative britannica. E' stato, quindi, preso come modello una tipologia specifica che riguarda un singolo Paese, senza considerare le caratteristiche dei sistemi giuridici degli altri Stati membri,

¹⁴² Ci si riferisce al *Libro Verde relativo ai Partenariati Pubblico- Privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, per un esame del contenuto si rimanda al cap. 1.

caratteristiche che spesso mal si conciliano con le esigenze di flessibilità indispensabili per la buona riuscita di un'operazione di finanza di progetto. Il diritto comunitario si limita, dunque, a fornire una descrizione analitica del PPP e della PFI senza, tuttavia, fornirne una chiara definizione giuridica, salvo poi stabilire la necessaria applicazione dei principi comunitari.

Gli Stati membri hanno affrontato, in tempi diversi, il problema della regolamentazione dei contratti di PPP e del *project financing*, non tutti sono pervenuti ad una definizione giuridica vera e propria. In tal senso l'Italia ha rappresentato un'eccezione, con l'introduzione della definizione dei contratti di PPP nell'ultima versione del Codice dei contratti. Come evidenziato in precedenza, la definizione adottata dal nostro legislatore è volutamente molto ampia ed eterogenea, tale circostanza è dovuta al fatto che sotto la dicitura di contratti di PPP si riuniscono molteplici tipologie contrattuali, tutte quelle che vedono una collaborazione fra il settore pubblico e quello privato. Ovviamente fornire una definizione di un fenomeno così complesso non è cosa facile per varie ragioni. Innanzitutto, è sostanzialmente impossibile stabilire *ex ante* tutti gli elementi che andranno a comporre l'operazione di PPP, o di *project financing*, che si intende realizzare. Inoltre, si deve tentare di procedere alla ricerca di un accordo fra pubblico e privato, soggetti abituati più a contrapporsi che a collaborare. Ed infine, l'operazione oggetto dell'accordo deve essere in grado di portare benefici a tutti i soggetti coinvolti.

In Italia la finanza di progetto è ancora, e forse non potrebbe essere altrimenti, strettamente legata al modello concessorio di cui tuttavia “rappresenta ormai una variabile ricca di autonome caratteristiche”¹⁴³. Ancora nell'ultimo decreto correttivo il contratto di concessione di costruzione e gestione rappresenta l'esito della procedura di affidamento. Quindi, il legislatore italiano ha limitato il suo intervento alla sola fase pubblicistica di aggiudicazione della concessione, senza stabilire nulla in merito a quella delle modalità di finanziamento del progetto, ad esempio, o della sua successiva gestione, lasciando, quindi, al privato la possibilità di organizzare forme *spurie* di *project financing*. L'utilizzo di questo termine potrebbe far pensare che esistano forme *pure* di finanza di progetto. Pertanto, più che di forme *pure* sarebbe più corretto parlare di tipologie più tradizionali, anche se tale concetto mal si concilierebbe con la natura flessibile dell'istituto. Si potrebbe, tuttavia, parlare, in un'ottica strettamente economica, di soluzione ottimale per l'utilizzo della finanza di progetto rispetto a forme più tradizionali di contratti.

Il *project financing* rappresenta, infatti, un istituto molto complesso sia nella fase prodromica all'aggiudicazione della concessione, sia in quella successiva di esecuzione del

¹⁴³ B. Raganelli, *Partenariato Pubblico – privato ed opere pubbliche in Europa. La ricerca di un equilibrio fra regole e flessibilità*, op. cit.

contratto. Sviluppare tutte le fasi che compongono tale procedimento è appannaggio di un ridotto numero di consulenti, la sola predisposizione dell'offerta è un procedimento molto costoso, ancorché decisamente complesso.

In tal senso, sia in campo internazionale che interno, la dottrina prima, ed il legislatore poi, hanno sottolineato come diventi indispensabile per tutti gli operatori coinvolti, la collaborazione con strutture idonee a fornire consulenza per la gestione di un'operazione in finanza di progetto. Per assolvere tale compito, l'art. 7 della legge n. 144 del 1999 ha istituito, in seno al CIPE, l'Unità tecnica finanza di progetto, UTPF, allo scopo di promuovere il ricorso al *project financing*, supportare le amministrazioni, monitorare il mercato¹⁴⁴, formulare indirizzi e raccomandazioni ai Governi, per rimuovere le incertezze, non solo normative, ancora presenti in questo particolare istituto¹⁴⁵. Una parte consistente del lavoro dell'UTFP si rende necessaria al fine di potenziare l'attività di programmazione e definizione degli obiettivi della PA.

Attualmente, l'UTFP è stata posta alle dipendenze della Presidenza del Consiglio, nell'ambito del Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica.¹⁴⁶ Per effetto di una serie di interventi normativi, da ultimo i decreti correttivi al Codice dei contratti, le funzioni dell'Unità sono state nuovamente rafforzate. Fra i nuovi compiti bisogna sottolineare quelli connessi alla stima dell'impatto sull'indebitamento netto e sul debito pubblico di tutte le operazioni di PPP avviate dalle PA.

I costi da sostenere solo nella fase precedente all'aggiudicazione della concessione sono consistenti. In più data la complessità dell'operazione, la finanza di progetto dovrebbe trovare applicazione solo in quei settori che presentano una grande sinergia fra costruzione e successiva gestione dell'opera realizzanda. In pratica ci si riferisce a quella tipologia di opere definite *calde*,

¹⁴⁴ Nel compiere tale funzione di monitoraggio del mercato, l'UTFP si avvale della collaborazione dell'Osservatorio nazionale del PPP i cui rapporti periodici saranno successivamente presi in considerazione per una breve analisi empirica.

¹⁴⁵ In particolare l'UTFP ha il compito di: promuovere, all'interno delle pubbliche amministrazioni, l'utilizzo di tecniche di finanziamento di infrastrutture con ricorso a capitali privati; fornire supporto alle amministrazioni nell'attività di individuazione delle necessità infrastrutturali idonee ad essere soddisfatte tramite la realizzazione di lavori finanziati con ricorso al capitale privato, in quanto suscettibili di gestione economica; fornire supporto alle commissioni costituite nell'ambito del Cipe su materie inerenti al finanziamento delle infrastrutture; assistere le amministrazioni aggiudicatrici nello svolgimento delle attività di valutazione tecnico – economica delle proposte presentate dai soggetti promotori, nell'attività di predisposizione della documentazione relativa ad operazioni di finanziamento di infrastrutture tramite capitale privato e nell'attività di indicazione delle gare e dell'aggiudicazione delle offerte da esse risultanti.

¹⁴⁶ In applicazioni delle disposizioni contenute nel d.l. 18 maggio 2006, n. 181, convertito con modificazioni nella legge 17 luglio 2006, n. 223.

quelle in grado di garantire da subito flussi di cassa diretti che vadano a coprire i costi e a garantire un flusso di ricavi senza alcun tipo di contribuzione da parte del soggetto pubblico. Rientrano in questa tipologia le autostrade, le metropolitane, i parcheggi, che consentono un ritorno immediato grazie alle tariffe praticate all'utenza.

Per tali ragioni la finanza di progetto dovrebbe essere utilizzata solo per opere di grandi dimensioni che consentano un ritorno economico rilevante che permetta di remunerare l'investimento del privato. Non bisogna dimenticare che il *project financing* nasce in un ambito strettamente privatistico, quale tecnica finanziaria utilizzata dai privati nella pratica degli affari, solo in un secondo momento trova un'applicazione sempre maggiore nell'ambito dei servizi pubblici o di pubblica utilità e per la realizzazione delle *Grandi Opere*. Ovviamente tale evoluzione è dovuta soprattutto alla carenza di fondi pubblici, nonché alle restrizioni alla spesa dovute al rispetto dei vincoli di bilancio, nonché alla crisi economica e finanziaria che stiamo vivendo. Per tali tipologie di opere, lo schema applicativo più utilizzato è quello conosciuto sotto l'acronimo di BOT, *build, operate and transfer*. L'impresa privata ottiene una concessione di costruzione e gestione per la realizzazione di un'opera pubblica che passa nella disponibilità del pubblico dopo un periodo di tempo prestabilito, generalmente piuttosto lungo, per consentire una giusta remunerazione all'investimento del privato.

Nella realtà, soprattutto quella italiana, raramente si riesce a trovare un'operazione in *project financing* che, tornando alla terminologia di prima, si possa definire *pura*. Nel nostro Paese a causa di una cronica mancanza di fondi da destinare agli investimenti in opere pubbliche o di pubblica utilità, a cui si è aggiunto negli ultimi anni il rispetto dei vincoli di bilancio ai parametri fissati dal Patto di stabilità e crescita, l'utilizzo del *project financing* si è concentrato soprattutto su quella tipologia di opere definite come *fredde*. Si fa, quindi, riferimento ai settori dei servizi pubblici come le scuole, gli ospedali, gli uffici pubblici, i cimiteri dove non esistono forme di remunerazione diretta degli utenti, ma dove il cliente principale è la PA. Ed è qui che il contributo del pubblico diventa parte integrante del progetto.

Soprattutto in relazione a quest'ultimo elemento, il contributo del pubblico, la PA che decide di effettuare un'operazione di finanza di progetto dovrebbe procedere ad una analisi preventiva che vada a verificare se tale scelta è quella ottimale rispetto a forme più tradizionali di affidamento dei contratti, primo fra tutti l'appalto. Risulta, quindi, fondamentale un'attenta attività di valutazione preliminare della pubblica amministrazione. Prima di procedere all'inserimento dell'opera negli strumenti di programmazione, bisognerebbe valutare la reale convenienza della realizzazione di opere infrastrutturali facendo ricorso al *project financing*, o alle altre forme di contratti di partenariato, rispetto alle tipologie più tradizionali, appalti e

concessioni.

A tal fine, la dottrina economica ha elaborato degli strumenti per procedere a tale verifica: il *Public Sector Comparator* e il c.d. *PPP test*. La predisposizione del primo permette di valutare la convenienza al ricorso dello strumento del *project financing* attraverso la comparazione monetaria tra l'ipotesi della realizzazione e della gestione dell'opera in forma diretta da parte del soggetto pubblico, e l'ipotesi di ricorrere all'affidamento dei contratti attraverso tipologie partenariali. Quindi, una mera valutazione della convenienza economica per il soggetto pubblico¹⁴⁷. Attraverso la predisposizione del *PPP test*, invece, il soggetto pubblico potrà confrontare le modalità di scelta di PPP rispetto alle forme di appalto pubblico, utilizzando la tecnica del *Public Sector Comparator*; evidenziare se ed in che misura il progetto sia appetibile per il mercato; ed indicare l'entità dell'eventuale contributo¹⁴⁸.

Sostanzialmente, in Italia la finanza di progetto è utilizzata prevalentemente per la realizzazione di opere pubbliche o, in ogni caso, per tutte quelle situazioni progettuali nelle quali il committente è un soggetto pubblico. In particolare, la finanza di progetto trova il suo campo di elezione nel mercato dei servizi pubblici locali. Come vedremo meglio nel prosieguo, la maggior parte delle gare riguarda progetti di medio – piccole dimensioni. Tipologie di opere, quindi, la cui realizzazione è relativamente semplice, i flussi di cassa facilmente determinabili, condizioni queste che permettono al soggetto privato di farsi carico di un rischio piuttosto basso.

Al contrario, gli interventi di grandi dimensioni riguardano in prevalenza le infrastrutture di trasporto, autostrade, metropolitane e si concentrano soprattutto nelle regioni del Centro – Nord.¹⁴⁹

Oltre alla motivazione principale per l'utilizzo della finanza di progetto, ovvero la cronica mancanza di fondi da parte del pubblico, si è soliti indicare quali spinte all'utilizzo del *project financing* la possibilità di sfruttare le potenzialità imprenditoriali, *l'expertise*, il *know-how* del

¹⁴⁷ Oltre alla vastissima letteratura economica in tema di PSC, si rimanda alla lettura del documento, *Analisi delle tecniche di valutazione per la scelta del modello di realizzazione dell'intervento: il metodo del Public Sector Comparator e l'analisi del valore*, redatto congiuntamente dall'AVCP e dall'UTFP, liberamente consultabile sul sito internet dell'Autorità.

¹⁴⁸ Cfr. Dipartimento per la programmazione e il Coordinamento della Politica Economica e UTFP, *Partenariato Pubblico Privato in Italia. Stato dell'arte, futuro e proposte*, documento disponibile sul sito internet www.utfp.it. Sull'argomento del PPP test e del *Public Sector Comparator*, si rimanda alla consultazione degli altri documenti dell'UTFP, in particolare, *la misurazione del Value for Money nell'esperienza italiana e straniera: analisi dei rischi e Public Sector Comparator*, 2009.

¹⁴⁹ Ad esempio, fra i progetti più recenti e di cui l'opinione pubblica ha ampiamente parlato, abbiamo la linea D della metropolitana di Roma; il completamento del collegamento autostradale fra le città di Asti e Cuneo; la realizzazione della superstrada Pedemontana veneta, fra le province di Treviso e Vicenza.

soggetto privato che vanno a tamponare alla completa incapacità progettuale e/o innovativa del soggetto pubblico.

Per effetto del terzo decreto correttivo la spinta innovativa del privato può ora manifestarsi solo nella fase della realizzazione concreta del progetto, la costruzione e la gestione, nulla potendo in quella propositiva e programmatoria, di quasi esclusiva competenza del soggetto pubblico. Il privato deve limitarsi a realizzare quegli interventi già individuati dalla PA ed inseriti nella programmazione triennale o nell'elenco annuale. In questo modo l'apporto del privato risulta fortemente limitato non potendo in alcun modo superare il vincolo della programmazione. Salvo, nell'ipotesi assolutamente residuale di formulare proposte che potrebbero essere inserite dalla PA negli strumenti di programmazione nei casi di "inerzia" dell'amministrazione previsti nel disposto dell'ultimo comma dell'art. 153 del Codice dei contratti.

Compiendo un piccolo passo indietro, si è detto di come, in Italia, una delle caratteristiche peculiari della finanza di progetto sia data dal sostegno finanziario proveniente dal settore pubblico. E' verosimilmente impossibile procedere alla realizzazione di un progetto senza alcun tipo di partecipazione del soggetto pubblico committente. Collaborazione che può manifestarsi nei modi più diversi, ad esempio mediante veri e propri contributi in conto capitale, in tutti quei casi in cui il ritorno economico, *cash flow*, non sia sufficiente a remunerare il soggetto privato. Mentre sono ancora molto rari i casi di partecipazione attraverso l'emissione di obbligazioni da parte della società di progetto, a causa della scarsa diffusione del *project financing* nel nostro mercato che non consente di sperimentare nuove tipologie di finanziamento.¹⁵⁰

Nell'ottica di individuare le caratteristiche principali della finanza di progetto non si può non trattare, seppur brevemente, della circostanza per cui tale tipologia di affidamento presenti oggettivamente uno scarso livello di concorrenza. Tendenzialmente il numero di soggetti privati che decidono di partecipare ad una gara è piuttosto esiguo. Nonostante la scarsa disponibilità di dati in merito, è stato riscontrato come nella maggior parte dei casi non si superi il numero di due soli soggetti partecipanti e, non è rara la presenza di un unico soggetto. Pertanto, la competizione è piuttosto scarsa, circostanza questa che perdura durante tutta la vita dell'opera. Il contratto che viene stipulato, infatti, ha una durata più lunga rispetto a quello di una concessione tradizionale perché deve essere in grado di garantire un flusso di ricavi nel tempo che vadano a remunerare il

¹⁵⁰ Per determinare la giusta misura del contributo pubblico si rimanda a G. Ferrante, P. Marasco, *Equilibrio economico finanziario e valutazione di congruità del contributo pubblico*, in *Finanza di progetto, Temi e prospettive*, op. cit.

capitale investito dal privato.

La durata del contratto rappresenta, pertanto, un elemento fondamentale per l'intervento del privato, ma inevitabilmente questo crea delle esternalità negative in termini di concorrenza. L'accesso di altri operatori in quel settore è bloccato a lungo, per tutta la durata del contratto. In tal senso per l'amministrazione il rischio maggiore è rappresentato dalla circostanza di rimanere vincolata per molto tempo a condizioni che potrebbero essere obsolete a causa delle evoluzioni del mercato, del mutamento delle esigenze degli utenti, dei cambiamenti tecnologici, e così via. Un altro rischio potrebbe essere quello di dover incorrere in rinegoziazioni dei contratti eccessivamente costose, quando sarebbe molto più conveniente rivolgersi direttamente al mercato per ottenere la stessa tipologia di opera.¹⁵¹

Sempre in merito alla scarsa concorrenza nella fase di affidamento dei contratti attraverso la finanza di progetto, va qui ricordato l'effetto distorsivo generato dalla presenza del diritto di prelazione riconosciuto al promotore. Tale diritto, oltre a scoraggiare la partecipazione di imprese alle gare, ha sortito anche l'effetto di allontanare le imprese estere, poiché tale meccanismo non è presente nella normativa di nessun altro Paese.

Un'altra caratteristica del *project financing* nel mercato italiano è data dall'elevato tasso di mortalità delle iniziative. Un recente studio della Banca d'Italia¹⁵² pone al centro della propria analisi questo elemento supportandolo con l'analisi di dati empirici sul rapporto fra aggiudicazioni e gare. Tale rapporto è piuttosto contenuto a dimostrazione del fatto che molti procedimenti non arrivano all'aggiudicazione della concessione, non riuscendo a superare tutte le fasi della procedura.

In particolare nell'anno di riferimento dell'indagine, il 2007, solo il 46,7% delle gare è arrivato all'aggiudicazione. Si è, inoltre, verificato che il tasso di fallimento è maggiore per le iniziative di *project financing* avviate dal soggetto privato rispetto a quelle ad iniziativa del pubblico. In questo caso un fattore decisivo è rappresentato dalla circostanza per cui si verifica una maggiore corrispondenza fra l'interesse pubblico perseguito e l'opera che si va a realizzare, già preventivamente inserita negli strumenti di programmazione della PA. Tuttavia a volte, soprattutto nel *project financing* ad iniziativa privata, ma non mancano esempi eclatanti di

¹⁵¹ Queste affermazioni sono supportate dall'evidenza empirica di numerosi studi economici, per un'analisi dei quali si rinvia alla lettura di Iossa e Russo, *Potenzialità e criticità del Partenariato pubblico privato in Italia*, in Rivista di politica economica, 2008 e alla bibliografia ivi citata.

¹⁵² C. Bentivoglio, E. Panicara, A. Tidu, *Il project financing nei servizi pubblici locali: poca finanza e poco progetto?*, cit.

iniziative pubbliche, non viene effettuata una attenta valutazione della fattibilità dell'opera.¹⁵³

In linea del tutto teorica, il soggetto pubblico che predispose un'offerta per la realizzazione di un progetto dovrebbe già conoscere l'utilità dell'opera, la sua rispondenza al pubblico interesse, nonché la disponibilità dei privati ad investire in tale iniziativa. Pertanto, il rischio del mancato successo del progetto dovrebbe riguardare solo quella tipologia di opere realizzate attraverso il ricorso al *project financing* ad iniziativa privata, nell'ambito del quale si potrebbero verificare situazioni di conflitto con l'operatore pubblico, che può valutare la proposta del privato non rispondente al pubblico interesse.

Per effetto del terzo decreto correttivo, il tasso di mortalità delle iniziative dovrebbe ridursi grazie alla progressiva flessione del c.d. rischio amministrativo. Molto spesso infatti, i maggiori ritardi sono attribuibili a lungaggini burocratiche, quali ad esempio il ritardo nel rilascio di autorizzazioni o pareri. Con l'entrata in vigore delle nuove norme che hanno previsto l'indizione di una Conferenza di servizi sul progetto preliminare, tale rischio dovrebbe attenuarsi, in quanto tutte le eventuali modifiche possono essere richieste al privato prima di iniziare tutto il procedimento.

A tali fattori di insuccesso ne va aggiunto un altro, la possibilità di dover interrompere un progetto, con tutto l'aggravio di tempi e di costi che ne consegue, per le eventuali proteste dei cittadini, i quali potrebbero non vedere di buon occhio la realizzazione di quelle opere che presentano un forte impatto ambientale, il c.d. effetto *nimby, not in my back yard*.

Parlando di tasso di mortalità delle iniziative si è fatto riferimento al rischio amministrativo. Tuttavia in merito vanno fatte delle puntualizzazioni. Secondo gli operatori privati¹⁵⁴ il limite maggiore nella realizzazione di iniziative in *project financing* non risiede tanto nella farraginosità della normativa o dai problemi amministrativi di cui sopra, quanto piuttosto nella difficoltà di ottenere una remunerazione adeguata all'investimento sostenuto. Il rischio regolamentare, o amministrativo che dir si voglia, non avrebbe portata così vasta, poiché tendenzialmente nei contratti viene stabilito che il costo delle eventuali modifiche normative ricade sulla PA. Tuttavia, non si può negare che alcune tipologie di rischio sono strettamente politiche, come i cambi di esecutivo, le variazioni nelle compagini di governo e così via. Tali eventi per loro natura, sono molto difficili da prevedere, pertanto diventa pressoché impossibile cautelarsi.

¹⁵³ Si rimanda al par. sul riparto di giurisdizione per la disamina di alcuni casi in cui la PA aveva bandito gare di finanza di progetto, salvo poi accorgersi che erano presenti dei vincoli precedenti che non consentiva la realizzazione dell'opera.

¹⁵⁴ Si fa riferimento alle opinioni raccolte in uno studio della Banca d'Italia del novembre 2009, *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, cit.

E' indispensabile, quindi, una maggiore attenzione alla fase contrattuale. Attenzione che si può manifestare attraverso l'introduzione di una serie di clausole che permettano una migliore allocazione dei rischi fra privati e pubblica amministrazione. La previsione di tali clausole potrebbe inoltre essere funzionale ad evitare che la finanza di progetto venga utilizzata in maniera distortiva al solo scopo di aggirare i vincoli di bilancio.

Nonostante i dati a disposizione siano ancora piuttosto scarsi è possibile individuare alcuni effetti positivi, grazie alle modifiche intervenute in seguito dell'entrata in vigore del terzo decreto correttivo.

L'introduzione delle nuove procedure di aggiudicazione ha comportato benefici che si riflettono in una maggiore utilizzazione del *project financing* e in una riduzione dei tempi di aggiudicazione delle gare. Tali benefici traggono la loro origine dalla circostanza che sia nella procedura della gara unica, che in quella della doppia gara, le informazioni di partenza di cui può disporre il privato sono molto più chiare e complete rispetto al passato. A base di gara viene posto uno studio di fattibilità elaborato dalla PA che individua tutte le caratteristiche del progetto da realizzare, tecniche, economico – finanziarie e giuridiche.

Gli operatori del settore sembrerebbero, ad oggi, preferire di gran lunga questi schemi operativi, soprattutto per le opere di maggiore complessità, in quanto gli elementi principali sono già determinati dalla amministrazione aggiudicatrice. Tale osservazione è, ovviamente, valida in tutti quei casi in cui i soggetti privati non siano dotati di *expertise* particolari per la realizzazione di un'opera in *project financing*. In caso contrario la partecipazione del privato nella fase di progettazione rappresenta solo un vantaggio per il pubblico, poiché sopperisce alle carenze progettuali, tecniche ed organizzative della PA.

Difatti, fatta eccezione per la gara unica, le procedure di aggiudicazione sono caratterizzate da un elevato grado di complessità e da schemi piuttosto rigidi. L'esigenza di semplificazione e di snellimento delle procedure potrebbe essere realizzata attraverso l'adozione del dialogo competitivo, la cui effettiva applicazione è legata alla recentissima approvazione del Regolamento attuativo al Codice dei contratti¹⁵⁵, nonché ad un suo pratico utilizzo nei procedimenti.

Il dialogo competitivo è pressoché sconosciuto nel nostro ordinamento, quindi, prima di ergerlo a panacea di ogni male, bisognerà valutarne l'impatto reale sul nostro mercato, senza dimenticare che la stessa CE individua nel dialogo competitivo lo strumento ottimale per la

¹⁵⁵ Dpr 5 ottobre 2010, n. 207, *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture*, pubblicato sul supplemento ordinario n. 270, Gazzetta Ufficiale 10 dicembre 2010, n. 288.

procedimentalizzazione dei contratti di PPP.

La presenza di molteplici procedure di scelta del contraente, gara unica, doppia gara, promotore additivo, presenta, come ovvio, vantaggi e svantaggi. La possibilità di adottare una procedura che meglio si confà alle esigenze del pubblico e del privato in relazione alla tipologia di opera da realizzare, rappresenta un indubbio vantaggio. Di contro però, la scelta di quale procedura adottare presuppone il possesso di complicate competenze tecniche di cui la PA, soprattutto a livello di enti locali, è sprovvista. Si potrebbe, dunque, verificare la situazione in cui il soggetto pubblico si trovi ad essere nella posizione del contraente debole e, per utilizzare una terminologia economica, potrebbe essere catturato dal soggetto privato.

E', tuttavia, innegabile che in seguito all'adozione del terzo correttivo si stia verificando un, seppur lieve, miglioramento nell'utilizzazione del *project financing* in Italia. Tale effetto positivo è supportato anche dal lavoro dell' AVCP che, attraverso le proprie determinazioni, ha contribuito a fornire importanti chiarimenti da un punto di vista strettamente pratico. Quindi l'opera congiunta della nuova normativa, sostenuta dall'attività chiarificatrice dell'Autorità e dal sostegno tecnico dell' UTFP ha consentito un miglioramento sia in termini di riduzione dei tempi di aggiudicazione, sia di utilizzo di procedure più flessibili.

A questo punto per cercare di comprendere l'impatto reale della finanza di progetto in Italia, sia sul mercato, che sulla tipologia di opere realizzate, del loro valore in termini economici, della loro localizzazione sul territorio, si farà riferimento ai dati forniti dall'Osservatorio Nazionale sul *project financing*, di qui in avanti Osservatorio.

Prima di iniziare l'analisi dei dati empirici sono, tuttavia, necessarie alcune puntualizzazioni di carattere metodologico. Innanzitutto, i dati messi a disposizione nei Rapporti periodici elaborati dall'Osservatorio si presentano in forma aggregata, nel senso che si riferiscono, prevalentemente, a tutte le procedure di contratti di partenariato, senza distinguere le concessioni tradizionali dai contratti di aggiudicazione in *project financing*. Inoltre, l'oggetto di tali rapporti si basa sul numero totale di gare bandite, e dalle considerazioni precedenti, si è visto che molto spesso i progetti che hanno superato la fase della gara non giungono a conclusione, interrompendosi di fatto prima della realizzazione dell'opera o in tempi molto più lunghi di quelli preventivati. Alla luce di tali necessarie puntualizzazioni, i dati forniti dall'Osservatorio sono molto utili per comprendere le dimensioni e la diffusione del *project financing* in Italia, tenendo in debito conto di come, tuttavia, rappresentino una *proxy* del fenomeno.

Un'ultima precisazione in merito alla lettura dei dati che seguono riguarda l'orizzonte temporale preso a riferimento. Ci si limiterà ad osservare i dati raccolti nei primi mesi del 2010, ponendoli a confronto con quelli dello stesso periodo del 2009, come nel rapporto

dell'Osservatorio.

Sarebbe stato molto interessante analizzare l'evoluzione dei dati di mercato nel corso di più anni, ma non è questa la sede opportuna per tali approfondimenti. La breve disamina che seguirà è semplicemente funzionale per comprendere meglio, con l'ausilio di dati numerici, il reale impatto della finanza di progetto e dei contratti di PPP sul mercato delle opere pubbliche in Italia.

Nei primi mesi del 2010, da gennaio ad agosto, il mercato del PPP, ha fatto registrare un nuovo incremento per numero di gare bandite. La crescita rispetto allo stesso periodo del 2009 è del 62%.¹⁵⁶ A tale incremento non corrisponde, tuttavia, un aumento del valore dei progetti, confermando quanto detto in precedenza, aumentano il numero delle gare ma ne diminuisce il valore. Nel periodo analizzato la contrazione degli importi dei progetti messi a gara è del 19,8%.¹⁵⁷

Un altro dato interessante è rappresentato dall'incidenza dei contratti di PPP sul totale delle opere pubbliche realizzate in Italia, in rapporto, quindi, alle tradizionali procedure di appalto. Secondo i dati dei primi otto mesi del 2010 ci si attesta sul 25,5% del mercato delle opere pubbliche, una percentuale inferiore rispetto all'anno precedente che era intorno al 30%. Tale contrazione può essere imputabile più a carenze finanziarie del settore privato che ad un reale disinteresse nei confronti del PPP, ed anche alla circostanza per cui sono stati aggiudicati numerosi contratti di appalto di notevole peso economico.

Per quanto concerne il fattore della localizzazione delle opere, le regioni del Nord e del Centro Italia si sono aggiudicate il maggior numero di gare, nell'ordine Lombardia, Emilia Romagna. Toscana e Piemonte, seguite, subito dopo, dalla Campania che, fra le regioni del Sud, è sicuramente quella che ha fatto maggiormente ricorso ai contratti di PPP.

Il settore che più di ogni altro ha beneficiato dei contratti di PPP, ed in particolare di *project financing*, è stato quello dei servizi a rete, grazie ad un aumento esponenziale delle gare

¹⁵⁶ Nel periodo compreso fra gennaio ed agosto del 2010 sono state bandite 1917 gare di PPP contro le 1183 dello stesso periodo del 2009. I dati qui riportati sono consultabili sul sito dell'Osservatorio nazionale sul Project Financing, www.infopieffe.it e si riferiscono al rapporto *Il mercato del PPP in Italia. Gennaio – Agosto 2010*.

Oltre alla banca dati dell'Osservatorio, dalla quale si è deciso di attingere, ne esistono molte altre, spesso a carattere regionale. Fra queste la più importante è l'Osservatorio Regionale sulla finanza di progetto, che vede la collaborazione della regione Lombardia con l'associazione Finlombardia. Per la consultazione dei rapporti periodici si rimanda la sito internet www.projectfinance.it.

¹⁵⁷ L'ammontare degli importi dei progetti messi a gara è scesa a 6 miliardi di euro a fronte dei 7 miliardi e 400 milioni dello stesso periodo del 2009.

per la realizzazione di impianti fotovoltaici, che in questi ultimi anni stanno conoscendo una vera e propria esplosione. Seguono i settori più tradizionali, quello delle infrastrutture stradali in primis. Tutte e tre le gare bandite in questo periodo dall'Anas sono state aggiudicate con il *project financing*.¹⁵⁸

I contratti di partenariato in generale e il *project financing* in particolare, in Italia sono utilizzati nei campi più svariati, si va dal settore delle reti, acqua, gas, energia elettrica, telecomunicazioni, fino ad arrivare al mercato dei beni culturali, passando attraverso le infrastrutture di trasporto, autostrade, collegamenti ferroviari, linee metropolitane che rappresentano indubbiamente il settore più importante in termini di investimenti finanziari. Pertanto, i settori che vedono l'utilizzo di tali forme di contratti sono fortemente eterogenei e non è possibile, quindi, stabilire delle linee guida per intraprendere iniziative di *project financing* che siano uguali per tutti.

Da ultimo va sottolineato come nella stragrande maggioranza delle gare bandite i soggetti committenti siano stati i Comuni, a conferma della particolare attenzione al mercato del PPP di questi ultimi che si affidano a tali tipologie di contratti per far fronte ai propri investimenti in un periodo caratterizzato da ristrettezze e da forti limiti di spesa.¹⁵⁹

Inoltre, sulla base dei dati raccolti dall'Osservatorio si evidenzia una prevalenza della procedura della gara unica, rispetto alle altre tipologie previste nel terzo correttivo. Tale preferenza è attribuibile principalmente a quello che potremo definire come fattore tempo. Difatti, tale procedura richiede tempi più brevi, inoltre il privato può utilizzare una procedura abbastanza standardizzata nella quale gran parte del lavoro di progettazione è stato svolto dall'amministrazione. Pertanto, si riducono i tempi per la realizzazione delle opere in finanza di progetto, ma, contemporaneamente, si verifica una sorta di snaturamento di tale tipologia contrattuale. L'attività innovativa del privato è, soprattutto in questa procedura, fortemente limitata alla mera realizzazione e successiva gestione di un progetto, i cui elementi essenziali sono il frutto dell'elaborazione dell'amministrazione e non del privato, la cui figura si allontana sempre più dal promotore, per avvicinarsi al vecchio concessionario.

¹⁵⁸ Nel dettaglio ci si riferisce al collegamento fra Ragusa e Catania, al raccordo A23 – A28 fra Cimpello e Sequals e al collegamento fra il porto di Ancona e la grande viabilità.

¹⁵⁹ Oltre l'83% del mercato nazionale per numero di gare bandite riguarda vede i comuni protagonisti nel ruolo di committenti, e il 32% in termini di importi. Rispetto allo stesso periodo del 2009 si è verificato un incremento del 60% sia per numero sia per importi delle opere messe a gara.

2. La natura della scelta del contraente privato nella prima formulazione del Codice dei contratti

Nell'ambito delle procedure di scelta del soggetto privato per la realizzazione di un progetto attraverso la tecnica del *project financing*, il legislatore italiano non ha stabilito in maniera chiara ed univoca quali siano le regole che debbano essere applicate a tale procedimento.

La normativa contenuta nella prima versione del Codice dei Contratti, d.lgs. n. 163/2006, riprende pedissequamente la previsione originaria contenuta negli artt. 37 *bis* e ss. della legge n. 109 del 1994 e successive modifiche ed integrazioni, e non contempla in alcun punto se alle procedure di scelta del promotore si debbano applicare le regole della evidenza pubblica o se, al contrario, ci si muova nel campo della tipica discrezionalità amministrativa.

Leggermente più chiaro, su questo punto, sembrerebbe il legislatore del terzo decreto correttivo, d.lgs n. 152 del 2008, che nella nuova formulazione dell'art. 153 parla esplicitamente di gara per le procedure contemplate nei commi 1 – 14, la c.d. gara unica, e nel comma 15, la c.d. gara bifasica, salvo poi tornare, nelle procedure previste dai commi 16 – 18, alla previsione di un generico “avviso”.

Nell'ultima versione del Codice sembrerebbe quindi verificarsi una netta prevalenza delle regole dell'evidenza pubblica. Permangono tuttavia, come si avrà modo di verificare dallo studio dettagliato della normativa, talune incertezze. Nel prosieguo si cercherà quindi di chiarire quali siano le regole alle quali devono sottostare le procedure che portano alla aggiudicazione del contratto nell'ambito della procedura di finanza di progetto.

Si procederà, pertanto, all'analisi della normativa contenuta nella prima versione del Codice dei contratti integrata di volta in volta con le pronunce della giurisprudenza, procedendo, in un seconda parte, allo studio della medesima normativa alla luce delle importanti modifiche intervenute con il terzo decreto correttivo. Risulta evidente che, in quest'ultimo caso, non potremo avere il supporto della giurisprudenza, si dovrà, quindi, limitare lo studio alla sola analisi della normativa e della dottrina.

L'interrogativo posto sia dalla normativa, sia dalla giurisprudenza ha riguardato, soprattutto, la disciplina da applicare alla fase di valutazione della proposta. In particolare, durante tale fase “è sufficiente il rispetto del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, siccome riflesso nella disposizione di cui all'art. 12 della legge n. 241 del 1990¹⁶⁰ e nei principi

¹⁶⁰ Ci si riferisce alla legge sul procedimento amministrativo che, all'art. 12, stabilisce “le concessioni di sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a

che sovrintendono all'esercizio della funzione amministrativa, o è necessaria la rigorosa applicazione delle regole sull'evidenza pubblica? Più in sintesi: occorre che l'amministrazione *sia* imparziale o deve essere addirittura neutrale?"¹⁶¹ Nel valutare la rispondenza della proposta al pubblico interesse il soggetto pubblico potrà esercitare un certo grado di discrezionalità amministrativa o dovrà rispettare i rigidi vincoli della gara?

Prima di entrare nel merito dell'indagine sia consentita una breve ma necessaria puntualizzazione di ordine semantico. Nel corso del presente paragrafo si parlerà più volte di discrezionalità amministrativa, quest'ultima, tuttavia, non verrà considerata nella sua accezione classica.¹⁶²

persone ed enti pubblici e privati sono subordinate alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle amministrazioni procedenti, nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti, dei criteri e delle modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi”.

¹⁶¹ Gian Franco Cartei, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico – privati: profili critici*, in *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, a cura di Cartei, Editoriale Scientifica, Napoli 2008

¹⁶² Il concetto di discrezionalità amministrativa è stato introdotto in Francia nel corso del XIX secolo e, da allora, divenuto uno dei temi più dibattuti del diritto amministrativo. Il suo significato letterale è, come ovvio, profondamente cambiato attraverso le logiche evoluzioni che ha subito la materia nel corso degli anni. Vale la pena rammentare che attraverso il concetto di discrezionalità amministrativa in origine si faceva riferimento a quegli atti che non erano sindacabili dal giudice. Il suo era pertanto un semplice valore processuale. Solo con l'evoluzione della giustizia amministrativa e l'introduzione, dapprima in Francia, poi in Germania e in Italia, dei vari organi di giustizia amministrativa, la discrezionalità diventa “un attributo dei poteri della amministrazione. Atto discrezionale significherà così atto emesso in esercizio di attività (potere) discrezionale.”(Giannini, *Diritto amministrativo*, p. 46.)

Si arriva così ad una concezione della discrezionalità piuttosto distante dal suo significato originario fino ad essere definita, sempre da Giannini, quale *agire libero dell'amministrazione quando si pone come autorità* che è chiamata a effettuare una scelta fra più soluzioni possibili. Scelta ovviamente molto complessa in quando si cerca di ponderare fra loro “più interessi secondari in ordine ad un interesse primario. Gli interessi secondari da ponderare sono pubblici, collettivi e privati e non devono essere necessariamente tutelati dall'ordinamento; basta che esistano di fatto; l'interesse primario è sempre un interesse pubblico” (Giannini, *Diritto amministrativo*, p.49).

Il pensiero di Giannini viene ripreso da Caringella che nel suo *Corso di diritto amministrativo* fornisce una disamina delle teorie elaborate sulla nozione e sui caratteri della discrezionalità amministrativa che consta di due momenti fondamentali, quello del giudizio e quello della volontà. In particolare: “Il giudizio si concreta nell'individuazione e nell'analisi dei fatti e degli interessi, quello primario e quelli secondari, sulla base di un'istruttoria da condurre secondo i principi sanciti dalla legge n. 241/1990. La scelta, invece, è il momento in cui l'amministrazione, alla luce delle risultanze del giudizio, mediante il quale ha fissato una mappa degli interessi rilevanti, adotta la soluzione che ritiene più opportuna e conveniente per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico primario. Questa scelta, che costituisce l'essenza della discrezionalità amministrativa, per non essere arbitraria, deve essere effettuata nel rispetto di determinati parametri, quali il rispetto dell'interesse pubblico primario, il perseguimento del fine rispondente alla causa del potere esercitato, il rispetto dei principi di logica, imparzialità e ragionevolezza (...). Il mancato rispetto di questi parametri, oltre che, come visto in precedenza, la mancata o insufficiente considerazione degli interessi dei

L'utilizzo di tale espressione sarà piuttosto funzionale all'argomento, trattato così come utilizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina consultate, nell'ambito delle quali è ripreso in una versione spuria e come termine di comparazione per le procedure di gara ad evidenza pubblica.

In ogni caso quello che qui interessa maggiormente è sottolineare come nel concetto di discrezionalità si ravveda anche quello di scelta fra molteplici interessi tutti meritevoli di tutela. In particolare per dirla con le parole di Giannini “...la scelta dell'autorità amministrativa spazia in un ambito circoscritto da norme: quando l'amministrazione agisce, deve curare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza; la sua scelta è perciò finalizzata: deve essere la più opportuna in ordine ad un pubblico interesse nel caso concreto.”¹⁶³

Quindi, intesa in tal senso, l'amministrazione nell'esercizio della sua discrezionalità dovrà scegliere la soluzione migliore per realizzare l'interesse pubblico, “primario”, tenendo conto di altri interessi, “secondari”, coinvolti, siano essi pubblici o privati. Pertanto, questa visione della discrezionalità amministrativa quale ponderazione comparativa degli interessi coinvolti risulta essere pienamente funzionale all'analisi che seguirà.¹⁶⁴

Dopo questa breve puntualizzazione, si può tornare al quesito precedente, per la cui risposta bisogna necessariamente partire dall'analisi del dato normativo. Come detto si procederà prima alla disamina della normativa contenuta nella prima versione del Codice, integrata con le pronunce giurisprudenziali in merito. Si tratterà brevemente del secondo decreto correttivo, per poi tornare sull'ultima modifica contenuta nel terzo decreto correttivo, d.lgs. n. 152 del 2008.

In base al dettato degli artt. 153 – 155 del d.lgs. n. 163 del 2006, si giunge all'aggiudicazione della concessione attraverso un meccanismo che, schematizzando, si concretizza in tre fasi, scelta del promotore, gara per l'individuazione dei due competitori ed infine scelta del concessionario. Per quanto qui interessa, procedendo alla lettura dell'art. 153 non si trova alcun riferimento ad una procedura di gara, ma piuttosto ad un generico “avviso indicativo” nel quale si rendono noti i lavori da realizzare mediante finanza di progetto.

soggetti coinvolti dall'azione amministrativa, comporta l'illegittimità dell'atto amministrativo sotto il profilo dell'eccesso di potere”, Caringella, *La discrezionalità amministrativa ed il relativo sindacato giurisdizionale*, p. 1224. Per una completa disamina dell'evoluzione del concetto di discrezionalità amministrativa si rimanda per tutti a M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, III edizione, Milano Giuffrè, 2003. E dello stesso autore, *Istituzioni di diritto amministrativo*, II edizione, Giuffrè, 2000.

¹⁶³ Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, op. cit., volume secondo, p. 48.

¹⁶⁴ In tal senso anche P. Lazzara che nel *Dizionario di diritto amministrativo*, di Clarich e Fonderico, op.cit., dove afferma che “la discrezionalità amministrativa consiste in un margine di apprezzamento e di valutazione riconosciuto alla pubblica amministrazione affinché possa adottare tra più soluzioni possibili, quella più adatta alla cura concreta dell'interesse pubblico” p. 237.

Il successivo art. 154, “valutazione della proposta”, individua, invece, i criteri in base ai quali l'amministrazione aggiudicatrice procederà a tale valutazione “(...) 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, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse”.

Durante questa fase preliminare si incontra la prima importante selezione rappresentata dall'individuazione della proposta, fra quelle presentate, che dovrà rispondere sia ai requisiti tecnico - economici individuati nella formulazione dell'articolo suindicato, sia alla rispondenza della stessa al pubblico interesse.

Il titolo del successivo art. 155, “indizione della gara”, permette di fugare ogni dubbio sulla natura concorsuale di tale fase che porterà all'aggiudicazione della concessione.

Brevemente: l'amministrazione bandisce una gara assimilabile alla licitazione privata, e pone a base di gara il piano economico finanziario e il progetto preliminare del promotore. Scopo del confronto comparativo è quello di individuare le due offerte migliori che saranno successivamente poste a confronto con quella del promotore nella successiva procedura negoziata.¹⁶⁵ In mancanza di offerte la proposta del promotore è vincolante per lo stesso ed inoltre quest'ultimo ha il diritto di essere preferito ai soggetti individuati nell'art. 155 laddove adegui la propria offerta alla migliore fra quelle presentate, aggiudicandosi così la concessione.

Non esistono, pertanto, dubbi sul fatto che questa ultima fase della procedura sia caratterizzata dalla rigida applicazione delle regole di gara dell'evidenza pubblica¹⁶⁶. Per

¹⁶⁵ Per un'analisi dettagliata della procedura ex art. 155 si rimanda al Capito secondo.

¹⁶⁶ Per la nozione di evidenza pubblica si veda per tutti Massimo S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè 1970. L'autore fornisce dapprima una spiegazione sul perché il contratto ad evidenza pubblica sia stato introdotto nella nostra legislazione. Le ragioni sono sia di ordine pratico, per porre un freno agli abusi dei fornitori dello Stato, in particolare per le forniture militari, sia per esigenze di coerenza con il sistema del diritto amministrativo, e soprattutto con il principio di legalità. Viene poi fornita una descrizione del contratto ad evidenza pubblica che “(...) consta di due procedimenti paralleli: l'uno è il procedimento di formazione della volontà contrattuale quale disciplinato, con alcune varianti, dalle norme di diritto privato; l'altro è un procedimento amministrativo che si sviluppa tra l'autorità che intende concludere e/o ha concluso il contratto (che diremo autorità contrattante) e l'autorità che su di essa esercita il controllo. In tale procedimento l'autorità contrattante spiega le ragioni di pubblico interesse per le quali vuol addivenire o è addivenuta a quel contratto avente quel certo contenuto, e perché vuol scegliere o sceglie o ha scelto quella controparte; la seconda controlla i giudizi le decisioni e le

comprendere meglio di cosa si sta parlando sia consentita una breve ricostruzione di quella che con Giannini tutti chiamiamo evidenza pubblica¹⁶⁷.

L'origine di tali procedure si ravvisa nella normativa contabilistica dello Stato, l. n. 2248 del 1865, dove le regole dell'evidenza pubblica rappresentavano la modalità tipica per la scelta del contraente. In tale ambito erano poste esclusivamente a tutela dell'amministrazione per controllare al meglio l'utilizzo delle risorse pubbliche.

Solo a partire dagli anni settanta del XX secolo, con l'adozione delle prime direttive comunitarie sugli appalti e la relativa disciplina di recepimento, ha inizio una vera e propria evoluzione, per effetto della quale, il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica non risulta più essere legato alla tutela degli interessi economici dello Stato, ma all'esigenza di aprire al mercato e alla concorrenza il settore dei contratti pubblici.¹⁶⁸ Pertanto attraverso l'adozione delle procedure di evidenza pubblica si cerca di limitare o, di controllare, la discrezionalità della PA aggiudicatrice, e di inserirla all'interno di procedimenti tipizzati per individuare l'offerta migliore.¹⁶⁹

Si è, quindi, brevemente osservato come i contratti pubblici, in primo luogo l'appalto, e poi anche la concessione, siano stati sottoposti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica. Rimane da comprendere, ai fini della presente analisi, se e come tali regole trovino applicazione nelle procedure di finanza di progetto.

procedure a cui la prima intende addivenire o è addivenuta.” Ed ancora, “I contratti ad evidenza pubblica, (...), non formano invece una categoria come le tre or dette, (ci si riferisce alla distinzione precedente in contratti ordinari, speciali, e ad oggetto pubblico, contenuta nella parte precedente dello scritto), ma stanno a sé, come categoria contraddistinta da una particolare procedura di conclusione; sono cioè una categoria procedimentale, che dal punto di vista sostanziale può essere applicata a contratti ordinari, speciale e ad oggetto pubblico”, p. 670.

¹⁶⁷ Per una breve ma puntuale descrizione sull'evoluzione del concetto di evidenza pubblica si veda R. Giani, *Procedura di gara e scelta del concessionario alla luce della giurisprudenza e delle novità del terzo correttivo*, e bibliografia ivi citata, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, a cura di Cartei e Ricchi, Editoriale Scientifica, Napoli, 2010. In linea con la nuova visione dell'evidenza pubblica è anche la giurisprudenza amministrativa più recente secondo la quale “ l'evidenza pubblica non è più un procedimento volto a garantire essenzialmente gli interessi pubblici – finanziari e amministrativi – delle amministrazioni procedenti, ma è una procedura finalizzata a tutelare anche e soprattutto *la libertà di circolazione e di concorrenza nel mercato europeo*”, Consiglio di Stato, sez. VI, 20 maggio 1995, n. 498.

¹⁶⁸ Secondo la ricostruzione di M. D'Alberti “ l'evidenza pubblica non è più un procedimento volto a garantire essenzialmente gli interessi pubblici – finanziari e amministrativi – delle amministrazioni procedenti, ma è una procedura finalizzata a tutelare anche e soprattutto *la libertà di circolazione e concorrenza nel mercato europeo*”, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Dir. Amm. 2008

¹⁶⁹ S. Vinti, *L'evidenza pubblica*, in *I contratti della pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, Torino, 2007.

Il problema qualificatorio permane nell'ambito della prima fase di valutazione della proposta nella quale, come visto, il legislatore non risolve alcun nodo interpretativo, anzi contribuisce a complicare l'analisi, evocando un confronto comparativo fra le proposte che verranno poi valutate sulla base della rispondenza al pubblico interesse. In questo modo da un lato si parla di competizione e quindi di gara, dall'altro si stabilisce che tale confronto avverrà sulla base di un parametro tipicamente discrezionale, nonché difficilmente ponderabile, quale è il pubblico interesse.

La valutazione della proposta da parte dell'Amministrazione si articola quindi in una duplice fase. Innanzitutto una valutazione meramente tecnica di fattibilità della proposta sulla base di tutti i parametri indicati nell'art. 154. Verificata l'assenza di elementi ostativi, si procede alla valutazione di rispondenza al pubblico interesse.

Potrebbe, pertanto, accadere che in presenza di più proposte, tutte giudicate in modo favorevole, non venga scelta quella “migliore” dal punto di vista tecnico ma un'altra che meglio risponda all'interesse pubblico.¹⁷⁰

Secondo parte della giurisprudenza¹⁷¹ le fasi che portano all'aggiudicazione della concessione sono *logicamente e cronologicamente distinte*. Nella prima che può essere definita di “promozione dell'opera pubblica” viene valutata la fattibilità della proposta e la sua corrispondenza al pubblico interesse. Nella seconda viene analiticamente disciplinata l'aggiudicazione della concessione e i rapporti intercorrenti fra la PA e il soggetto privato.

Del medesimo avviso è anche il Tar Toscana che nella sentenza n. 2860 del 2004, sull'analisi della quale si tornerà nel prosieguo per analizzare la natura della fase di valutazione della proposta, stabilisce che “la fase della finanza di progetto di individuazione della proposta ritenuta di pubblico interesse, è distinta per struttura e funzione rispetto a quella successiva della procedura concorsuale per la scelta del concessionario”.

Al contrario, secondo altro orientamento, “la struttura del procedimento delineato non consente di tracciare una netta linea di confine fra le due sotto fasi che finiscono per sovrapporsi. Ed invero gli stessi elementi utilizzati per la valutazione della fattibilità di una proposta vengono in considerazione ai fini della valutazione della sua rispondenza al pubblico interesse, pur richiedendo un esame condotto su un piano diverso”¹⁷².

Dello stesso avviso è il Consiglio di Stato che, con la pronuncia n. 7869 del 2008, fornisce importanti chiarimenti, innanzitutto spiegando che la procedura contenuta nell'art. 153

¹⁷⁰ Tar Puglia, Bari, 19 maggio 2004 n. 3877

¹⁷¹ Tar Veneto, Venezia, Sez. I, 7 aprile 2010.

¹⁷² Tar Campania, Sez. VIII n. 3206/2009.

prevede una serie di sub-procedimenti, il primo di selezione del progetto di pubblico interesse, poi di gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto selezionato. Quest'ultima fase è a sua volta scindibile nella individuazione delle due offerte economicamente più vantaggiose e nella successiva procedura negoziata fra queste ultime e la proposta del promotore “(...) ma deve piuttosto configurarsi una fattispecie a formazione progressiva il cui scopo finale (l'aggiudicazione della concessione) si realizza attraverso le descritte (e progressive) fasi che non sono solo funzionalmente collegate, ma biunivocamente interdipendenti, così che la prima non è logicamente e cronologicamente concepibile senza la seconda e viceversa, con la ulteriore e definitiva conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome, non potendo essere separate tra di loro a pena della stessa esistenza della procedura”.¹⁷³

Indipendentemente dalla possibilità di ricostruire il procedimento in senso unitario o meno, quello che qui interessa è comprendere la natura di tale iter procedimentale, in quanto, come visto, il quadro normativo non è affatto lineare. In tal senso si può, attraverso la disamina di alcune pronunce del giudice amministrativo, cercare di comprendere se la fase di valutazione della proposta e di corrispondenza della stessa al pubblico interesse, sia assimilabile alle procedure dell'evidenza pubblica o se ci si trovi nell'ambito della tipica discrezionalità amministrativa. Considerando, come visto, l'equivocità del dato normativo non è un caso che la giurisprudenza abbia sviluppato in merito orientamenti interpretativi non univoci.

Consideriamo, innanzitutto una serie di pronunce che, ad un primo approccio, potrebbero sembrare minoritarie, più propense a qualificare la fase di valutazione della proposta come una vera e propria gara.

In tal senso il Tar Campania nella sentenza del 12 settembre del 2008, n. 10100, stabilisce che nello scegliere l'offerta che sia in grado di soddisfare al meglio le pubbliche esigenze, la procedura di *project financing* deve rispondere ai canoni di imparzialità che connotano i procedimenti dell'evidenza pubblica.¹⁷⁴

Dello stesso avviso, il Tar Toscana¹⁷⁵ che, compiendo un passo indietro, afferma che nonostante la legge non proceduralizzi l'attività di valutazione dell'amministrazione facendo esplicito riferimento alle procedure di gara, tale operazione riveste natura paraconcorsuale e deve svolgersi nel rispetto dei principi di *par condicio* e trasparenza. Pertanto “non appare plausibile sostenere che la fase di scelta del promotore – pur con le sue peculiarità – non debba rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare per la scelta del contraente in

¹⁷³ Dello stesso avviso è anche il Consiglio di Stato, Sez. V, 17 novembre 2006 n. 6727.

¹⁷⁴ Tar Campania, Napoli, Sez I, 12 settembre 2008 n. 10100.

¹⁷⁵ Tar Toscana, Sez. II, 2 agosto 2004 n. 2860.

materia di opere e servizi”.

Per giustificare tale affermazione, il giudice fiorentino argomenta individuando, in primo luogo, l'esistenza di un “nesso di presupposizione funzionale”, fra le proposte del promotore dichiarate di pubblico interesse e l'indicazione dell'oggetto della successiva gara, nel progetto preliminare del promotore. Secondo tale punto di vista, il semplice rapporto di correlazione fra le due fasi, scelta del promotore e aggiudicazione della concessione, permette di estendere ad ambedue i procedimenti quei principi di gara che caratterizzano in maniera esplicita solo il secondo.

Il giudice sottolinea, inoltre, il dato normativo laddove si parla di esame comparativo fra le proposte presentate. Continua, quindi, nella sua pronuncia sulla linea della gara sottolineando la necessità di predisporre una serie di pesi e punteggi attraverso i quali procedere all'esame delle proposte per arrivare alla scelta di quella che sia in grado di rispondere al meglio al pubblico interesse.

Esprime parere contrario il Consiglio di Stato¹⁷⁶, che va a riformare la decisione del giudice di prime cure, secondo cui non si possono applicare al procedimento di scelta del promotore le regole dell'evidenza pubblica in quanto la caratteristica fondamentale della finanza di progetto è rappresentata dalla circostanza per cui la proposta che dovrà essere sottoposta al vaglio dell'amministrazione aggiudicatrice non è ancora definita in tutti i suoi elementi progettuali.

Compito dell'Amministrazione sarà proprio quello di valutare prima la fattibilità tecnica, ruolo che sarà svolto dalla commissione giudicatrice, per procedere poi all'esame della proposta sotto il profilo del pubblico interesse. Pertanto “si è nell'ambito della tipica discrezionalità amministrativa, governata, per quanto non espressamente previsto dalla norma speciale dalla disciplina generale del procedimento amministrativo.”¹⁷⁷

Nella parte in diritto della sentenza suindicata in Consiglio di Stato riprende la

¹⁷⁶ Consiglio di Stato, Sez. V, 10 novembre 2005 n. 6287 e, più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. V, 23 marzo 2009, 1741.

¹⁷⁷ Sulla stessa linea è altresì interessante la posizione espressa dal Tar Puglia, Bari, Sez. I, 9 settembre 2004 n. 3877, che afferma come “non possono istituirsi analogie e parallelismo di sorta tra una gara di appalto a licitazione privata con aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui, proprio in vista dell'aggiudicazione del contratto è imprescindibile che gli elementi valutativi siano graduati dalla *lex specialis* di gara in ordine di importanza, o anche di un appalto concorso, ed una procedura selettiva intesa ad individuare una proposta di project financing. Certamente nulla vieta all'amministrazione di fissare nell'avviso di selezione, se ritiene, i valori numerici da aggregare agli elementi valutativi normativamente indicati, ma del pari nulla impone di farlo”

determinazione dell'Autorità di settore del 2001¹⁷⁸ secondo la quale l'attività di valutazione della proposta è tipicamente discrezionale in quanto concerne la comparazione degli interessi rilevanti al momento attuale.

Le argomentazioni del Consiglio di Stato sono state, inoltre, di recente riprese dalla Sez. V dello stesso Consiglio nella sentenza del 23 marzo 2009, n. 1741, nella quale si indica come l'Amministrazione eserciti un “alto grado” ovvero “il massimo margine” di discrezionalità.¹⁷⁹ Pur tuttavia indicando esplicitamente che la procedura di scelta del promotore deve articolarsi in un confronto concorrenziale fra più proposte che non sono soggette alla rigorosa applicazione delle regole di gara ma sono caratterizzate da “maggiore elasticità e libertà da formalismi”.¹⁸⁰

Ed ancora, per sottolineare l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁸¹ ha recentissimamente ripreso le medesime posizioni stabilendo che la fase di scelta del promotore e della rispondenza della sua proposta al pubblico interesse è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa in quanto concerne la valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico, ancorché sia una fase in qualche misura procedimentalizzata e, entro certi limiti, sottoposta al sindacato del giudice amministrativo.

Attraverso la disamina di queste pronunce sembra chiaro come, nella finanza di progetto, l'iter che porta alla aggiudicazione della concessione risulta essere diverso rispetto alle comuni procedure di evidenza pubblica, essendo caratterizzato da una articolazione in varie fasi e, soprattutto, da una costante “contrattazione” fra PA e privati. In tal senso l'art. 155 parla di eventuali modifiche del progetto preliminare presentato dal promotore e posto a base di gara, quindi, l'integrazione della proposta da parte dell'aspirante concessionario, già prevista nella formulazione originaria del Codice e ripresa poi nel terzo decreto correttivo, rappresenta uno degli elementi distintivi della finanza di progetto, che la allontana dai comuni contratti di appalto

¹⁷⁸ Avlp determinazione n. 20 del 2001 il cui testo è disponibile sul sito internet dell'Autorità.

¹⁷⁹ Ambedue le pronunce del Consiglio di Stato sono state recentissimamente riprese dal Tar Campania nella sentenza del 1 luglio 2010 n. 16542.

¹⁸⁰ Il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento, n. 1741 del 23 marzo 2009, riprende, a sostegno delle posizioni ivi espresse, la pronuncia del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – sez. giurisdizionale del 29 gennaio 2007, n. 7, in base al quale “l'esame delle proposte e la scelta del promotore non sono vincolati per legge alle rigide forme dell'evidenza pubblica”.

¹⁸¹ Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 1 del 15 aprile 2010 secondo cui “(...) al contrario la scelta del promotore, ancorché in qualche misura procedimentalizzata e quindi entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore”.

e di concessione. In questa fase preliminare “si affaccia la natura ancipite della finanza di progetto, sospesa a metà tra le garanzie che presiedono alle gare pubbliche e la necessità che la procedura non inasprisca i tradizionali canoni dell'evidenza pubblica, ma consenta all'amministrazione di individuare la migliore proposta e di verificare fino a che punto l'interesse del privato possa corrispondere al pubblico interesse.”¹⁸²

Lo scopo ultimo di tale negoziazione, e, in generale, della finanza di progetto, è proprio quello di garantire la migliore corrispondenza fra opera da realizzare e garanzia del pubblico interesse.

Alla luce di tale ultima osservazione si può ravvisare la natura e lo scopo della finanza di progetto dove, nell'ambito della fase di valutazione, non sono definite nel dettaglio tutte le caratteristiche concernenti la costruzione e la gestione del progetto che si intende realizzare. Anche la giurisprudenza ha più volte sottolineato come “ la possibilità di integrazione della proposta su richiesta dell'Amministrazione costituisce manifestazione del carattere “collaborativo” della procedura di scelta del promotore, finalizzata a consentire alla stazione appaltante, con ampia discrezionalità, di individuare la proposta più rispondente all'interesse pubblico.”¹⁸³

Pur non rientrando nell'ambito delle regole di gara dell'evidenza pubblica ma solo alla disciplina generale sul procedimento amministrativo, l'attività valutativa della PA deve svolgersi all'insegna dei criteri di *par condicio* e trasparenza, in quanto la scelta del promotore è volta a realizzare l'interesse pubblico.

Ed inoltre, l'art. 152 del d.lgs. 163/2006 stabilisce espressamente che alle procedure di finanza di progetto si applicano le disposizioni della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici), nonché, in quanto non incompatibili con la disciplina specifica dettata per le menzionate procedure , le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari) del codice dei contratti pubblici. Pertanto, secondo le pronunce del giudice amministrativo,¹⁸⁴“le procedure in parola non possono dirsi sottratte ai principi e alle regole di *par condicio* e trasparenza. A tali principi e regole vanno affiancati quelli di *favor participationis* e di tutela dell'affidamento.”

¹⁸² Cartei, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico – privati: profili critici*, op. cit.

¹⁸³ Tar Puglia, Bari, Sez. I, 5 aprile 2006, n. 1117.

¹⁸⁴ Tar Campania, Napoli Sez. VIII, sentenza del 1 luglio 2010 n. 16542

3. La natura della fase di scelta del soggetto privato nel secondo decreto correttivo.

Prima di proseguire lo studio attraverso la disamina della normativa così come modificata dal d.lgs. n. 152 del 2008, è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, su quello che potremo definire “ il passaggio intermedio” del Codice dei contratti, il d.lgs. n. 113 del 2007, il c.d. secondo correttivo¹⁸⁵. Lo snodo centrale di tale modifica normativa è stato l'espunzione del diritto di prelazione a favore del promotore¹⁸⁶.

Non si può negare come la previsione di tale diritto abbia fortemente condizionato la fase di scelta della proposta. Difatti, conferendo al promotore, la facoltà di adeguare la propria proposta a quella giudicata più conveniente, si è verificata una sorta di corrispondenza perfetta fra promotore e concessionario. Il soggetto nominato promotore si vedeva aggiudicare la concessione in maniera pressoché automatica.

L'art. 2 del d. lgs. n. 113 del 2007, in seguito alla nota procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia, ha abolito tale diritto. L'espunzione del diritto di prelazione a favore del promotore ha avuto quale effetto pratico quello di trasformare la fase di valutazione della proposta in una procedura ad evidenza pubblica¹⁸⁷.

A sostegno di questa tesi si è pronunciata anche l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con la determinazione n. 8 del 2007¹⁸⁸. Secondo cui l'avviso indicativo, nella prima formulazione, rispondeva alla semplice funzione di pubblicità notizia dell'intenzione dell'amministrazione di realizzare opere pubbliche facendo ricorso alla finanza di progetto. Per effetto della modifica intervenuta il medesimo avviso diviene un atto assimilabile ad un bando di gara per l'avvio del procedimento ad evidenza pubblica. E, pertanto, la fase di scelta del promotore deve rispondere ai canoni procedurali che caratterizzano le vere e proprie gare.

Secondo le indicazioni della autorità di settore l'avviso indicativo deve contenere una

¹⁸⁵ D.lgs. n. 113 del 31 luglio 2007, *Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, a norma dell'articolo 25 comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004)*, pubblicato in G.U. n. 176 del 31 luglio 2007.

¹⁸⁶ Per tutti i dettagli sull'evoluzione normativa del diritto di prelazione, si rimanda al par. 4 del capitolo primo.

¹⁸⁷ Per un approfondimento si veda Cartei, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico privati: profili critici*, op.cit.

¹⁸⁸ Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Diritto di prelazione nelle procedure di project Financing e disciplina transitoria applicabile a seguito del d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113*, determinazione n. 8 dell'11 ottobre 2007. Il testo completo è disponibile sul sito internet dell'Autorità, www.avlp.it.

serie di indicazioni: l'oggetto della proposta, il termine entro il quale deve essere presentata, i requisiti del potenziale promotore, la prefigurazione delle successive fasi della procedura in corso, gli eventuali “vantaggi” attribuiti al promotore, ed infine, i criteri di valutazione della proposta. Queste caratteristiche così specifiche *fanno dell'avviso de quo un atto assimilabile ad un bando di gara* e segnano l'avvio di un procedimento ad evidenza pubblica.

4. La natura della fase di scelta del contraente privato nell'ultima versione del Codice dei contratti

A questo punto non rimane che analizzare il dato normativo contenuto nel terzo decreto correttivo per verificare, alla luce delle importanti modifiche ivi contenute, se la valutazione della proposta possa essere considerata un procedimento amministrativo ad esito discrezionale o, piuttosto, un procedimento contrattuale ad evidenza pubblica.

Il d.lgs. n. 152 del 2008 riscrive completamente l'art. 153. Nella nuova formulazione sono previste differenti procedure di scelta per individuare il soggetto concessionario. Se nelle procedure indicate nella prima parte dell'articolo, commi 1 – 15, il dettato normativo è assolutamente chiaro riguardo la loro convergenza verso procedure di gara, permangono molte incertezze sulle procedure contenute nella seconda parte, commi 16 – 18.

Nell'ambito della prima procedura, art. 153 commi 1 – 14, sono state pienamente accolte le osservazioni dell'autorità di settore contenute nella determinazione n. 8 del 2007. Secondo tale articolo si procede attraverso la pubblicazione di un bando di gara finalizzato alla presentazione delle offerte¹⁸⁹. *Lex specialis* della procedura è, quindi, un vero e proprio bando secondo il quale si procede alla valutazione comparativa fra le varie proposte secondo l'ordine di importanza dei criteri individuati nello stesso. Le offerte selezionate sono valutate secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in base all'art. 83 del Codice dei contratti. Il disciplinare di gara stabilisce che le proposte saranno valutate in base alla “ubicazione e descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, la tipologia del servizio da gestire”, art. 153 comma 7.

L'amministrazione redige, dunque, una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato l'offerta migliore. Qualora il progetto non abbia bisogno di modifiche progettuali si procede all'aggiudicazione della concessione, in caso contrario, e laddove il promotore non intenda modificare il progetto sulla base delle indicazioni della PA, si può procedere a scorrere la

¹⁸⁹ “Il bando indica i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa fra le diverse proposte”, art. 153 comma 6.

graduatoria fino ad individuare il soggetto che effettui le modifiche divenendo così aggiudicatario della concessione.

La seconda procedura, contenuta nell'art. 153 comma 15, c.d. doppia gara, prevede una prima selezione nella quale si procede alla scelta del promotore al quale viene attribuito il diritto di prelazione, che torna così nella normativa, ed una seconda gara per la scelta del concessionario da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Ovviamente il promotore può adeguare la propria proposta a quella giudicata migliore e risultare aggiudicatario della concessione.

Dalla semplice lettura del dettato normativo risulta evidente l'espressa previsione di un bando, con l'indicazione dei suoi criteri prescrittivi in grado di consentire all'interprete di fugare i precedenti dubbi interpretativi, alimentati dall'ambiguità della normativa originaria e dalla successiva giurisprudenza non consolidata. E' ora del tutto evidente che ci troviamo nell'ambito di una "classica" gara ad evidenza pubblica, dove non si ravvisa alcun cenno di possibile esercizio di discrezionalità amministrativa.

La chiarezza del dettato normativo non può, tuttavia, non far maturare una semplice convinzione. Il *project financing* diventa in questo modo solo una variante dell'istituto della concessione allontanandosi sempre più dalla sua originaria concezione partenariale. A riprova di ciò gioca un altro elemento, l'iniziativa di realizzazione dell'opera non è più del privato, ma dell'amministrazione, difatti lo studio di fattibilità posto a base di gara è frutto dell'elaborazione della PA.

Le procedure sin qui analizzate si muovono, ormai, nell'ambito delle procedure di gara. Si vogliono tuttavia sottolineare, a completamento dell'analisi, due punti critici, che potrebbero fornire spunti di discussione per eventuali pronunce del giudice amministrativo nell'ambito di un più che probabile contenzioso.

La prima osservazione riguarda la facoltà concessa alla PA di chiedere modifiche al progetto presentato dal promotore, che, laddove accetti di effettuarle, risulterà aggiudicatario della concessione. Tale richiesta potrebbe, in qualche modo, andare a compromettere la natura concorsuale del procedimento, ormai pienamente ancorata alla gara ad evidenza pubblica. Per risolvere tale dubbio interpretativo è intervenuta in aiuto l'autorità di settore che, attraverso la già citata determinazione n. 1 del 2009, rimanda alla giurisprudenza precedente¹⁹⁰ affermando che la

¹⁹⁰ L' Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture cita, nella determinazione n. 1 del 14 gennaio 2009, *Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. terzo correttivo (D.lgs. 11 settembre 2008, n. 152*, le seguenti sentenze: Tar Calabria n. 449 del 2004; Tar Emilia Romagna n. 762 del 2004; Tar Campania n. 9571 del 2004.

possibilità di modifica riguarda esclusivamente lievi correttivi che non vadano ad alterare il quadro economico – finanziario del progetto. In questo modo il progetto può subire interventi migliorativi solo marginali tali da non ledere in alcun modo il principio di *par condicio* fra i concorrenti.

La seconda osservazione prende l'avvio dalla previsione contenuta nella prima parte dell'art. 153, in base alla quale il bando di gara impone i criteri in base ai quali procedere alla valutazione delle proposte. In base a tale disposizione l'autorità di settore ha elaborato una serie di chiarimenti che non possono essere del tutto condivisi.

Secondo le determinazioni dell'autorità¹⁹¹ ogni bando deve contenere l'indicazione di criteri, sub-criteri, e l'attribuzione di pesi e punteggi. In tal modo si equipara la procedura di aggiudicazione della concessione mediante finanza di progetto in un appalto, senza previsione di alcuna peculiarità o distinzione. Procedendo alla semplice lettura del dato normativo non si ravvisa in alcun punto tale esigenza. Certamente ci troviamo nell'ambito di una vera e propria gara, ma, rispetto ad un appalto, l'amministrazione mantiene un certo margine di libertà d'azione, basti pensare alle modifiche che possono essere apportate al progetto.

Si è pronunciata in tal senso, la giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in una pronuncia immediatamente successiva all'entrata in vigore del terzo correttivo, ma riguardante la normativa precedente, ha affermato che “anche la normativa ulteriormente sopravvenuta da un lato ha reintrodotto la previsione del diritto di prelazione nell'ipotesi di scelta del promotore che preceda la selezione dell'affidatario e dall'altro ha richiesto soltanto un'indicazione dei criteri secondo l'ordine di importanza, e non già una necessità di specificazione di pesi o punteggi”.¹⁹² Probabilmente l'autorità nell'elaborare le sue linee guida non ha tenuto in debito conto le differenze che intercorrono fra un contratto di appalto e la fase di valutazione della proposta del promotore in finanza di progetto. Differenze più o meno evidenti che non permettono tuttavia di applicare automaticamente lo stesso identico iter procedimentale.

La nuova versione del Codice dei contratti contiene, tuttavia, altre procedure, previste nei commi 16 – 19 dell'art. 153 che possono essere attivate solo in caso di inerzia della PA.

La prima contenuta nei commi 16 – 18, si verifica nel caso in cui l'amministrazione, pur avendo inserito un progetto nell'elenco annuale, non predisponga il relativo bando entro sei mesi, il soggetto privato può presentare la sua proposta avente i contenuti dell'offerta previsti della

¹⁹¹ Si fa riferimento alle determinazioni n. 3 e n. 4 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Procedure di cui all'art. 153 del codice dei contratti pubblici: linee guida per i documenti di gara e, Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'art. 153 del codice dei contratti pubblici*”

¹⁹² Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza del 23 marzo 2009, n. 1741, già cit.

normativa. A questo punto l'amministrazione è tenuta a pubblicare un "avviso" sulla base del quale verranno selezionate le proposte di pubblico interesse.

Dopo aver effettuato tale valutazione l'amministrazione per procedere all'aggiudicazione della concessione può scegliere fra differenti opzioni procedurali.

Nel caso in cui il progetto necessiti di modifiche l'amministrazione può indire un dialogo competitivo, il cui oggetto è proprio il progetto preliminare individuato nell'ambito della fase precedente. Al contrario, se il progetto non ha bisogno di alcuna modifica la PA aggiudicatrice può: bandire una gara per l'aggiudicazione della concessione ex art. 143, oppure applicare la procedura ex art. 153, comma 15.

L'ultima procedura prevista è quella contenuta nel comma 19 dell'art. 153. Può essere considerata come l'unica procedura nella quale l'iniziativa del promotore è davvero il centro del procedimento. I soggetti privati, in possesso dei requisiti espressi della norma, possono presentare, attraverso la predisposizione di studi di fattibilità, progetti per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità non inserite nella programmazione triennale o nell'elenco annuale.

L'iniziativa del privato si inserisce a monte, nella fase di programmazione, quindi, almeno in quest'ultima procedura, massimo è il grado di partecipazione del soggetto privato che assume la vera veste di promotore. La portata innovativa di tale procedura non si esaurisce qui, difatti l'amministrazione ha l'obbligo di valutare le proposte dei privati entro sei mesi dal loro ricevimento. Esiste un vero e proprio obbligo di conclusione del procedimento. La stessa PA potrà poi decidere, in maniera del tutto discrezionale, se inserire lo studio di fattibilità negli ordinari strumenti di programmazione, laddove lo ritenga rispondente al pubblico interesse. Nel caso in cui si valuti positivamente tale progetto si procederà sulla base di quanto indicato nell'art. 153, ovvero attraverso i procedimenti della gara unica, della doppia gara, o della procedura attivabile in caso di inerzia della PA, in base ai commi 16 – 19.

Pertanto, solo in caso di inerzia dell'amministrazione che si concreta nella mancata pubblicazione del bando, o di inserimento della proposta nella programmazione della PA, si ravvisa una effettiva partecipazione del privato ed una reale collaborazione con il soggetto pubblico. Attraverso il procedimento contenuto nei commi 16 – 19 si verifica una sorta di "ritorno al passato", laddove si ripropone il generico avviso e, soprattutto, la valutazione della proposta, da porre a base della successiva gara per l'aggiudicazione della concessione, e quindi un ritorno alle considerazioni già espresse in riferimento alla normativa precedente. L'unica differenza sostanziale rispetto alla prima formulazione del Codice sta nella circostanza per cui in quest'ultimo caso tutta la normativa era basata sulla prevalenza della discrezionalità

amministrativa, la valutazione di rispondenza al pubblico interesse consentiva delle valutazioni che si muovevano al di là della semplice fattibilità tecnica dell'opera.

Al contrario, per effetto del terzo correttivo, l'ambito di discrezionalità della PA è limitato a due tipologie di procedure, peraltro residuali rispetto alle altre nelle quali risulta più che evidente il ricorso alla gara ad evidenza pubblica. Come detto la norma non indica in alcun punto quale sia la natura della valutazione del pubblico interesse, se sia discrezionale o debba avvenire nel rispetto dei principi concorsuali della gara. Nonostante la mancanza di chiarezza del dato normativo parte della dottrina è maggiormente influenzata da quest'ultima versione¹⁹³, probabilmente subendo l'influenza delle due tipologie di procedimento precedenti.

Tale interpretazione non può essere condivisa perché motivata solo dalla circostanza per cui in caso contrario, valutazione meramente discrezionale dell'amministrazione, si riproporrebbero le questioni normative e giurisprudenziali sollevate dalla precedente versione, ammettendo, in tal modo, che il nostro legislatore ha, ancora una volta, lasciato agli interpreti la valutazione circa la natura di tale procedura.

Attraverso le modifiche intervenute alla finanza di progetto per effetto del terzo correttivo si verifica, come visto, una assoluta prevalenza delle procedure di gara dell'evidenza pubblica e un avvicinamento di tali procedure a quelle proprie della concessione e dell'appalto. Tale convergenza mal si concilia con lo scopo e la natura della finanza di progetto, nella quale le caratteristiche specifiche dell'opera da realizzare non sono definite nel dettaglio, ma sono frutto, o dovrebbero essere frutto, della collaborazione fra soggetto privato e amministrazione. L'individuazione della proposta da sottoporre alla gara per l'aggiudicazione della concessione, individuata attraverso le regole dell'evidenza pubblica “rischia di compromettere la finalità principale dell'istituto che è quella di valorizzare gli apporti dei privati nella individuazione e realizzazione delle opere pubbliche secondo criteri di dialogo e flessibilità.”¹⁹⁴

Il legislatore del terzo correttivo ha, tuttavia, cercato una sorta di compromesso fra i rilievi mossi dall'ordinamento comunitario per il rispetto dei criteri di *par condicio*, trasparenza e concorrenza, e la natura partenariale della finanza di progetto. Nel tentativo di limitare, quindi, il margine di discrezionalità dell'amministrazione per evitare comportamenti opportunistici o

¹⁹³ B. Raganelli, *L'iniziativa privata in caso di inerzia della pubblica amministrazione*, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, p. 291 “ Ai fini dell'individuazione dell'offerta migliore si suggerisce di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del Codice: l'avviso deve quindi indicare i criteri di valutazione, i relativi pesi e punteggi, i sottocriteri o sub – pesi o sub – punteggi, le eventuali soglie, ovvero l'ordine decrescente di importanza dei criteri nonché la metodologia di cui al D.P.R. n. 554/1999, che si utilizzerà per determinare la migliore offerta”.

¹⁹⁴ Cartei, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico – privati: profili critici*, op.cit.

scorretti, il legislatore ha deciso di sottoporre, quasi integralmente, la materia alle regole dell'evidenza pubblica.

Tale scelta ha, quindi, comportato una nuova impostazione del ruolo che l'amministrazione è chiamata a ricoprire all'interno delle procedure di finanza di progetto. Si rafforza sempre più la funzione di programmazione, in quanto l'amministrazione deve elaborare non solo il programma triennale e l'elenco annuale, ma deve anche redigere lo studio di fattibilità da porre a base della successiva gara, con un evidente ridimensionamento del ruolo del privato.

Al contraente privato viene riconosciuto un certo margine di intervento solo nelle procedure contenute nei commi 16 – 19 dell'art. 153. Solo nei casi di inerzia della PA per mancata predisposizione dei bandi di gara o di inserimento della proposta nella programmazione si ravvisa, seppur limitatamente, un residuo di potere discrezionale dell'amministrazione.

5. Il riparto di giurisdizione nel project financing

Nel tentativo di fornire una visione unitaria della procedura di affidamento dei contratti mediante *project financing* non si può tralasciare la questione del riparto di giurisdizione delle controversie che si potrebbero verificare lungo tutte le fasi del procedimento. Considerando la complessità della procedura con la quale si procede all'affidamento del contratto in capo al soggetto privato si deve necessariamente considerare l'annosa questione riguardante il contenzioso. Ed, in particolare, quale sia il giudice chiamato a pronunciarsi in *subiecta* materia.

Per alcuni degli istituti presenti nel nostro ordinamento non risulta essere ben chiaro il riparto di giurisdizione, ovvero quando una controversia debba essere affidata alle cure del giudice ordinario o a quelle del giudice amministrativo. La finanza di progetto rientra a pieno titolo fra questi istituti. Ed inoltre il legislatore non fornisce una risposta chiara in tal senso¹⁹⁵. Non esiste infatti una normativa puntuale sul riparto di giurisdizione o, più in generale, sul contenzioso che inevitabilmente si verifica nell'ambito di una procedura di *project financing*.

Data la complessità delle procedure di aggiudicazione del contratto, la moltitudine di soggetti che partecipano ad un' operazione di finanza di progetto e il bizantinismo della

¹⁹⁵ L'assenza di una normativa positiva sulle modalità di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche legate alla finanza di progetto è stata sottolineata dalla dottrina, in relazione alla circostanza per cui “il legislatore, quando ha introdotto nuovi istituti nell'ordinamento, specialmente nelle occasioni in cui ha delineato figure decisamente atipiche rispetto alla tradizione, si è preoccupata anche di individuare appositamente le modalità di tutela, magari per indicare il giudice competente o il tipo di processo”. M. Lipari, *Project financing: tutela giurisdizionale*, in *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, (a cura di) Ferrari e Fracchia, cit.

normativa positiva, è pressoché inevitabile il verificarsi di situazioni conflittuali che possono risolversi solo in via giudiziale.

Come più volte sottolineato, uno dei maggiori problemi dello sviluppo della finanza di progetto in Italia è proprio la forte incidenza del contenzioso, è possibile intervenire giudizialmente in ogni singola fase del procedimento che porta all'aggiudicazione del contratto e l'incertezza del legislatore in materia non fa altro che alimentare tale confusione.

Dopo una preliminare fase di studio, durante la quale la giurisprudenza si è mossa in maniera piuttosto ondivaga, si è arrivati all'elaborazione di un indirizzo comune, secondo il quale l'istituto del *project financing* rientra all'interno delle procedure di affidamento dei contratti pubblici¹⁹⁶. Pertanto, in sede di contenzioso, trovano applicazione le medesime norme che valgono per gli affidamenti di contratti pubblici, in pratica le stesse norme previste per gli appalti e per le concessioni.

Questa ultima osservazione potrebbe risultare ovvia, non va, tuttavia, dimenticato che il problema della normativa processuale applicabile in materia di affidamenti di contratti pubblici non è stato, e come vedremo nel prosieguo, non è del tutto risolto se ancora nella legge n. 109 del 1994, il comma 4 dell'art. 31 *bis* conteneva una breve ma fondamentale specifica in tal senso, affermando che “ai fini della tutela giurisdizionale le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti”.

Il contenuto di questo articolo è stato oggetto di un nutrito dibattito giurisprudenziale da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Secondo una prima interpretazione¹⁹⁷ l'articolo 31 *bis* ha inteso equiparare agli appalti le concessioni di sola costruzione di opera pubblica, ai fini della tutela giurisdizionale. Salvo poi rivedere tale impostazione sulla base dell'ampia portata letterale della norma e della completa assenza di specificazioni successive.

¹⁹⁶ Si veda in tale senso la pronuncia della Sez.V del Consiglio di Stato n. 6287 del 2005 secondo la quale “(...) Anche se, dunque, non può sfuggire all'interprete l'alto grado di discrezionalità che compete al gestore del programma, nella valutazione della rispondenza della proposta al pubblico interesse, la proceduralizzazione fissata nei due articoli in esame (art. 37 bis e 37 ter) appare di per sé sufficiente a configurare la soggezione al controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, sulla base dei medesimi criteri e principi che, anche secondo i parametri di legittimità costituzionale messi a fuoco dal giudice delle leggi, con la nota sentenza n. 204 del 2004, giustificano l'attribuzione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella specifica materia, con estensione al procedimento prodromico allo svolgimento delle procedure di affidamento in senso stretto, quale è appunto l'individuazione del promotore, che costituirà una delle parti della successiva procedura negoziata.” Ed ancora proseguendo nella lettura “(...)E' in ogni caso chiaro che, anche per ciò che riguarda la scelta del promotore, la controversia relativa appartiene alla cognizione del giudice amministrativo (...)”, punto n. 2 delle considerazioni in diritto.

¹⁹⁷ Corte di Cassazione Sezioni Unite n. 10955 del 1996; n. 9481 del 1997; n. 11132 del 1997.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁹⁸ hanno, dunque, esteso l'applicabilità dell'art. 31 *bis* anche ad altre tipologie di concessioni nelle quali sono oggetto d'affidamento, oltre alla costruzione materiale dell'opera, anche la programmazione, la progettazione e tutte quelle attività prodromiche o funzionalmente connesse alla realizzazione dell'opera¹⁹⁹.

La finanza di progetto rientra, quindi, all'interno delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e pertanto la normativa applicabile è quella contenuta nella parte IV del Codice dei Contratti, artt. 239 – 246, relativa al contenzioso, recentemente modificati per effetto dell'introduzione del nuovo Codice del processo amministrativo e della c.d. Direttiva ricorsi.

Il primo comma dell'art. 244 stabilisce che “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto *dei* principi di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”. Quindi tutta la fase relativa all'aggiudicazione del contratto è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In sostanza nel disposto del Codice vengono riprodotti, con l'introduzione di lievi correttivi, gli art. 6, comma 1 della legge n. 205 del 2000 e l'art. 4, comma 7 della legge n. 109 del 1994.

Prima dell'introduzione nel nostro ordinamento della legge n. 205 del 2000,²⁰⁰ tutte le controversie in materia di appalti pubblici erano devolute alla giurisdizione ordinaria o amministrativa sulla base del criterio generale di distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi. La difficoltà dell'interprete risiedeva quindi nell'individuare in maniera oggettiva la natura delle posizioni giuridiche soggettive, in sostanza quando potessero essere ricondotte alla figura di diritto soggettivo o di interesse legittimo.

Secondo le interpretazioni successive della norma, una volta stipulato il contratto la PA cessa di operare quale autorità e si pone sul medesimo livello del soggetto privato, quindi la natura dei rapporti fra le parti assume la consistenza di diritto soggettivo ed è, pertanto, sottoposta al giudizio del giudice ordinario.

Al contrario, come verrà sottolineato nel prosieguo, attraverso la disamina delle pronunce giurisprudenziali, la fase di affidamento del contratto, durante la quale la PA opera quale autorità, secondo le regole dell'evidenza pubblica e dei principi di trasparenza e *par condicio*, è sottoposta

¹⁹⁸ Sul punto Corte di Cassazione Sezioni Unite sentenze n. 12622 del 1998, n. 287 del 1999, n. 580 del 1999.

¹⁹⁹ Corte di Cassazione Sezioni Unite. 5 novembre 2001, n. 13623.

²⁰⁰ Legge 21 luglio 2000, n. 205 “Disposizioni in materia di giustizia amministrativa” pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie generale del 26 luglio 2000, n. 173.

al giudizio del giudice amministrativo, in quanto le situazioni soggettive dei contraenti hanno natura di interesse legittimo.

Dopo questa breve digressione, torniamo all'analisi della normativa e alle sue recenti modifiche per effetto della c.d. Direttiva ricorsi, prima, e del Codice del processo amministrativo, poi.

Con il recepimento all'interno nostro ordinamento della c.d. Direttiva ricorsi in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, n. 2007/66/CE²⁰¹, all'art. 244 del Codice è stato aggiunto un nuovo periodo in base al quale “ la giurisdizione esclusiva (del giudice amministrativo) si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative.”²⁰²

Sono, inoltre, devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'autorità di settore, nonché quelle relative al rinnovo tacito dei contratti, alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, commi 2 e 3 dell'art. 244 del Codice dei Contratti.

Semberebbe, pertanto, pacifico applicare per analogia le norme suindicate anche al contenzioso scaturente da una procedura di finanza di progetto. Tuttavia, vale la pena ricordare che il *project financing* è una procedura molto complessa caratterizzata da una fitta rete di contratti, aventi natura prevalentemente privatistica, al cui centro si trova la concessione. Accanto alla giurisdizione del giudice amministrativo permangono quindi campi di intervento del giudice ordinario. E' quindi necessario stabilire quali sono i confini entro i quali sono chiamati a pronunciarsi i giudici.

Nel silenzio del legislatore, in materia di definizione del riparto di competenze, un grande aiuto giunge dalla giurisprudenza. Tuttavia, prima di esaminare alcune importanti pronunce, bisogna concludere l'esame del dato normativo attraverso le ultime modifiche intervenute in materia. Recentissimamente, con l'approvazione definitiva del Codice del processo amministrativo²⁰³, entrato in vigore il 16 settembre 2010²⁰⁴ il contenuto dell'art. 244 è stato

²⁰¹ Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, pubblicata in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 20/12/2007, IT, L 335/31.

²⁰² Art. 7 del d.lgs. n. 53 del 20 marzo 2010 “Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici.”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 84 del 12 aprile 2010.

²⁰³ Per i primi commenti al Codice del processo amministrativo si rinvia al commento di Alessandro Pajno, *Il codice del processo amministrativo tra “cambio di paradigma” e paura della tutela*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9 del 2010. Si vedano inoltre gli approfondimenti contenuti sul sito internet www.federalismi.it di

trasfuso nell'art. 133, primo comma lettera e, mentre nel Codice dei contratti è ora contenuta una semplice norma di coordinamento e rinvio con cui viene sancito che “il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici”.

Quindi, la normativa di riferimento è ora confluita nel nuovo Codice del processo amministrativo che, al di là dei giudizi di merito, fornisce, per la prima volta, un quadro omogeneo della normativa in materia di giustizia amministrativa.

Tuttavia, per quanto concerne l'oggetto della presente indagine, il riparto di giurisdizione, il legislatore non ha effettuato interventi rivoluzionari, ma ha limitato il proprio intervento ad un riordino della disciplina previgente con l'aggiunta di alcuni correttivi derivanti dalla giurisprudenza, in modo particolare dagli interventi della Corte di Cassazione che saranno esaminati nel prosieguo.

Per concludere l'esame della normativa l'art. 133, “Materie di giurisdizione esclusiva”, stabilisce che: “Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge, le controversie (...) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative”. Il contenuto dell'articolo riprende quindi in maniera pedissequa quanto stabilito nella versione dell'art. 244 così come modificata dalla direttiva ricorsi, stabilendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Nella fase di affidamento del contratto il giudice chiamato a pronunciarsi è sempre quello amministrativo, indipendentemente dalla situazione giuridica soggettiva sottostante il rapporto.

Dopo la necessaria disamina del dettato normativo si procederà all'esame di alcune pronunce giurisprudenziali, per comprendere quali siano gli orientamenti prevalenti in tema di riparto di giurisdizione in relazione alle varie fasi nelle quali si articola la procedura di *project financing*.

Si è già detto della giurisdizione del giudice amministrativo nella fase di affidamento dei contratti pubblici e quindi anche nelle procedure che portano all'aggiudicazione della

Mario Lipari, *La direttiva ricorsi nel Codice del processo amministrativo, dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, e Maria Alessandra Sandulli, *Anche il processo amministrativo ha finalmente un Codice*.

²⁰⁴ Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, “Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo per il riordino del processo amministrativo”. G.U. S.O. 7 luglio 2010.

concessione che è alla base della finanza di progetto. Tuttavia, questa è solo la fase finale, non si considera tutto il procedimento precedente volto all'individuazione del promotore o altro soggetto a cui verrà aggiudicata, solo in un secondo momento, la concessione. A fini della presente analisi è naturale chiedersi quale è il giudice chiamato a pronunciarsi all'interno di questa procedura prodromica alla conclusione del contratto.

Su questo punto le posizioni espresse dalla giurisprudenza e dalla dottrina hanno subito una notevole evoluzione. In un primo momento regnava, infatti, una profonda incertezza circa la possibilità di sottoporre alla giurisdizione del giudice amministrativo la fase della scelta del promotore. A sostegno della tesi secondo la quale tale fase non poteva essere sottoposta al giudizio del giudice amministrativo, si assurgeva alla circostanza per cui la scelta del soggetto promotore non rientrava nella procedura di affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture. Tuttavia, sulla base dei numerosi interventi della giurisprudenza, nonché alla luce delle nuove procedure di affidamento contenute nell'ultima versione del Codice dei contratti, non è possibile condividere tale impostazione.

La giurisprudenza si è pronunciata più volte in tal senso affermando che il procedimento di *project financing*, pur distinto in varie fasi e sottofasi, debba essere considerato come unitario²⁰⁵ in quanto finalizzato all'aggiudicazione della concessione e pertanto sottoposta alla giurisdizione del giudice amministrativo in tutte le fasi che precedono l'aggiudicazione della concessione.

Un discorso diverso dovrà, ovviamente, essere fatto per la fase successiva alla stipulazione del contratto. In tal senso la pronuncia espressa del Tar Campania²⁰⁶ in merito ad una controversia riguardante il riparto di giurisdizione in materia di appalti pubblici può risultare molto utile anche nell'ambito della finanza di progetto.

Secondo il giudice di prime cure, il d.lgs. n. 163 del 2006 esclude l'equivalenza fra provvedimento di aggiudicazione e contratto, “il provvedimento di aggiudicazione non può essere assimilato all'atto privatistico del contratto”. E continua affermando che la normativa del Codice sancisce, in maniera implicita, che il contratto costituisce il crinale che separa la giurisdizione ordinaria da quella amministrativa, sicché la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici comprende tutti gli atti connessi con la fase immediatamente anteriore a quella della stipula del contratto.²⁰⁷

Inoltre le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ribadito, in una recente

²⁰⁵ Su tutti vedi Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza del 17 novembre 2007, n. 6727.

²⁰⁶ Tar Campania, Sezione VIII, sentenza 21 gennaio 2008, n. 647.

ordinanza, del 9 febbraio 2010, n. 2792, la giurisdizione del giudice amministrativo anche nell'ambito delle controversie risarcitorie. Tale decisione riguarda, difatti, una domanda di risarcimento danni avanzata da un Ati, contro il Comune di Latina, per la realizzazione di uno stadio del nuoto attraverso il *project financing*. Il Comune aveva iniziato tutto il procedimento preliminare alla aggiudicazione del contratto, provvedendo alla nomina del responsabile del procedimento, alla costituzione di un gruppo tecnico di lavoro, nonché alla designazione di un *advisor* finanziario, salvo rendersi conto, dopo oltre un anno, che l'area oggetto dell'intervento risultava già assertita da concessione edilizia e che, di conseguenza, la proposta era “da ritenersi non valutabile e pertanto non ammissibile sotto il profilo urbanistico”.

A questo punto l'Ati ha richiesto al Tribunale di Latina di voler condannare il Comune al risarcimento dei danni causati attraverso l'interruzione della procedura in quanto le ragioni di tale interruzione “avrebbero dovuto essere accertate ben prima dell'inserimento dell'opera nel piano triennale”. Inoltre la stessa Ati convenuta ha presentato istanza chiedendo alla Suprema Corte di voler indicare il giudice di fronte al quale celebrare il processo.

Le Sezioni Unite, nell'ordinanza indicata, hanno ribadito la loro posizione contenuta in una precedente pronuncia su un caso analogo. Ci si riferisce alla sentenza n. 5084 del 2008 sempre in relazione alla domanda di risarcimento del danno avanzata da una società nei confronti della pubblica amministrazione per aver interrotto una procedura di *project financing* per la realizzazione di un parcheggio pubblico. Anche in questo caso la procedura era stata avviata nella consapevolezza della contrarietà del progetto alla disciplina urbanistica e, di conseguenza, con conseguenti perdite della società che aveva effettuato tutti gli adempimenti preliminari per la predisposizione dell'offerta. Secondo le Sezioni Unite, che hanno ripreso tale affermazioni nella successiva pronuncia del 2010, “la controversia rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi della legge 21 luglio 2000, n. 205, art. 6, essendo relativa a procedure di affidamento dei lavori svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente..., all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti ad evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”.

La Suprema Corte continua argomentando che “è invero assolutamente evidente che l'attività che si afferma essere stata produttiva del danno, lungi dal rappresentare un mero comportamento materiale della p.a., consiste – contrariamente a quanto sostenuto dalle società ricorrenti, ma come invece si evince dalla loro stessa prospettazione - in un'attività commissiva ed omissiva direttamente e funzionalmente collegata alle procedure di affidamento dei lavori mediante *project financing*, che si predica illegittimamente intrapresa (in difetto dei presupposti urbanistici di realizzabilità delle opere), ovvero illegittimamente continuata (in mancanza delle

varianti urbanistiche che sarebbero state necessaria).” E conclude affermando che “vertendosi in fattispecie di giurisdizione esclusiva, è poi del tutto irrilevante che la posizione giuridica delle imprese partecipanti alla “procedura” fosse, nel momento in cui è configurata l’illegittima attività pregiudiziale della p.a., di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo, venendo invece in determinato rilievo che l’attività della p.a. che si assume produttiva di danno era inequivocabilmente collegata al procedimento volto alla realizzazione di un’opera pubblica”²⁰⁸.

Sulla base della stessa posizione la suprema Corte nell’ordinanza del 2010 continua affermando che “ in applicazione di tale principio e considerando che nella fattispecie in esame è stato addebitato al Comune di aver intrapreso una procedura di cui avrebbe dovuto conoscere fin dall’inizio l’ inattuabilità, va dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo con rimessione delle parti davanti al TAR competente per territorio”.

Pertanto, tutte le controversie riguardanti la materia della responsabilità contrattuale e extracontrattuale della PA che derivino dalla interruzione della procedura rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto rientra nella procedura di affidamento di lavori dei procedimenti di evidenza pubblica.

A questo punto non rimane che individuare quale sia il campo di intervento, seppur limitato, del giudice ordinario²⁰⁹. Innanzitutto, alla luce delle precedenti osservazioni possiamo definirlo in negativo. La giurisdizione ordinaria trova il suo campo di applicazione in tutte le controversie che esulano dalla scelta del contraente privato, dalla fase di affidamento del contratto, pertanto la sua competenza sarà limitata alle fasi successive alla stipulazione del contratto.

In tal senso la giurisprudenza ha chiarito come, nel caso di controversie inerenti la determinazione, e il successivo pagamento, delle spese sostenute e documentate per la

²⁰⁸ Corte di Cassazione, Sezioni Unite, ordinanza n. 5084 del 27 febbraio 2008. In tal senso anche il Tar Sicilia, Palermo, Sez. III, 30 gennaio 2009, n. 238.

²⁰⁹ Non si possono, tuttavia, tralasciare alcune situazioni particolari in tema di riparto di giurisdizione. Ci si riferisce su tutti alle controversie riguardanti il diritto di prelazione del promotore. In tal senso, si riprende una recente sentenza del Tar Friuli Venezia Giulia, Sez. I, 8 febbraio 2008, n. 112 secondo la quale appartiene alla cognizione del giudice amministrativo il ricorso dell’Ati aggiudicataria provvisoria di un intervento in finanza di progetto, che si sia successivamente vista pretermettere in conseguenza dell’esercitato diritto di prelazione da parte del soggetto promotore. Al quale si contesta, non il diritto di prelazione in sé, ma il procedimento che ha portato ad identificare nel controinteressato il promotore cui tale diritto spetta.

Al contrario, nel caso in cui oggetto del contenzioso fosse stato l’esistenza o meno di tale diritto, la giurisprudenza è ferma nel ritenere la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto trattasi di prelazione di legge. In tal senso si vedano le posizioni espresse dal Consiglio di Stato n. 5324/2005, Tar Puglia, Lecce, n. 2489/2004, Tar Umbria n. 460/07. Così Lipari M., *Il contenzioso, in finanza di progetto. Temi e prospettive*, op. cit.

predisposizione dell'offerta, la competenza appartenga al giudice ordinario.

Il TAR Roma, in una sentenza del 2004²¹⁰, ribadisce quale è il criterio da adottare per il riparto di giurisdizione, individuando nella fase di affidamento della concessione il campo di intervento del giudice amministrativo. Mentre, nella fase successiva di esecuzione dell'opera, vale la classica distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi, quindi fra giudice ordinario e giudice amministrativo. Pertanto, al Collegio non rimane che stabilire se tale risarcimento, previsto nel disposto originario dall'art 37 *quater* della legge n. 109 del 1994 ed ora ripreso dal comma 9 dell'art. 153 del Codice dei contratti, debba essere ricondotto nella procedura di affidamento o se si ponga al di fuori della stessa.

I giudici romani rilevano come “tale rimborso non costituisca oggetto della esplicazione di un potere pubblicistico della amministrazione aggiudicatrice, quanto piuttosto la misura di una indennità normativamente determinata, rispetto alla quale la amministrazione aggiudicatrice assume la veste di mero *adiectus solutionis causa* (...)”.

Pertanto, la determinazione e liquidazione delle spese sostenute dai partecipanti alla procedura di *project financing* non rientrano nella fase di affidamento e la pretesa è qualificabile in termini di diritto soggettivo e va assoggettata secondo l'ordinario criterio di riparto di giurisdizione. In conclusione il Collegio equipara il *project financing* ad una concessione e sulla base di tale parallelo, richiama le posizioni espresse dalla Corte costituzionale che, con la nota pronuncia n. 204 del 2004, esclude dalla giurisdizione esclusiva le indennità, i canoni e gli altri corrispettivi relativi alle concessioni. Prendendo le mosse da tale linea interpretativa il TAR Lazio conclude “quand'anche la fase della liquidazione delle spese sostenute dai partecipanti fosse ritenuta rientrare nell'ambito dell'affidamento della concessione, comunque essa dovrebbe ritenersi esclusa dalla giurisdizione esclusiva, trattandosi proprio di un'indennità o corrispettivo; e ciò, a maggior ragione, trattandosi nel caso in oggetto di indennità relativa a rapporti fra soggetti privati (il promotore e i due migliori offerenti) laddove la Corte, al fine della esclusione dall'ambito della giurisdizione esclusiva delle controversie in oggetto, fa riferimento pur sempre ad indennità e corrispettivi relativi a rapporti fra amministrazione concedente e concessionario”.

Concludendo questa breve disamina della normativa e della giurisprudenza riguardo il riparto di giurisdizione²¹¹ si deve necessariamente sottolineare ancora una volta come l'istituto

²¹⁰ TAR Lazio, Roma, sezione III, 20 dicembre 2004, n. 16604.

²¹¹ Meriterebbero un supplemento di indagine tutti gli altri elementi che si ricollegano alla tutela giurisdizionale, come ad esempio il rito applicabile, o la legittimazione a proporre il ricorso, ed ancora, il ricorso contro gli atti endoprocedimentali, ecc. Tuttavia non può essere questa la sede per tali approfondimenti, per i quali si rimanda alle osservazioni contenute in Lipari M., *Il contenzioso*, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive* (a cura di) Cartei e Ricchi, op.cit.

del *project financing* sia tuttora circondato da una profonda incertezza che solo le pronunce dei giudici permettono di chiarire.

Nel silenzio della normativa, anche molto recente, l'individuazione del giudice dotato di *potestas decidendi* continua a rimanere, ancora troppo spesso, un problema per l'interprete che cerca di destreggiarsi fra continue novelle legislative e pronunce giurisprudenziali che piuttosto di fugare i dubbi contribuiscono ad alimentarne di nuovi.

CAPITOLO QUARTO

La Private Finance Initiative

1. *La Private Finance Initiative. Origine e sviluppo.* 2. *L'esperienza applicativa della PFI.* 3. *Private Finance Initiative e finanza di progetto. Dal common law al civil law un tentativo di comparazione.*

1. *La Private Finance Initiative. Origine e sviluppo.*

Nel tentativo di proporre una visione unitaria del *project financing* si cercherà, nelle pagine che seguiranno, di procedere ad una analisi comparativa con quella che può essere definita come l'esperienza originaria di tale fenomeno, la *Private Finance Initiative* britannica, da qui in avanti PFI. Nelle osservazioni che seguiranno si tenterà di superare la diffusa convinzione per la quale la finanza di progetto e la PFI non possano formare oggetto di alcuna comparazione in quanto provenienti da ordinamenti giuridici troppo differenti, quali quello anglosassone di *common law* e quello italiano di *civil law*.

Si è, dunque, parlato di esperienza originaria, anche se sarebbe molto più corretto parlare di esperienza maggiormente conosciuta, in quanto, come visto in precedenza, l'origine del *project financing* è assai più risalente.²¹²

L'esperienza della PFI si inserisce all'interno delle politiche di privatizzazione e di liberalizzazione adottate dai governi britannici che si sono succeduti a partire dagli anni ottanta del secolo appena trascorso. Si può, quindi, tranquillamente affermare che la PFI rappresenta un'evoluzione naturale del ruolo dello Stato all'interno dell'economia, non più nelle vesti di finanziatore diretto ma in quelle di regolatore e controllore esterno dell'attività del privato.

Le crisi economiche che si sono susseguite nel corso degli anni unite ai vincoli di bilancio sempre più stringenti hanno reso indispensabile per il Regno Unito, e per molti altri Paesi²¹³, rivedere completamente l'approccio al finanziamento dei servizi pubblici e delle infrastrutture civili in quanto l'operatore pubblico non è più in grado di finanziare direttamente tutte quelle

²¹² Sull'origine del *project financing* si rimanda al cap. 2.

²¹³ Sulla stessa linea tracciata dall'amministrazione inglese si muovono gli Stati Uniti dove nel 1978 venne approvato il *Public Utility Regulatory Act – PURPA* per incentivare la partecipazione dei privati negli investimenti nel settore dell'energia elettrica.

tipologie di progetti indispensabili per la collettività.

Si deve, pertanto, ricorrere a forme alternative di finanziamento in cui il soggetto privato è tenuto a ricoprire il ruolo di investitore. Ci si trova, dunque, in presenza di un completo e radicale ridimensionamento dell'intervento pubblico nell'economia.

In tal senso “progenitore” della PFI sono state le c.d. *Ryrie Rules*, dal nome dell'allora *Second Permanent Secretary* del Tesoro, William Ryrie, presidente del *National Economic Development Council* (NEDC), con le quali si stabilivano le regole secondo cui la finanza privata poteva essere introdotta all'interno delle industrie nazionalizzate.²¹⁴

Le *Ryrie Rules* costituirono oggetto di una prima revisione nel 1988 a seguito del processo di privatizzazione che aveva interessato le imprese precedentemente nazionalizzate. Nella loro nuova versione sancirono due principi fondamentali, la finanza privata poteva essere introdotta solo quando offriva benefici reali in termini di riduzione dei costi per il settore pubblico, ed il Governo doveva tenere conto in sede di programmazione della spesa pubblica dell'esistenza di progetti finanziati dai privati. In sostanza tali progetti dovevano trovare copertura nel bilancio pubblico.

Le *Ryrie Rules* vennero completamente sostituite nel 1992 da una nuova politica, la *Private Finance Initiative*. Il cui autentico varo spettò all'allora Cancelliere dello scacchiere del Governo Major, Norman Lamont.²¹⁵ Lo scopo di questa riforma era quello di aumentare sensibilmente la partecipazione dei privati nella prestazione di servizi pubblici, sia a livello di governo centrale, sia di attività pubbliche locali. In tal senso la PFI si muoveva lungo la

²¹⁴ Secondo le *Ryrie Rules*: decisions to provide funds for investments should be taken under conditions of fair competition with private sector borrowers; any links with the rest of the public sector, Government guarantees or commitments, or monopoly power should not result in the schemes offering investors a degree of security significantly greater than that available on private sector projects; ed inoltre, such projects should yield benefits in terms of improved efficiency and profit from additional investment commensurate with the cost of raising risk capital from financial markets. House of Commons Library Deposited Paper 3639.

²¹⁵ “I am now able to announce three significant developments. In the past, the Government have been prepared to give the go-ahead to private projects only after comparing them with a similar project in the public sector. This has applied, whether or not there was any prospect of the project ever being carried out in the public sector. I have decided to scrap this rule. In future, any privately financed project which can be operated profitably will be allowed to proceed. [...] Secondly, the Government have too often in the past treated proposed projects as either wholly private or wholly public. In future, the Government will actively encourage joint ventures with the private sector, where these involve a sensible transfer of risk to the private sector. [...] Thirdly, we will allow greater use of leasing where it offers good value for money. As long as it can be shown that the risk stays with the private sector, public organisations will be able to enter into operating lease agreements, with only the lease payments counting as expenditure and without their capital budgets being cut” HC Deb, 12 novembre 1992, vol. 213 c998.

medesima strada battuta dalle precedenti *Ryrie Rules*, senonché durante il suo primo anno di vita non ebbe sul mercato quella diffusione capillare che gli amministratori auspicavano²¹⁶.

Nella sua previsione originaria la PFI doveva essere un programma in grado di creare un contesto istituzionale favorevole ad una maggiore partecipazione dei privati per la realizzazione di investimenti pubblici, attraverso l'erogazione di concessioni di costruzione e gestione, allo scopo di raggiungere il conseguimento di un duplice obiettivo, la convenienza economica per il privato e l'ottimizzazione dei costi per il pubblico. Tale politica, che in parte si è rivelata vincente, avrebbe dovuto consentire la costruzione di nuove infrastrutture civili, autostrade, scuole, stabilimenti carcerari, e cioè tutti quei servizi normalmente erogati dall'autorità pubblica.

L'avvio della PFI da parte dei Governi conservatori, oltre a favorire la ripresa degli investimenti pubblici, aveva come obiettivo principale quello di definire procedure innovative che andassero a modificare le modalità di collaborazione fra pubblico e privato per l'erogazione di servizi pubblici.²¹⁷

Nel 1993, con la nomina a Cancelliere di Kenneth Clarke, si procedette alla costituzione del *Private Finance Panel* (PFP), con lo scopo precipuo di attuare i principi guida della PFI, incoraggiando una maggiore partecipazione sia del pubblico che del privato per sviluppare nuove idee e per identificare nuove aree di intervento degli imprenditori nell'ambito dei servizi pubblici, nonché di elaborare soluzioni che fossero in grado di eliminare gli ostacoli che rappresentavano un freno alla piena diffusione della PFI.

Lo stesso Clarke annunciò che la creazione del PFP era subordinata alla attuazione di due principi guida della PFI. I soggetti privati dovevano assumere realmente il rischio senza alcuna garanzia da parte dei *taxpayers* contro le eventuali perdite, e l'utilità economica del progetto doveva essere dimostrata per qualsiasi spesa a carico del soggetto pubblico.²¹⁸ Il Cancelliere affermò, inoltre, che nessun progetto riguardante investimenti pubblici sarebbe stato approvato dal Tesoro senza prima valutarne l'opportunità di realizzazione attraverso il ricorso a capitali privati, introducendo il c.d. test universale, *universal testing*. Tutti gli eventuali progetti dovevano preventivamente essere sottoposti a tale test allo scopo di verificarne la realizzabilità attraverso la PFI, ed inoltre, i principali investimenti pubblici dovevano essere valutati direttamente sul mercato, per testare la propria idoneità a reperire fonti di finanziamento privato.

Sulla scia di questo nuovo approccio, nel budget del 1995 vennero indicati una serie di

²¹⁶ Per una analisi dettagliata dell'evoluzione della PFI nel Regno Unito si rimanda a Fabrizio Casella, *Il project financing nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, IV.

²¹⁷ In tal senso Massimo Lo Cicero, *Beni pubblici e public private partnership: dal PFI al PPP, la lezione del Regno Unito*, in *Impresa, Incertezza, Investimenti*.

²¹⁸ Hm Treasury, *Private Finance: Overview of progress*, News release 118/94, 8 novembre 1994.

progetti da realizzare attraverso il ricorso alla PFI per un importo di quasi dieci miliardi di sterline che avrebbero consentito di dare nuova linfa al mercato, attraverso l'ausilio di un nuovo manuale operativo, *Private Opportunity Public Benefit, progressing the Private Finance Initiative*²¹⁹, diffuso per promuovere un clima più favorevole per l'adozione delle iniziative del Governo e per eliminare le *unnecessary bureaucracy*²²⁰

Il test universale, definito da molti come uno spreco di tempo e di risorse, venne formalmente abolito con l'avvento del successivo governo laburista,²²¹ che, subito dopo il suo insediamento, decise di procedere ad una nuova e completa *review* della PFI.

Durante questa fase iniziale i progressi della PFI furono molto limitati, fallimentari soprattutto nei campi della sanità e dell'istruzione. Pertanto la politica del governo conservatore si sarebbe rivelata un completo fallimento se non fosse stato per i buoni risultati ottenuti nel campo dei trasporti e dei servizi carcerari, ma soprattutto per il forte impatto mediatico che ebbe l'inizio dei lavori del “tormentato” *Channel Tunnel Rail Link*²²², il famoso Eurotunnel.²²³

Il primo atto ufficiale del nuovo Governo laburista fu la pubblicazione della prima *Bates Review*, dal nome del suo redattore, Malcolm Bates. Tale documento conteneva 27 raccomandazioni rivolte alle amministrazioni per procedere ad un miglioramento e ad una semplificazione dei procedimenti di PFI attraverso la creazione della *PFI Task force* presso il Ministero del Tesoro.

Questo nuovo organo, costituito nel 1997 con durata biennale, era composto in prevalenza da operatori finanziari della *City* al fine di aiutare a promuovere la conoscenza tecnica della PFI nell'amministrazione.²²⁴

²¹⁹ Hm Treasury, novembre 1995.

²²⁰ Cfr. Casella op.cit.

²²¹ Hm Treasury, *Paymaster General announces kick-start to PFI (Public/Private partnership) – Review of Private Finance Machinery – End of Universal Testing*, News release 41/97, 8 maggio 1997.

²²² Molti sono i contributi, spesso molto critici, in merito alla realizzazione del Tunnel sotto La Manica. In particolare le critiche più aspre sono legate all'aumento dei costi di realizzazione del progetto e ai ritardi nei tempi di consegna dell'opera. Su tutti si rimanda a G. Imperatori, *Il project financing: una tecnica, una cultura, una politica*, Il Sole 24 ore, 1999, che così si esprime “ le novità tecnologiche dell'opera e le richieste da parte dei governi interessati di ulteriori standard di sicurezza a lavori già iniziati, hanno contribuito ad aumenti dei costi di costruzione non previsti e hanno prolungato i tempi di realizzazione del progetto, rispetto alle ipotesi iniziali. Così, si sono sensibilmente ridotti i ricavi del progetto, creando notevoli problemi alla relativa struttura finanziaria anche se l'opera è stata, sia pur con ritardo, completata”.

²²³ Si veda in merito Tim Wilson, *L'esperienza britannica della Private Finance Initiative*, in *La finanza di progetto in alcune esperienze europee*, Progetto Nuval.

²²⁴ Cfr. Casella, op.cit.

Attraverso la *PFI Task-force* il Governo pubblicò una serie di documenti, *case studies*, note pratiche, *policy statements* con lo scopo di rendere sempre più agevole il ricorso alla PFI.

Secondo le previsioni della nuova *Task force*, la PFI *has become one of government's main instruments for the delivery of high quality and cost effective public services. It presents those responsible for the provision of public service with the opportunity to procure those service, or the buildings and infrastructure within which to provide those service, while leaving the risks of asset and infrastructure ownership and maintenance with the private sector.*²²⁵

Allo scopo di informare l'opinione pubblica circa i progressi conseguiti dalla *Task force* del Ministero del Tesoro, a pochi mesi dalla sua costituzione venne pubblicato un documento dal titolo "*Partnership for Prosperity*", all'interno del quale veniva ancora una volta ribadito il pieno sostegno del Governo alla politica della PFI.²²⁶

La *Task-force* del Tesoro decise di adottare un approccio strettamente pratico, individuando 80 progetti dei quali si poteva procedere alla immediata realizzazione. In pratica, i progetti venivano proposti al mercato solo dopo un'attenta valutazione effettuata dagli esperti della *Task force* che li avevano già qualificati come "bancabili" e realizzabili entro tempi realistici. In tal modo il privato diventava progettista, costruttore, finanziatore e gestore dell'infrastruttura, mentre al pubblico era riservato il ruolo di acquirente del bene o del servizio prodotto, nonché quello di controllore del privato.

Nel 1999 venne pubblicata la seconda *Bates Review*, nella quale si raccomandava di procedere alla creazione di un'organizzazione, questa volta permanente, che andasse a sostituire la *PFI Task force*.

Successivamente, attraverso l'approvazione del *Government Resources and Accounts Act* del 2000, venne costituita la *Partnership UK*, PUK, che un anno dopo fu trasformata in società per azioni partecipata al 49% dal Tesoro inglese, mentre il restante 51%, nelle mani di investitori privati.

Nello stesso periodo venne creato anche l'*Office of Government Commerce*, OGC, in sostituzione degli uffici della *Task force* che si occupavano della determinazione delle politiche per le amministrazioni. L'OGC è l'organo che rappresenta il Regno Unito all'interno degli organi comunitari e nel WTO, *World Trade Organization*, per quanto concerne la materia del *public procurement*. All'interno di questo nuovo organismo opera la *Private Finance Unit*, PFU, che si occupa dello sviluppo e della promozione della PFI presso gli enti pubblici, collabora, inoltre,

²²⁵ Treasury Task Force, *Introduction*, 1997

²²⁶ Hm Treasury, *Partnership for prosperity – a new framework for the PFI*, News release 132/97, 4 novembre 1997.

con la PUK per contribuire a diffusione di *best practices*, in sinergia con gli operatori privati.

Questa breve ricostruzione della *Private Finance Initiative* non sarebbe, tuttavia, completa se non si facesse qualche cenno all'esperienza degli Enti locali.

Infatti, di pari passo alle iniziative del Governo centrale, l'Associazione degli Enti locali avviava il *Public Private Partnership Programme*, c.d. *4Ps*. Attraverso tale programma gli Enti locali, con la collaborazione di una società pubblica composta da funzionari provenienti da entrambi i settori, individuavano le possibilità di miglior utilizzo della PFI, occupandosi, sia dell'avvio e della realizzazione di nuovi progetti, che dell'eventuale risoluzione dei problemi che avrebbero potuto ostacolare lo sviluppo del Programma di PPP.²²⁷

Come visto, la PFI risulta priva di una disciplina organica a livello normativo primario. I vari Governi, prima conservatore poi laburista, che si sono succeduti nel corso degli anni, hanno preferito puntare su atti giuridici non vincolanti quali guide, raccomandazione e note pratiche per diffondere una maggiore idea di collaborazione fra settore pubblico e privato, lasciando le amministrazioni libere di applicare o meno le indicazioni fornite dal Ministero del Tesoro e dai suoi organi.

La *Private Finance Initiative* ha, pertanto, subito nel corso degli anni una evoluzione profonda. Adottato come politica economica nel tentativo di contenere la crisi finanziaria, attraverso la creazione di nuovi e più efficienti servizi per il pubblico, si è trasformata in una vera e propria strategia di azione per modernizzare e riformare i servizi pubblici.

2. L'esperienza applicativa della PFI

La *private finance initiative*, nella sua applicazione pratica, si concretizza in un procedimento nel quale un soggetto pubblico seleziona, attraverso una procedura competitiva, il privato che dovrà realizzare l'opera ed occuparsi della sua successiva manutenzione, la cui remunerazione potrà derivare o da pagamenti periodici da parte della stessa amministrazione per tutta la durata del contratto, ovvero da pagamenti degli utenti per l'utilizzo dell'infrastruttura, o da combinazioni di entrambe le soluzioni.

Per quanto concerne il profilo del finanziamento del progetto, bisogna, innanzitutto specificare come la parte più consistente sia sostenuta dalle banche. Nella pratica si costituiscono veri e propri consorzi formati da più istituti di credito, ai quali è affidato il compito di tutta la gestione del finanziamento. Tuttavia, parte del progetto può essere finanziata con capitale di debito, azioni e obbligazioni emesse dalla società di progetto e collocate sul mercato. Come

²²⁷ Per un'analisi della PFI nell'ambito degli Enti locali si rimanda al Tim Wilson, op.cit.

vedremo, a tali tipologie di finanziamento, si aggiungono sempre più spesso contributi provenienti dall'autorità pubblica.

Il Treasury inglese²²⁸, per semplificare il ruolo degli operatori privati che decidono di intraprendere un'operazione in PFI, ha ricondotto tali operazioni all'interno di tre macro-categorie; i *free-standing project*, le *joint ventures*, la vendita di servizi al pubblico.

Nel caso dei *free-standing project* il soggetto privato, che decide di intraprendere questa iniziativa, è interamente responsabile della realizzazione del progetto, per cui dovrà ottenere una mera approvazione da parte del Governo. Il ruolo del soggetto pubblico viene così relegato a tale funzione di controllo, a cui può, talvolta, aggiungersi un contributo in sede di progettazione iniziale per la predisposizione di tutta la documentazione necessaria per la presentazione dell'offerta. I costi che il privato sostiene per la realizzazione del progetto saranno recuperati attraverso il corrispettivo pagato dagli utenti per l'utilizzazione del servizio.

Nei progetti del tipo *joint venture*, al contrario, la collaborazione fra pubblico e privato è molto più incisiva rispetto alla tipologia precedente. Al soggetto privato deve rimanere, in ogni caso, il controllo totale della *joint venture*. Anche in questo caso il soggetto privato deve essere scelto al termine di una procedura competitiva. Il contributo dell'autorità pubblica e l'allocatione dei rischi del progetto dovranno essere definiti e concordati in anticipo dalle parti.

Nell'ultimo caso, la vendita di servizi al pubblico, molto banalmente, il soggetto privato che produce il bene, o che fornisce il servizio, lo rivende alla collettività. L'esempio tipico di tale tipologia è quello della fruizione di alcuni tipi di prestazioni sanitarie.

Ovviamente come per tutte le classificazioni anche quella appena descritta assume un valore di mera semplificazione per chi decide di realizzare un progetto facendo ricorso alla PFI. All'interno della pratica, tuttavia, la tipologia applicativa più comune di PFI è rappresentata dal c.d. *Design – Build – Finance – Operate*, indicato con l'acronimo DBFO. Secondo questo schema il soggetto privato si occupa della progettazione, della costruzione, del finanziamento e della successiva gestione dell'opera. Attraverso il DBFO si dovrebbe realizzare un reale trasferimento del rischio dal settore pubblico a quello privato. Il soggetto pubblico non diventa titolare del bene, ma paga per il suo utilizzo dei canoni periodici all'operatore privato che lo ha realizzato. Alla scadenza del contratto si possono verificare due differenti possibilità, a seconda di quando previsto in sede di redazione dell'accordo: la proprietà del bene rimane al soggetto privato oppure passa nelle mani del pubblico.

In ogni operazione di PFI deve essere prevista una chiara struttura di ripartizione del rischio, prodromica all'inizio dell'operazione. Una parte sostanziale del rischio di realizzazione e gestione

²²⁸ H.M. Treasury, *Breaking New Ground*, 1993.

del progetto deve essere trasferita dal soggetto pubblico a quello privato.

L'allocazione del rischio non può essere identica per ciascuna tipologia di progetto, ma deve essere valutata di volta in volta, caso per caso, sia in relazione alla capacità di gestione del soggetto pubblico o privato, sia della tipologia di opera che si intende realizzare. Quindi una volta effettuata la valutazione preliminare di fattibilità del progetto, si procederà alla allocazione del rischio in capo al soggetto che sia in grado di gestirlo al meglio, *with risk falling to those parties best able to manage it*.

Giunti a questo punto è necessario sottolineare come la PFI non possa essere vista come una tipologia di affidamento dei contratti in grado di realizzare qualsiasi tipo di progetto e di soppiantare il tradizionale appalto pubblico. A tal guisa, in molti dei documenti resi noti dal Treasury si fa esplicito riferimento al conseguimento del miglior *value for money* e alla tecnica, nota soprattutto agli economisti, del *public sector comparator*. Attraverso tale tecnica, il cui utilizzo è raccomandato anche dalla nostra AVCP nella valutazione di fattibilità del progetto, si procede ad una comparazione fra il costo che il soggetto pubblico dovrebbe sostenere per fornire direttamente una data tipologia di servizio, con il costo che lo stesso soggetto sosterebbe facendo ricorso alla PFI.²²⁹

Secondo l'opinione prevalente, a cui si è recentemente aggiunta la posizione l'OCSE, il *value for money* dovrebbe essere l'unico parametro in base al quale decidere come, attraverso quale procedura, deve essere realizzata un'opera pubblica o un servizio da rendere alla collettività.

In un recente rapporto dell'OCSE si afferma come il “*value for money should be the primary objective for entering into a public private partnership, and the use of private finance in a PPP does not make a project affordable if that project is unaffordable under traditional procurement.*”²³⁰

Partendo da questo punto di vista, la critica più aspra che è stata mossa al Governo britannico, non solo dalle opposizioni parlamentari, ma soprattutto dalla opinione pubblica, nell'ambito delle iniziative di PFI, ha riguardato i costi per la predisposizione delle offerte. Costi che sarebbero troppo elevati rispetto a quelli sostenuti per la realizzazione di un progetto facendo ricorso ad un appalto tradizionale²³¹.

²²⁹ Per gli approfondimenti di tipo più strettamente economico si veda Lo Cicero, op. cit e bibliografia ivi citata. Ed anche Luigi De Petris, Progetto Nuval cit.

²³⁰ Oecd, *Public Private Partnership: in Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, 2008.

²³¹ “ Un report dell'*Adam Smith Institute* del 1996 evidenziò che i costi medi d'offerta espressi in percentuale dei costi totali attesi, rispetto a progetti di tutte le dimensioni, sono più alti per i progetti PFI relativi a servizi pubblici che per progetti tradizionali di approvvigionamento. Il report evidenzia che i costi totali di offerta per un progetto PFI per tutti i potenziali contraenti sono appena inferiori al 3% dei costi totali attesi mentre per i

Ed ancora, il tempo intercorrente fra la presentazione dell'offerta e la conclusione del procedimento sarebbe troppo lungo, comportando forti ritardi nel ritorno del capitale investito.²³² Nel caso in cui i progetti siano di piccole dimensioni i costi per la sola presentazione dell'offerta possono risultare addirittura sproporzionati rispetto all'investimento che si intende affrontare.

Tendenzialmente, i procedimenti in PFI/PPP sono molto più lunghi e complessi rispetto alle procedure tradizionali, ed i costi per la presentazione delle offerte sono decisamente maggiori, per questi motivi attirano un numero minore di partecipanti. Come sottolineato in un recente rapporto del *National Audit Office* su tutti i procedimenti di gara banditi fra il 2004 e il 2006, i costi per la sola predisposizione dell'offerta per partecipare alla gara ammontano in media al 5% del valore del progetto. I processi di affidamento durano in media 34 mesi, compresi fra i 25 per la realizzazione di istituti scolastici, 38 per gli ospedali e 47 per gli altri settori. E in virtù di tali elementi il numero dei partecipanti alle gare è molto basso, raramente infatti sono più di due.²³³

Nel tentativo di elaborare una risposta a tali problemi applicativi, il Treasury ha provveduto a rendere note delle linee guida per gli operatori privati, allo scopo di individuare le condizioni standard da applicare a tutte le tipologie di contratti. Ed, in un secondo momento, gli organi di governo hanno elaborato dei veri e propri modelli di contratti standardizzati.²³⁴

L'importanza di tali contratti è sottolineata anche da autorevole dottrina²³⁵, “ *it should be made clear that PFI agreements are real contracts the terms of which are set out in considerable detail.*”

L'obiettivo dei contratti standardizzati, che vengono sottoposti a revisione periodica²³⁶ è “ *to promote a common understanding as to the risk included in a standard PFI project; to engender consistency of approach and pricing across a range of similar projects; and to reduce the time and costs of negotiations by enabling all parties concerned to agree a range of areas*

procedimenti tradizionali di approvigionamento il costo totale ammonta a poco meno dell'1%” Casella, op. cit. Per il report si veda, E. Butler e A. Stewart MP, *Seize the Initiative*, Adam Smith Institute 1996.

²³² “Il tempo medio per completare contratti di PFI è stato stimato in 26 e 42 mesi rispettivamente per progetti a livello di amministrazioni locali e per progetti del *National Health Service*” Casella cit. (Evidentemente in Gran Bretagna non sono al corrente dei tempi di realizzazione di tali progetti nel nostro Paese.)

²³³ Nao, *Improving the PFI Tendering Process*, HC 149 del 2007. I dati forniti dal Nao sono ripresi e analizzati nel dettaglio da E. Iossa in *L'allocazione del rischio e la struttura degli incentivi nel Partenariato Pubblico Privato*, in *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di Macchiati e Napolitano, Il Mulino, 2009.

²³⁴ *Office of Government Commerce, OGC, Standardisation of PFI Contracts – General*, 2002.

²³⁵ Cfr. Paul Craig, *Administrative Law*

²³⁶ L'ultima in ordine di tempo è del 2007, *Revision Standardisation of PFI Contracts*.

that can follow a standard approach without extended negotiations”²³⁷

L'utilizzo dei contratti standardizzati ha permesso una più ampia utilizzazione della PFI, nonché una forte riduzione del contenzioso. Tali contratti sono, infatti, caratterizzati dalla chiarezza delle clausole, dall'assenza di ambiguità, dalla concisione e dall'eliminazione di clausole superflue.²³⁸

Come già affermato in precedenza, la scelta di realizzare un progetto facendo ricorso a procedure tradizionali di *procurement* o alla PFI dovrebbe essere valutata di volta in volta scegliendo l'alternativa che permetta di migliorare il livello qualitativo dei servizi pubblici che la stessa PA è tenuta a garantire.

Oltre alle critiche relative al costo per la predisposizione delle offerte e ai tempi di implementazione dei progetti bisogna tuttavia accennare ai notevoli benefici che possono essere conseguiti con l'adozione di schemi di collaborazione fra pubblico e privato, in termini di efficienza ed efficacia della spesa pubblica.

Secondo il rapporto del *National Audit Office, PFI – Construction Performance*²³⁹, i costi di costruzione di un'opera realizzata con schemi di PPP sarebbero inferiori rispetto a quelli di un appalto tradizionale, e lo stesso beneficio si realizzerebbe in termini di riduzione dei tempi di realizzazione e consegna delle opere.²⁴⁰

In conclusione, la PFI è una forma di PPP che unisce un programma di approvvigionamento pubblico, nel quale il settore pubblico acquista beni e servizi dal privato, ad una estensione dell'affidamento all'esterno in cui i servizi pubblici sono appaltati al settore privato. La PFI differisce, quindi, dalla privatizzazione per il fatto che il privato conserva un ruolo primario nei progetti, o come acquirente dei servizi prodotti, o come uno dei soggetti che rende realizzabile il progetto.

La PFI differisce anche dall'affidamento all'esterno per il fatto che il privato rende disponibili sia i beni di investimento, sia i servizi. Differisce, inoltre, dalle altre forme di PPP per il fatto che il soggetto privato si occupa anche del finanziamento del progetto.²⁴¹

²³⁷ *Standardisations of PFI Contracts*, 2004.

²³⁸ Cfr. Stefano Presilla, *Il project financing in Italia*, cit.

²³⁹ Liberamente consultabile sul sito internet www.nao.org.uk.

²⁴⁰ National Audit Office, *PFI – Construction Performance*, 2003, nel quale si evidenzia che il 78% dei progetti si realizza con le risorse inserite in bilancio e che il 76% delle opere viene realizzato nei tempi previsti. Come riportato da G. Pasquini in, *Partenariato Pubblico Privato e opere pubbliche*, in *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, op.cit.

²⁴¹ “*The PFI is a form of public private partnership (PPP) that marries a public procurement programme, where the public sector purchases capital items from the private sector, to an extension of contracting-out, where*

I vari governi britannici nell'attuare la propria politica di sviluppo della PFI, e più in generale dei PPP, hanno assunto un ruolo particolarmente attivo, sia attraverso la creazione di strutture destinate a migliorare il rapporto fra pubblico e privato ed a diffondere *best practices*; sia attraverso la pubblicazione di guide, note pratiche, raccomandazioni, *case studies*, spesso molto articolati, con l'obiettivo di facilitare il ricorso a tali forme di realizzazione di opere pubbliche, di infrastrutture e, più in generale, di servizi per la collettività.

3. Private Finance Initiative e finanza di progetto. Dal common law al civil law un tentativo di comparazione.

L'interprete che decide di procedere ad un tentativo di comparazione fra la *private finance initiative* anglosassone e la *finanza di progetto* italiana si trova irrimediabilmente a dover analizzare i due istituti alla luce dei diversi ordinamenti giuridici dai quali provengono.

La dottrina ha infatti più volte sottolineato come il problema maggiore dell'introduzione del *project financing* nel nostro ordinamento sia stato, e in parte sia ancora, quello della compatibilità di tale istituto, e delle sue caratteristiche principali, con il nostro ordinamento.²⁴²

L'ordinamento giuridico anglosassone e quello italiano sono profondamente diversi perché diversi sono i contesti storici, politici e socio-economici in cui sono nati e all'interno dei quali si sono evoluti. Se uno è figlio della giurisprudenza, delle pronunce dei giudici, l'altro è espressione dei Codici, del diritto scritto. Se il primo nasce dall'esperienza dei mercati medievali, l'altro è strettamente legato alla sua origine canonica.

Queste profonde differenze, tuttavia, non devono in alcun modo significare che non si possa procedere ad una comparazione, per la quale si dovrebbe cercare di assumere uno sguardo nuovo, non escludendo *tout court* la possibilità di analizzare, in chiave comparativa appunto, due istituti che nascono in ordinamenti giuridici apparentemente tanto distanti.

Come affermato dalla dottrina: “il giurista italiano deve, quindi, armarsi non solo del bagaglio della propria competenza (diritto privato, diritto amministrativo, diritto comunitario,

public services are contracted from the private sector. PFI differs from privatisation in that the public sector retains a substantial role in PFI projects, either as the main purchaser of services or as an essential enabler of the project. It differs from contracting out in that the private sector provides the capital asset as well as the services. The PFI differs from other PPPs in that the private sector contractor also arranges finance for the project.” H.M. Treasury, 2001

²⁴² Per una analisi dettagliata dei problemi di compatibilità del *project financing* con il nostro ordinamento si veda su tutti Paolo Carrière, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, CEDAM 1999.

ecc.) ma deve essere disposto a dialogare con sistemi diversi senza quella punta di inutile critica che vuole l'un diritto superiore all'altro. Infine, il giurista dovrà sempre di più saper proporre soluzioni che siano dal punto di vista normativo ineccepibili anche quando integrati con trapianti di altri sistemi giuridici.”²⁴³

Non si può, infatti, tralasciare che il *project financing* è frutto della prassi del commercio internazionale e che ha trovato linfa vitale all'interno degli ordinamenti di *common law*, caratterizzati da una maggiore propensione al libero mercato.

Il diritto anglosassone presenta degli istituti e dei principi profondamente diversi dal nostro, talvolta addirittura incompatibili. Sarebbe pertanto impossibile, oltre a non essere corretto, tentare di introdurre *sic et simpliciter* la PFI all'interno del nostro ordinamento.

Pertanto, “l'operazione consentita al giurista che intende realizzare, secondo il diritto locale, operazioni di project financing è quella di procedere ad una trasposizione critica che muova dagli interessi perseguiti nel sistema di origine attraverso ciascun istituto e consenta di impiegare le fattispecie contrattuali che meglio assicurino la tutela dei medesimi interessi nel nostro ordinamento.”²⁴⁴

Si rende, quindi, necessaria una breve digressione sulla diversa concezione che assume l'istituto del contratto nel diritto continentale e in quello anglosassone.

L'analisi che si intende intraprendere, senza pretese di esaustività, è ulteriormente complicata dalla circostanza per la quale non esiste, neanche all'interno della stessa dottrina inglese, una univoca definizione di contratto. Né tanto meno può venire in aiuto una definizione normativa, codicistica, come quella contenuta nell'articolo 1321 del nostro Codice Civile, semplicemente perché non esiste nel diritto anglosassone una previsione analoga.

Certamente non può, e non vuole, essere questa la sede per procedere ad un'analisi dell'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul significato di contratto²⁴⁵ nell'ordinamento inglese²⁴⁶, ma si ritiene essere necessario, oltre che propedeutico, ai fini del prosieguo della

²⁴³ Mark Edward Kleckner, *Il project financing e il diritto italiano*, in *Project Financing. Aspetti economici, giuridici, finanziari, fiscali e contrattuali*, a cura di W. Ternau, Ed. Franco Angeli 1996.

²⁴⁴ Mario Miscali, *I tratti giuridici delle operazioni di project financing*, in *Il project financing. Soggetti. Disciplina. Contratti*, a cura di U. Draetta e C. Vaccà. Seconda edizione Egea 2002

²⁴⁵ Per uno studio completo sul significato di contratto all'interno degli ordinamenti di common law non si può prescindere dalla lettura di Gino Gorla, *Il contratto*, ed. Giuffrè 1955

²⁴⁶ Oltre alle differenze elaborate dalla dottrina in merito al concetto di contratto, si vogliono qui sottolineare quelle di tipo più strettamente etimologico, difatti “ nella dottrina inglese si distingue, invece, il *contract* dalla *convention*, che è termine più ampio e generico, inclusivo di accordi in cui una delle parti è la pubblica amministrazione; il *contract* dalla *promise*, che è la dichiarazione di assumere un obbligo; il *contract* dalla

trattazione indicare alcune delle posizioni espresse dalla dottrina nel corso degli ultimi anni.²⁴⁷

Soprattutto recentemente la dottrina inglese si è confrontata con due concetti di contratto che, pur partendo da una base comune, se ne sono via via allontanati, giungendo a conclusioni piuttosto diverse, quasi divergenti. Da un lato, le posizioni espresse da Atiyah²⁴⁸ più vicine alle impostazioni di *civil law*, dall'altro quelle di Treitel,²⁴⁹ di esclusiva impronta anglosassone.

Secondo tale distinzione, assolutamente semplificata, da un lato viene evidenziato il contratto quale atto di autonomia privata, quale affare che le parti concludono autonomamente e nel quale l'intervento esterno, del giudice o del legislatore, è visto come una fastidiosa interferenza.

Dall'altro, pur partendo dal medesimo principio di autonomia delle parti, il contratto può subire influenze esterne che vadano ad integrarne o modificarne i contenuti. Quindi una sorta di superamento della concezione classica della *privatezza del contratto*.

Indicando le diverse interpretazioni dottrinali, un cenno deve essere dedicato agli studiosi di diritto comparato, che giungono alla conclusione che il common law inglese si stia muovendo verso una *gradual convergence*.²⁵⁰

Gli ordinamenti di common law, in materia di contratti, sono caratterizzati da un regime di assolutezza dell'adempimento dell'accordo liberamente sottoscritto dalle parti. Tale caratteristica fondamentale preclude in generale, salvo particolari eccezioni, l'intervento del legislatore e del giudice nel determinare o modificare il contenuto dell'accordo.

Pertanto, nel diritto inglese l'autonomia privata ha un grado di efficacia molto più estesa rispetto al nostro ordinamento, per questo motivo le interferenze del legislatore e del giudice sono ridotte al minimo.

Tale peculiarità è fondamentale per comprendere le differenze fra i due ordinamenti. In quello anglosassone è centrale la figura dell'affare, il contratto ha sempre avuto connotazione

obligation che è il singolo obbligo creato dal contratto; il *contract* dall'*agreement* che è l'incontro delle volontà, elemento o requisito del contratto, parte di esso, ma non coincidente con il tutto; il *contract* con il *bargain* che è *an agreement between two parties for an exchange of performances either executed or promised*" così Alpa e Delfino in *Il contratto nel common law inglese*, CEDAM 1997.

²⁴⁷ In relazione al fatto che non si vuole procedere ad uno studio di diritto comparato ma più semplicemente indicare alcuni concetti fondamentali per comprendere poi lo scopo dell'indagine, si riprendono in questa sede le osservazioni formulate da Guido Alpa e da Rossella Delfino in uno dei più puntuali studi di diritto comparato degli ultimi anni, *Il contratto nel common law inglese*, Quaderni di diritto comparato, op.cit. E si rimanda alla bibliografia ivi citata per uno studio completo sulla comparazione del contratto nei due ordinamenti.

²⁴⁸ P.S. Atiyah, *An introduction to the Law of Contract*, Oxford 1995

²⁴⁹ G.H. Treitel, *The Law of Contract*, Londra 1995.

²⁵⁰ Markesinis, *The graduale convergence*, Oxford 1994.

commerciale, “il contratto è un affare e le parti sono coscienti di tale natura nel loro rapporto giuridico.”²⁵¹ A differenza di quello continentale dove centrale è l'elemento della promessa, a causa della forte influenza canonica nel nostro ordinamento e, di conseguenza, di una forte presenza del principio di eterointegrazione della volontà delle parti.

Nei sistemi di common law non sarebbe quindi possibile alcuna forma di integrazione del contratto da parte del legislatore o di modifica della volontà delle parti da parte del giudice. La giurisprudenza anglosassone, prendendo atto della volontà delle parti, valuta gli effetti del contratto in considerazione alla sola *external appearance* dell'accordo concluso. Il contenuto del contratto è costituito da una serie di clausole scritte che sono le uniche in grado di vincolare le parti. Da questo elemento si ravvisa la maggiore efficacia che il documento scritto assume nel diritto inglese rispetto al nostro ordinamento.

Il contratto scritto diviene quindi una sorta di “prigione” dalla quale le parti possono liberarsi solamente attraverso l'adempimento, assoluto, dell'obbligazione desunta dall'accordo. Ed inoltre, è sempre il contratto a sancire in maniera netta i confini di intervento del giudice.

L'autonomia privata assume, vale la pena ripeterlo, un livello di efficacia altissimo in relazione alla circostanza per cui le interferenze esterne, del legislatore e del giudice, sono ridotte ai minimi termini.

Nell'ordinamento anglosassone il giudice ha un margine di intervento estremamente limitato, non potendo liberarsi dal vincolo che le parti gli hanno imposto attraverso il contratto. Al contrario, nel nostro ordinamento, il giudice è chiamato a valutare non solo la dichiarazione espressa di volontà delle parti ma anche quella tacita. In tal modo la volontà delle parti, espressa nel contratto, potrebbe subire variazioni a seguito di una possibile interpretazione del giudice.

Alla luce di queste semplici osservazioni risulta evidente la circostanza per cui il *project financing* abbia trovato larga diffusione nei Paesi di *common law*, dove meglio è garantita la certezza e la stabilità del contratto nel tempo.

Grazie ai principi cardine della *common law*, quali l'assolutezza dell'adempimento, la *freedom of contract*²⁵² e la *sanctity of contract*, il project financing ha trovato la sua collocazione

²⁵¹ M. E. Kleckner, *Il project financing e il diritto italiano*, op.cit.

²⁵² “ Il principio della *freedom of contract* (libertà o autonomia contrattuale) si basa sull'assunto che il contratto sia il risultato dell'accordo di volontà delle parti, che queste siano libere di concluderlo, e di determinare liberalmente ed integralmente il contenuto, senza interferenze da parte del legislatore, del giudice o dell'autorità amministrativa, giustificate dall'esigenza di tutelare gli interessi di una parte, normalmente quella più debole, o l'interesse pubblico. Dal 1870 al 1980 la portata di tale principio è stata notevolmente ridotta ma negli ultimi anni si sta assistendo ad un'inversione di tendenza che vede la *freedom of contract* riacquistare sempre maggiori spazi” Guido Alpa e Rossella Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, cit. dove si citano le parole di P. S. Atiyah, *An*

ideale all'interno di mercati liberi come quelli di stampo anglosassone²⁵³

Il nostro ordinamento presenta, rispetto a quelli di *common law*, maggiori e più stringenti principi di chiusura nei confronti del *project financing*. Tali principi contribuiscono a compromettere la stabilità nel tempo di un'operazione in finanza di progetto, tuttavia il nostro legislatore non ha, per il momento, considerato, nei suoi interventi normativi in materia, alcun tipo di “correttivo” per superare tale *impasse*.

I principi del nostro ordinamento che non consentirebbero una piena diffusione della finanza di progetto sono da ravvisarsi, in particolare, nella eterointegrazione contrattuale, nella eccessiva onerosità sopravvenuta e nell'impossibilità sopravvenuta. Tali principi, a parere di chi scrive, potrebbero essere superati attraverso una più puntuale definizione di tutti i rapporti contrattuali che contribuiscono a formare un'operazione di *project financing*. Si potrebbe procedere, ad esempio, attraverso la predisposizione di clausole specifiche allo scopo di ridurre l'impatto di tali principi sulla complessiva operazione che si intende porre in essere.

Tali considerazioni si collocano all'interno di un'ottica nella quale la struttura giuridica del *project financing* non presuppone necessariamente innovazioni legislative ma la valorizzazione di istituti già presenti nel nostro ordinamento opportunamente interpretati ed applicati nella direzione ritenuta più opportuna.²⁵⁴

Si è più volte sottolineato nel corso della trattazione che il *project financing* nasce dalla prassi del commercio internazionale, solo in un secondo momento viene inserito all'interno di fattispecie contrattuali più o meno complesse del diritto anglosassone.

Tale figura è quindi ben rappresentativa del legame stringente fra diritto e economia. Non è un caso che i primi contributi in materia siano stati elaborati da economisti.

Riprendendo la definizione più conosciuta di *project financing*, contenuta nel testo base della prassi applicativa di tale fenomeno. Secondo Nevitt si tratta di “*a financing of a particular economic unit in which a lender is satisfied to look initially to the cash flows and earnings of that economic unit as the source of funds from which a loan will be repaid and to the assets of the economic unit as collateral for the loan.*”²⁵⁵

introduction to the Law of Contract, Oxford 2005, in particolare *Developments since 1980: return to classical principles?*

²⁵³ Si esprimono in questo senso, Guido Alpa e Rossella Delfino, *Il contratto nel common law inglese*, op. cit. ripresi anche da Stefano Presilla, *Profili di compatibilità generale del “project financing” con l'ordinamento giuridico italiano alla luce della sua tradizionale diffusione nei Paesi di origine anglosassone*, in www.nuovarassegna.it

²⁵⁴ Cfr. Mario Miscali, op. cit.

²⁵⁵ K. P. Nevitt, *Project financing*, op.cit.

Tale definizione mette in evidenza esclusivamente le caratteristiche economiche del *project financing*, pertanto non assume alcuna valenza dal punto di vista giuridico. Nonostante questo limite rimane il punto di partenza di qualsiasi analisi in materia perché contiene tutti gli elementi qualificanti il fenomeno.

Ampliando lo sguardo solo per un momento non si può non vedere che ci troviamo sempre più spesso in presenza di modelli contrattuali che nascono dal mercato, dal mondo degli affari, dall'autonomia delle parti.

L'elemento dominante della scena giuridica del nostro tempo non sono le convenzioni internazionali o le direttive comunitarie, ma, piuttosto, la circolazione internazionale di modelli contrattuali uniformi.²⁵⁶

Per far fronte alla internazionalizzazione dei mercati e alla complessità delle operazioni che lì si concludono, si rendono necessarie nuove categorie contrattuali. Laddove le fattispecie contrattuali non sono più sufficienti è il mercato che crea nuovi contratti.

Si crea così una sorta di nuovo diritto a carattere metanazionale al quale si attribuisce il nome antico di *lex mercatoria*, con la quale si intende “un nuovo diritto creato dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, e formato da regole destinate a disciplinare in modo uniforme, al di là delle unità politiche degli Stati, i rapporti commerciali che si instaurano entro l'unità economica dei mercati.”²⁵⁷

Dopo queste brevi osservazioni risulta molto più chiaro comprendere le ragioni per cui il *project financing* abbia trovato terreno fertile nei paesi di *common law*, ed in Gran Bretagna in particolare.

Il legislatore britannico, pur non prevedendo una normativa positiva in materia, è riuscito a sviluppare veri e propri modelli operativi, i contratti standardizzati, attraverso i quali si è diffusa una reale prassi contrattualistica, nonché la diffusione di *best practices* fra gli operatori.

Concludendo questa breve analisi, si vuole, tuttavia, concentrare l'attenzione verso alcuni elementi critici della PFI britannica. Alla luce dell'esperienza italiana tutt'altro che edificante in tema di realizzazione di infrastrutture, opere pubbliche o di pubblica utilità, si incorre nel rischio di subire una sorta di fascinazione nei confronti del modello britannico, che risulterebbe essere

²⁵⁶ Cfr. Francesco Galgano, *I contratti del commercio*, che così prosegue “ Sono, il più delle volte, contratti atipici: a crearli non sono i legislatori nazionali, ma sono gli uffici legali delle grandi multinazionali, sono i consulenti delle associazioni internazionali delle diverse categorie imprenditoriali. Il loro nome, che è quasi sempre un nome inglese, testimonia l'origine americana di quei modelli; ma dal paese di origine si sono propagati per l'intero planisfero. Essi non hanno nazionalità: la loro funzione è di realizzare l'unità del diritto entro l'unità dei mercati”

²⁵⁷ Cfr. Galgano op. cit.

molto più efficiente del nostro. Il rischio maggiore in tal senso è di limitare l'osservazione al solo risultato finale, la realizzazione dell'opera senza aggravii di costi per il settore pubblico, senza considerare, tuttavia, il percorso che ha condotto a tale risultato. La Gran Bretagna, attraverso la PFI, è riuscita a dare una vera scossa al mercato delle opere pubbliche, delle infrastrutture di trasporto, dei servizi alla collettività, ma non per questo vanno dimenticate le numerose difficoltà incontrate nella realizzazione concreta di tali progetti.

In primo luogo, come già accennato, gli stessi esecutivi britannici, supportati dal crescente malumore dell'opinione pubblica, hanno più volte sottolineato come la PFI presenti dei costi transattivi e di finanziamento troppo elevati, la cui entità, in taluni casi, andrebbe a compromettere la stessa redditività dell'iniziativa. La forte incidenza di tali costi sulla buona riuscita dell'operazione ha alimentato un forte dibattito in merito alla circostanza che la PFI sia o meno preferibile a forme di affidamento più tradizionali. Si comincia a diffondere, con sempre maggiore convinzione, l'idea che i costi da sostenere siano eccessivamente alti per l'amministrazione rispetto ai risultati che si ottengono²⁵⁸. In risposta a tali osservazioni, il Tesoro inglese ha espressamente deliberato che le iniziative in PFI risultano essere convenienti solo per quei progetti il cui valore superi i 20 milioni di sterline, consigliando agli amministratori di utilizzare forme di *procurement* più tradizionali per la realizzazione dei progetti di minor valore.

La *condicio sine qua non* per la buona riuscita di un'operazione di PFI o di finanza di progetto rimane l'ottimale allocazione del rischio, o meglio il suo reale trasferimento dal soggetto pubblico a quello privato. Sempre più di frequente, si verifica, tuttavia, sia in Italia, sia in Gran Bretagna, che ricada sull'operatore privato la parte più consistente del rischio, per evitare il fallimento del progetto.

Il contributo del pubblico è molto più marginale, rispetto a quanto accade in Italia, purtuttavia negli affidamenti in PFI è espressamente prevista una clausola contrattuale in caso di fallimento del progetto.

Nei paesi anglosassoni, laddove si palesi tale circostanza, si verifica un subentro immediato dell'amministrazione in tutte le obbligazioni contratte dalla società di progetto. Tale passaggio, come detto, è espressamente contemplato dal contratto. In caso di fallimento l'amministrazione committente è tenuta a versare il valore dell'immobile nei limiti del proprio arricchimento e, laddove si tratti di opere che forniscono servizi pubblici, la PA dovrà sostenere sia i costi di mantenimento, che di esercizio per la fruizione di quel determinato servizio che,

²⁵⁸ Esprime chiaramente tale posizione, Falconieri S., *I rapporti fra sistema finanziario e imprese di costruzione*, in *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, cit.

semplicemente, non può essere interrotto²⁵⁹.

La dottrina e la normativa anglosassone sono, pertanto, concordi nel sottolineare che l'amministrazione committente sia ormai assunta alla figura del *guarantor of last resort*. Il soggetto pubblico, vale la pena di sottolinearlo, non può lasciare fallire un progetto, soprattutto quanto si tratti di opere che forniscono servizi per la collettività. Esempi eclatanti in tal senso sono i progetti dell'Eurotunnel e della metropolitana di Londra, per il completamento dei quali la PA ha dovuto riscattare interamente il progetto²⁶⁰.

L'esperienza della PFI ha, pertanto, messo in evidenza sia gli aspetti positivi, che talune criticità. Tuttavia, a differenza di quanto accade in Italia, gli esecutivi britannici continuano a muoversi lungo una strada di sperimentazione, soprattutto per quanto concerne le modalità di finanziamento e la responsabilità dei privati. In un'ottica propositiva per individuare delle soluzioni che permettano di superare le criticità presenti.

La politica della PFI non può di certo essere abbandonata per tornare a forme di affidamento più tradizionali, soprattutto in questo momento di crisi economica, la collaborazione del soggetto privato rappresenta l'unica strada percorribile per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, non solo in Gran Bretagna e in Italia, ma in tutta Europa.

²⁵⁹ In tal senso si veda M. Ricchi, *Le scelte della pubblica amministrazione: gli affidamenti, i contratti di PPP e i poteri di revoca*, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, cit., dove viene ripresa una parte del rapporto sulla metropolitana di Londra redatto dalla House of Commons Transport Committee, *The London underground and the public – private partnership 2007 – 8*. In tale rapporto è espressamente previsto che: “*it is worth remembering that when private companies fail to deliver on large public projects they can walk away – the taxpayer is inevitably forced to pick up the pieces*”.

²⁶⁰ Si veda in tal senso il rapporto del Public Accounts Committee, *Managing the relationship to secure a successful partnership in PFI project*, nel quale si commentano le conseguenze della decisione di riscattare il progetto del Royal Armouries Museum di Leeds. Secondo tale rapporto: “*Contractors should expect to lose their investment in PFI project when things go wrong and to be rewarded when reasonably when things go well. It will undermine an essential commercial discipline if contractors generally are given the impression that the Government will always bail out as occurred in some individual cases*”. Per un approfondimento sul tema del *guarantor of last resort*, si veda S. Falconieri, *I rapporti tra sistemi di finanziamento e imprese di costruzioni*, in *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, cit, nel quale l'autore cita a sostegno della propria tesi il giudizio delle agenzie di *rating* sugli investimenti nel settore della PFI. L'agenzia Fitch e la Standard and Poor's hanno dichiarato come le imprese private che partecipano a progetti in PFI sostengano in realtà un rischio molto basso perché il governo riveste il ruolo di *guarantor of last resort* contro i possibili rischi.

CONCLUSIONI

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 7/2011, si è pronunciata in merito alla finanza di progetto, qualificandola come un “particolare metodo di affidamento dell’opera pubblica, alternativo rispetto a quello della concessione”.

La Corte esprime tale giudizio nelle considerazioni in diritto nell’ambito di una pronuncia riguardante la legittimità costituzionale di una serie di articoli della legge emanata dalla Regione Liguria del 28 dicembre 2009, n. 63, recante “Disposizioni collegate alla legge finanziaria 2010”. Con tale sentenza la Corte censura l’art. 1 delle suddetta legge regionale, sostenendo che tale disposizione incide direttamente sulla materia della tutela della concorrenza, materia di competenza esclusiva statale.

La stessa Corte, nella sentenza n. 411 del 2008, aveva già avuto modo di affermare che le norme relative alle procedure di gara e all’esecuzione del rapporto contrattuale, comprese quelle in tema di programmazione di lavori pubblici, sono di competenza esclusiva statale, perché sono poste a tutela della concorrenza.

La norma censurata autorizza, infatti, i soggetti privati che intendano promuovere interventi non previsti dagli strumenti di programmazione adottati dalla Regione, a presentare degli studi di pre – fattibilità. La presentazione di tali studi non comporta alcun diritto al compenso o alla realizzazione dell’opera per il soggetto promotore, e neppure ad una tempestiva decisione della Regione, prevedendo in tal modo una disciplina difforme rispetto a quella dettata dal comma 19 dell’art. 153 del Codice dei contratti.

Secondo il dettato del comma 19, come ampiamente sottolineato nel corso della trattazione, i soggetti privati possono presentare degli studi di fattibilità per la realizzazione di progetti che non siano previsti all’interno della programmazione triennale. Tuttavia, tale disposizione, pur escludendo il diritto al compenso e alla successiva realizzazione dell’opera, prescrive un obbligo, a carico dell’amministrazione, di pronunciarsi sulla proposta nel termine di sei mesi dal suo ricevimento.

Quindi, la procedura prevista al comma 19 dell’art. 153 si caratterizza, rispetto alle altre previste dalla normativa, per la sua idoneità ad integrare e a coadiuvare l’attività di programmazione dell’amministrazione aggiudicatrice. In questo modo il soggetto pubblico si avvale della collaborazione del privato, non solo per il contributo elargito in termini di finanziamento dell’opera, ma anche per l’individuazione del progetto da realizzare. L’attività del privato si inserisce così nel momento genetico dell’elaborazione della proposta.

Ed è proprio tale previsione che, a parere di chi scrive, dovrebbe rappresentare la vera *ratio*

della finanza di progetto. In questa particolare tipologia di affidamento, il contributo del privato non può, e non deve, limitarsi alla sola fase del finanziamento del progetto, ma deve, piuttosto, inserirsi all'interno di un contesto di reale collaborazione con il pubblico in tutte le fasi che portano alla realizzazione dell'opera.

Quindi, in base a quanto indicato nelle considerazioni in diritto, secondo la Corte Costituzionale: “la disciplina della finanza di progetto, a livello statale, si inserisce nell'ambito della disciplina generale dei contratti pubblici, caratterizzandosi come un *particolare metodo di affidamento dell'opera pubblica, alternativo rispetto a quello della concessione* (disciplinata dall'art. 143 del Codice dei contratti pubblici), nel quale la gara pubblica è basata su uno studio di fattibilità dell'opera e prevede la pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.”

La Corte continua individuando le caratteristiche principali della finanza di progetto, che risiedono “nella idoneità a stimolare, per i lavori pubblici o di pubblica utilità finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, un contributo di idee da parte dell'imprenditoria privata, nell'individuazione delle modalità di realizzazione tecnica dell'opera pubblica, sia attraverso la predisposizione, da parte del promotore, dello studio di fattibilità, sia nel corso del procedimento, attraverso le eventuali modifiche.”

Attraverso questa pronuncia, la Corte costituzionale fornisce una definizione chiara e, a parere di chi scrive, corretta del *project financing*.

In primo luogo, sottolinea che si tratta di un procedimento alternativo rispetto alla concessione e, pertanto, altro da essa. Tale affermazione, in linea con quanto previsto dal legislatore del Codice dei contratti, fornisce una autorevole risposta a quanti affermano che la finanza di progetto sia un mero duplicato dell'istituto concessorio.

In secondo luogo, la sentenza della Corte individua le caratteristiche fondamentali di tale metodo di affidamento dei contratti pubblici, rinvenibili sia nel contributo finanziario del soggetto privato, sia nel contributo di idee che l'imprenditore privato è potenzialmente in grado di fornire per la realizzazione del progetto.

Tuttavia, lo sviluppo della finanza di progetto in Italia è strettamente legato al livello di certezza del quadro normativo nel quale il soggetto privato si trova ad operare. Come visto nel corso della trattazione, il nostro legislatore ha, al contrario, contribuito a rendere tale cornice normativa sempre più complessa, modificando, di volta in volta, le procedure per l'aggiudicazione del contratto.

La dottrina, d'altro canto, non ha contribuito a fornire chiarimenti all'operatore privato,

concentrandosi, troppo spesso, sul problema definitorio e tralasciando talune implicazioni giuridiche, nonché le ricadute sul mercato.

Nell'ordinamento italiano non esiste una forma *pura* ed unitaria di *project financing*, bensì varie tipologie *spurie*, caratterizzate da una forte flessibilità e adattabilità al caso concreto. Tale circostanza può essere ricondotta sia alla presenza di numerose procedure per l'affidamento del contratto, sia alle differenti tipologie di opere che possono essere realizzate con il ricorso a tale sistema.

Attraverso le disposizioni contenute nel comma 15 *ter* del Codice dei contratti, il legislatore ha notevolmente ampliato le tipologie di affidamento dei contratti pubblici. Tale possibilità di scelta permette di individuare la forma più adatta alla realizzazione del progetto, consentendo un miglior perseguimento dell'interesse pubblico. Per effetto di tale previsione normativa si supera definitivamente la classica *summa divisio fra contratti di appalto e concessioni*, quali uniche procedure per l'affidamento dei contratti pubblici.

La scelta operata dal soggetto pubblico di realizzare un progetto in *project financing* deve essere frutto di attente valutazioni. Deve essere una valutazione razionale e ponderata. Tale scelta deve essere operata considerando la reale convenienza economica, rispetto all'utilizzo di tipologie di *procurement* più tradizionali, nonché dei benefici che l'opera realizzata è potenzialmente in grado di offrire alla collettività. Benefici che possono giustificare la presenza di un certo contributo finanziario da parte dell'operatore pubblico.

La concreta ed efficiente utilizzazione di modelli di partenariato deve essere esclusivamente orientata al perseguimento degli obiettivi sopra esposti, che possono essere raggiunti attraverso la collaborazione fra pubblico e privato.

I benefici che il ricorso alla finanza di progetto è potenzialmente in grado di garantire sono molteplici. In primo luogo, la possibilità di incrementare la dotazione infrastrutturale del nostro Paese, sia grazie all'apporto di risorse private, sia grazie alla possibilità di utilizzare particolari forme di finanziamento come i Fondi strutturali europei. Inoltre, la possibilità di realizzare il progetto in maniera più efficiente, in termini di costruzione, tempi di realizzazione e gestione, grazie alla sinergia con il settore privato.

L'amministrazione è, pertanto, chiamata ad assolvere vari compiti: individuare quali progetti possano essere realizzati con l'utilizzo di contratti di partenariato; elaborare le procedure per la scelta del soggetto privato; verificare e controllare tutte le fasi di realizzazione e successiva gestione del progetto. Per compiere al meglio tali funzioni le pubbliche amministrazioni possono, o meglio debbono, avvalersi della competenza di organismi con competenze tecniche specifiche. Il compito esclusivo di tali organismi dovrebbe essere quello di sviluppare ed

implementare operazioni di partenariato, come la *Partnership UK* britannica, o la nostra *Unità tecnica finanza di progetto*.

Uno dei rischi più spesso segnalati dagli studiosi del *project financing* è che questa, come altre forme di partenariato, possa essere considerata come una sorta di “panacea per ogni male”: il rischio è cioè, quello di ricorrervi tutte le volte in cui la PA decida di realizzare un’opera pubblica o di pubblica utilità. L’amministratore pubblico dovrebbe, al contrario, agire come un soggetto razionale, valutando, di volta in volta, se un’opera possa essere realizzata mediante finanza di progetto, o se sia più conveniente procedere con forme di affidamento più tradizionali. Come più volte indicato nel corso della trattazione, il *project financing* rappresenta una forma di affidamento dei contratti molto complessa, ancorché molto costosa. Pertanto, un suo utilizzo non ponderato può comportare il manifestarsi di effetti distorsivi.

Considerando, tuttavia, la cronica mancanza di fondi dell’operatore pubblico, aggravata dalla attuale crisi economica, diventa indispensabile operare una scelta. Spesso l’alternativa è netta: realizzare l’opera pubblica facendo ricorso al contributo finanziario del privato o non realizzarla affatto. Nella attuale situazione è difficile pensare di poter realizzare opere pubbliche o di pubblica utilità facendo ricorso ai soli capitali pubblici. Risulta, pertanto, ovvio che lo sviluppo che ha conosciuto e sta conoscendo la finanza di progetto è legato strettamente, se non esclusivamente, a tale circostanza.

L’indiscutibile complessità delle procedure rappresenta un altro fattore di criticità ed un grosso freno allo sviluppo del *project financing*. Bisognerebbe, tentare di semplificare le procedure, come indicato dalla stessa Commissione europea, cercando di favorire il ricorso a forme di confronto fra pubblico e privato, attraverso l’adozione di strumenti più flessibili, quali il dialogo competitivo. Questo istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento dal Codice dei contratti, ma il suo impiego è subordinato all’applicazione del regolamento attuativo al Codice, approvato con il DPR n. 207/2010, che ne rinvia la piena operatività all’8 giugno 2011.

Rispetto all’obiettivo di favorire l’adozione di una normativa chiara e facilmente applicabile, gli organi comunitari non hanno fornito un contributo significativo. Il legislatore europeo ha, infatti, limitato il proprio intervento alla semplice individuazione di una cornice normativa molto generale, lasciando liberi gli Stati membri di adottare normative dettagliate fortemente differenziate. Basti considerare che l’unico limite imposto al legislatore nazionale, è il rispetto dei principi del Trattato, in particolare del principio della concorrenza e della parità di trattamento.

In ambito comunitario è, tuttavia, da sottolineare la costituzione dell’*EPEC – European PPP Expertise Center*, nato dalla collaborazione fra BEI e Commissione europea. Il ruolo principale

di tale struttura è quello di contribuire alla diffusione di *best practices*, o molto più semplicemente, contribuire a creare una *cultura* della *partnership* in Europa. Questo approccio scelto dalla Commissione, che potremmo definire di *soft law*, potrebbe facilitare lo sviluppo di prassi e comportamenti efficienti da parte delle amministrazioni che decidono di avvalersi dei contratti di PPP, sulla falsariga del modello anglosassone della PFI.

In questo quadro, il legislatore italiano è intervenuto per tentare di rimediare alla complessità delle procedure. Attraverso il terzo decreto correttivo sono state previste diverse procedure per l'affidamento dell'opera in finanza di progetto. Tali procedure hanno sortito l'effetto di una maggiore semplificazione, ma hanno anche comportato il manifestarsi di talune criticità. Una di queste è l'indebolimento, in nome del principio di concorrenza, della figura del promotore. A tale figura, la normativa non riconosce alcuna posizione di vantaggio, se non nella procedura della *doppia gara*, al punto che non si ravvede alcun tipo di distinzione rispetto agli altri concorrenti.

La figura che meglio sembra salvaguardare la specificità della finanza di progetto è contenuta nel comma 19 dell'art. 153, oggetto della sentenza della Corte costituzionale più volte richiamata. Tale procedura prevede una sorta di ritorno alla figura *classica* di finanza di progetto, nella quale è il privato che effettua la proposta per la realizzazione e successiva gestione di un'opera pubblica o di pubblica utilità. Tuttavia, tale procedura è residuale, essendo attivabile solo in caso di inerzia della PA.

Il risultato prodotto dalle ultime riforme non è incoraggiante. L'intervento sulle procedure in materia di aggiudicazione del contratto, ha sortito l'effetto di ridurre al minimo la partecipazione del soggetto privato, soprattutto nella fase della programmazione e della realizzazione. Il pericolo concreto in cui rischia di imbattersi la finanza di progetto pare, dunque, essere quello di una sua involuzione normativa e di un suo progressivo "appiattimento" sul modello concessorio tradizionale.

BIBLIOGRAFIA

- Albisetti R., *Il capitale di rischio nel project financing*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1/2005.
- Alpa G. e Delfino R., *Il contratto nel common law inglese*, Quaderni di diritto comparato, CEDAM, 1997.
- Amato A., *La finanza di progetto tra aspettative e criticità*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1/2005.
- Amorosino S., *Il Project financing ed il concorso finanziario privato nella realizzazione di opere pubbliche*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1993.
- Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, *Linee guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle procedure previste dall'art. 153 del Codice dei contratti pubblici*, determinazione del 20 maggio 2009, n. 4.
- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, *Linee guida dell'attività dell'Autorità nel settore degli appalti pubblici e sue prospettive di sviluppo*, 2007.
- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, *Diritto di prelazione nelle procedure di Project financing e disciplina transitoria applicabile a seguito del d. lgs. 31 luglio 2007 n. 113*, determinazione n. 3 del 2007.
- Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, *Procedure di cui all'art. 153 del Codice dei contratti pubblici: linee guida per i documenti di gara*, determinazione del 20 maggio 2009, n. 3.
- Awwad A. A., *La società di progetto: profili di diritto societario*, in *Finanza di progetto. Temi e prospettive. Approfondimenti sistematici ed interdisciplinari*, (a cura di) Cartei e Ricchi, Editoriale Scientifica, 2010.
- Bagella – Lo Cicero, *Note sulla produzione e il finanziamento di beni semipubblici: finanza di progetto e PPP come strumenti di politica economica*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1/2005.
- Baldi M. – De Marzo G., *Il project financing nei lavori pubblici*, Ipsoa 2004
- Bassanini F. e Reviglio E., *Nuovi strumenti per il finanziamento delle infrastrutture europee*, in *Il finanziamento dell'Europa. Il bilancio dell'Unione e i beni pubblici europei*, (a cura di) Salvemini e Bassanini, Passigli Editore, 2010.

- Bassanini F., *Lo Stato delle riforme amministrative, il “perimetro” della Pubblica Amministrazione e i problemi del public procurement*, prefazione al volume *Lo stato compratore. L’acquisto di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni*, (a cura di) Fiorentino, Quaderni di Astrid, Il Mulino, 2007.
- Bentivogli C., Panicara E., Tidu A., *Il project finance nei servizi pubblici locali. Poca finanza e poco progetto*, in *Questioni di economia e finanza*, Occasional paper, Banca d’Italia, 2008
- Botto A., *Il secondo decreto correttivo (D. Lgs. n. 113 del 2007), con particolare riferimento alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria*, relazione al convegno IGI – Roma 2007.
- C.N.E.L., *Il finanziamento privato delle opere pubbliche: il project financing*, in *Osservazioni e Proposte*, Roma, C.N.E.L., 2002.
- Camarda A., *Pubblica amministrazione e project financing*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, n. 2/2006.
- Capantini M., *Nozione e fattispecie dei PPP: inquadramento generale, limiti e prospettive*, relazione del Convegno *Cooperazione fra pubblico e privato: i nuovi strumenti*, Pisa 2007.
- Caringella F. – Protto M., *Il project financing*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, Ipsoa, 2003.
- Caringella F., *Corso di diritto amministrativo*, III edizione, Giuffrè, 2004.
- Caringella F., *La discrezionalità amministrativa ed il relativo sindacato giurisdizionale*, in *Corso di diritto amministrativo*, tomo II, terza edizione, Giuffrè editore, 2004.
- Carriere P., *Project financing – profili di compatibilità con l’ordinamento giuridico italiano*, Cedam 1999.
- Cartei G., *La finanza di progetto*, atti della giornata di studi, *Il Partenariato pubblico privato*, Università di Firenze, 2008.
- Casella F., *Il project financing nel Regno Unito*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2005.
- Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Laterza.
- Chiti M. (a cura di), *Il partenariato pubblico privato, profili di diritto amministrativo e di scienza dell’amministrazione*, Bonomia University Press, Bologna, 2005.
- Chiti M. P., *Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato pubblico privato*, atti del convegno, *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, Firenze 2005.

- Chiti M., *Le persistenti ambiguità giuridiche degli istituti di PPP*, atti della giornata di studi, *Il Partenariato Pubblico Privato*, Università di Firenze, 2008.
- Clarich M. –Fiorentino L., *Appalti e concessioni: regole e prassi per il mercato*, in *Appalti pubblici e Concorrenza*, Centro studi Confindustria.
- Clarich M., *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*, in *Corriere Giuridico*, n. 11/2006.
- Clarich M., *Gli aspetti giuridici del project financing nelle pubbliche amministrazioni*, Prima conferenza della finanza di progetto nelle p.a., Roma 2005.
- Coletta A., *Finanza di progetto e terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it.
- Collevecchio M., *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel “correttivo 3”*, in www.federalismi.it.
- Contessa C., *La Corte di giustizia fra indicazioni (tardive) sulla legge Merloni e spunti (tempestivi) sul codice dei contratti*, in *Urbanistica e appalti*, n.7/2008.
- Costantino L., *Profili privatistici del project financing e gruppi di contratti*, in *Contratto e Impresa*, 2003.
- De Giorgi Cezzi G., *Il PPP e le nuove esigenze di tutela degli interessati*, atti della giornata di studi Università di Firenze 2008.
- De Nicolotis R., *Le novità recate dal secondo correttivo del codice dei contratti pubblici e le ulteriori sopravvenienze normative*, Giuffrè, 2007.
- De Pierris L., *Cenni sulle modalità di attuazione del PPP in Italia*, in *La finanza di progetto – esperienze a confronto*, Nuval
- De Pretis L. – Leone V., *Italian PPPs – The development of a funding unit*, in www.infrastructurejournal.com.
- De Rose C., *Il project financing: nozione, possibili applicazioni pubblicistiche, loro compatibilità con l’ordinamento comunitario*, in *Cons. Stato*, 1997.
- Della Cananea G., *Dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato: gli appalti pubblici nei servizi di comunicazioni elettroniche*, atti del convegno Università di Firenze 2005.
- Dipace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè Editore, 2006.
- Dipartimento della funzione pubblica, *Modelli di PPP per il finanziamento delle infrastrutture, Sintesi direzionale del rapporto di ricerca*, 2005.

- Draetta U. – Vaccà A., *Il project financing: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, 1997.
- Draghetti L., *Finanza di progetto come partnership tra pubblico e aspetti di criticità e prospettive*, in www.giustamm.it, n.9/2005.
- Fernandes C., *Il PPP nel settore delle autostrade in Portogallo*, in *La Finanza di progetto – esperienze a confronto*, Progetto Nuval.
- Ferrari – Fracchia (a cura di), *Project financing e opere pubbliche: problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano, Egea, 2004.
- Ferrari E. (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione in Europa*, Giappichelli Editore.
- Ferrari G. F., *Il project financing. I principi e le procedure , i vincoli e le libertà del diritto pubblico nella vecchia e nella nuova normativa*, in App. Urb. Ed. n. 3 del 2002.
- Fidone – Raganelli, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. prelazione del promotore*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005.
- Fidone – Raganelli, *Il partenariato pubblico privato per la realizzazione di opere pubbliche tra incentivi ai privati e tutela della concorrenza*, SIDE – ISLE working paper 2006.
- Fidone G., *Un'applicazione di analisi economica del diritto: la procedura per la scelta del concessionario nel c.d. project financing*, SIDE – ISLE working paper 2006.
- Fiorentino L., *Il terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2009.
- Fiorentino L., *Verso un codice unico degli appalti*, ASTRID rassegna n. 23 – 2006.
- Fondo Monetario Internazionale, “*Infrastructure, Investment and PPPs*” in “*Italy: Selected Issues*”, 2006, disponibile in www.imf.org
- Fracchia F., *Il project financing*, in *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, Università degli studi di Trento, atti dei seminari, 2004.
- Franchini C., *I contratti della pubblica amministrazione fra diritto pubblico e diritto privato*, in Franchini (a cura di), *I contratti della pubblica amministrazione*, Trattato dei Contratti, UTET, 2007.
- Franco I., *Diritto comunitario e Diritto nazionale: una convivenza problematica. Riflessi sulla materia degli appalti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti* n. 6/2007.
- Gaspari F., *Il dialogo competitivo come nuovo strumento negoziale e sua (asserita) compatibilità con la finanza di progetto*, in www.giustamm.it.

- Gatti S., *Manuale del project finance*, Bancaria editrice, 2006.
- Giampaolino L., *Una nuova politica per le opere pubbliche in Italia: la difficoltà di una iper-regolamentazione*, Forum nazionale OICE.
- Giannini M. S., *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, 1989.
- Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, I edizione, Giuffrè 1970.
- Giannini M. S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2000.
- Giorgiantonio C. e Giovanniello V., *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Questioni di economia e finanza, Occasional papers*, Banca d'Italia, 2009.
- Gorla G., *Il contratto*, Giuffrè, 1955.
- Greco R., *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al Codice degli appalti*, in www.giustamm.it.
- Guzzo G., *La finanza di progetto: fu vera gloria? Alcune riflessioni sul project financing alla luce delle recenti pronunce del Consiglio di Stato, V Sezione, 10 novembre 2005, n. 6287, del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, 22 dicembre 2005, n. 974 e della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (finanziaria 2006)*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, n. 1/2006.
- Guzzo G., *Partenariato pubblico – privato, risoluzione del parlamento europeo e legislazione nazionale: insanabile distonia?*, in *Appalti & Contratti*, n. 5 del 2007.
- Imperatori G., *Il Project financing – una tecnica, una cultura, una politica*, Il sole 24 ore, Milano, 2003.
- Iossa E. – Russo F., *Potenzialità e criticità del Partenariato pubblico privato in Italia*, *Rivista di Politica Economica*, 2008.
- Lacava C., *Il secondo correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo* n. 12/2007.
- Lacava C e Fiorentino L. (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo – Quaderni*.
- Lavoratorini R., *La finanza di progetto e il ruolo delle banche: il ruolo di asseveratore di piani economico-finanziari*, in *Economia e diritto del terziario*.
- Lipari M., *La direttiva ricorsi nel Codice del processo amministrativo, dal 16 settembre 2010 si cambia ancora?*, disponibile sul sito internet www.federalismi.it.
- Lugaresi N., *Concessione di costruzione e gestione e “project financing” : problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2001.

- Macchiati – Napolitano (a cura di), *E' possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, Il Mulino, 2009.
- Marcolungo C., *Il PPP istituzionalizzato*, atti della giornata di studi, *Il Partenariato Pubblico Privato*, Università di Firenze.
- Mari A., *Le infrastrutture*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, tomo II, Milano, Giuffrè, 2003.
- Massera A., *I Contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, a cura di S. Cassese, tomo II, Giuffrè, 2003.
- Massera A., *Il partenariato pubblico privato e il diritto europeo degli appalti*, atti del convegno di Firenze 2005.
- Merusi F., *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in Banca Impresa Società, 2003.
- Merusi F., *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in Riv. Trim. app., 1998.
- Minicuci A., *Il Partenariato Pubblico Privato nelle esperienze locali*, atti del convegno Firenze 2005.
- Mollica F., *Il Partenariato Pubblico Privato*, Istituto nazionale per il commercio estero, 2002.
- Morbidelli G. (a cura di), *Finanza di progetto*, Giappichelli, Torino, 2005.
- Morbidelli G., *Il project financing: considerazioni introduttive*, in Diritto pubblico comparato ed europeo, n. 4/2005.
- Napolitano G. (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Giuffrè, 2007.
- Napolitano G. e Abrescia M., *Analisi economica del diritto pubblico*, Il mulino, 2009.
- Napolitano G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè 2003.
- Nevitt K. P., *Project financing* V ed., Londra 1988, trad. P. De Sury.
- Pajno A., *Il codice del processo amministrativo tra cambi di paradigma e paura della tutela*, in Giornale di diritto amministrativo, n. 9 del 2010.
- Pancheri S., *La finanza di progetto: questioni di metodo*, in *La finanza di progetto – esperienze a confronto*, Formez.
- Paradisi I., *Project financing e tutela della concorrenza: alcune considerazioni sul meccanismo del rimborso spese previsto dall'art. 37 quater, comma 5 della legge n. 109/1994*, UTFP – CIPE.
- Paradisi I., *Strumenti giuridici e procedure per la realizzazione di interventi in partenariato pubblico – privato*, in *La Finanza di progetto – esperienze a confronto*, Formez – Dipartimento della funzione pubblica.

- Pasquini G., *Il project financing e l'accordo bonario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12/2007.
- Pasquini G., *Il project financing e la discrezionalità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 10/2006.
- Pasquini G., *Pubblico e Privato per le infrastrutture di pubblica utilità: temi e prospettive*, in Cabiddu (a cura di) , *Modernizzazione del paese. Politiche, opere e servizi pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2005.
- Picozza E. (a cura di), *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici* Giappichelli editore.
- Picozza E., *Le concessioni, il general contractor e la finanza di progetto*, Atti del convegno *Il Partenariato Pubblico Privato e il Diritto Europeo degli appalti e delle concessioni* , Firenze 2005.
- Picozza E., *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Il Consiglio di Stato*, 12/2002 (prima parte), ed ivi 1/2003 (seconda parte).
- Picozza E., *Le nuove prospettive della finanza di progetto nel codice dei contratti pubblici*, in *Giurisprudenza amministrativa*, n. 7/2007.
- Presilla S., *Profili di compatibilità generale del project financing con l'ordinamento giuridico italiano alla luce della sua tradizionale diffusione nei Paesi anglosassoni*, in www.nuovarassegna.it.
- Puca M., *Cos'è il project financing: concetti e storia*, in *Notariato*, n. 5/2006.
- Rabitti G., *Project finance e collegamento contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1996.
- Raganelli B., *Partenariato pubblico privato ed opere pubbliche in Europa. La ricerca di un equilibrio tra regole e flessibilità*, Documento I – COM, 2008.
- Raganelli B., *Public – Private Partnerships: quadro giuridico e giurisprudenza comunitaria*. Working paper I – COM, 2009.
- Resse D., *Il project financing delle opere pubbliche. Dalla valutazione della proposta alle modalità di finanziamento del progetto: brevi spunti e riflessioni*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, fasc. 12, 2006.
- Ricchi – Geminiani, *PPP, Finanza di progetto e diritto di prelazione*, Unità tecnica finanza di progetto, 2007.
- Ricchi M., *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2 del 2006.
- Ricchi M., *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, in *Urb. App.* n. 2/ 2002.

- Ricchi M., *Il Codice dei Contratti: iper-regolamentazione o discrezionalità liberalizzata? I casi della qualificazione e dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella procedura negoziata*, documento I – Com, 2009.
- Ricchi M., *Negoauction, discrezionalità e dialogo competitivo (una teoria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP)*, SIDE – ISLE.
- Ricchi M., *Project financing, le ragioni dell'exploit e le ragioni della prudenza*, in *Project financing ed opere pubbliche*.
- Sandulli M.A., *Anche il processo amministrativo ha finalmente un Codice*, disponibile sul sito internet www.federalismi.it.
- Sandulli M.A., *Il Partenariato Pubblico Privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, in atti del convegno, *Il PPP e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*.
- Sandulli M.A., *L'eterna incertezza dei contratti pubblici: quale diritto per le stazioni appaltanti e quali prospettive per la competitività del Paese? (La Ce mette in mora lo Stato italiano per il Codice dei contratti pubblici)*, disponibile sul sito internet www.astrid-online.it.
- Scano D., *Project financing: società e impresa*, Milano, Giuffrè, 2006.
- Tarantini G., *La finanza di progetto dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 153, d.lgs. n. 163/2006)*, disponibile sul sito internet www.federalismi.it.
- Tassarolo C., *Il partenariato pubblico privato. La scelta del partner privato*, in *Diritto dei servizi pubblici*.
- Tullio A., *La concessione di costruzione e gestione quale sistema di realizzazione dei lavori pubblici in regime di Project finance*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 1/2005.
- Tullio A., *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2003.
- Unità tecnica finanza di progetto, *10 temi per migliorare il ricorso alla finanza di progetto (L'accerchiamento della Merloni)*, 2005
- Unità tecnica finanza di progetto, *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità*, 2006
- Unità tecnica finanza di progetto, *Partenariato Pubblico Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico. Decisione Eurostat 11 febbraio 2004 "Treatment of public private partnership"*, 2004.
- Unità tecnica finanza di progetto, *Partenariati pubblico privati per gli investimenti pubblici*, Convegno di Aosta, 2007.

- Unità tecnica finanza di progetto, *Relazione sull'attività svolta nel 2006*.
- Vaccà A. (a cura di), *Project financing – soggetti – disciplina – contratti*, Milano, Egea, 2002.
- Virgilio R., *Finanza di progetto nel sistema di realizzazione dei lavori pubblici*, in G. Morbidelli (a cura di).
- Wilson T., *L' esperienza britannica della Private Finance Iniziative*, in *La Finanza di progetto – esperienze a confronto*, Dipartimento della funzione pubblica

