Sistemi di realizzazione di opere pubbliche con partner privati: dalla concessione al project financing

Danila Jacovelli

1. Cenni storici. Le concessioni di lavori pubblici tra provvedimento e contratto

La realizzazione di opere pubbliche, specie di quelle che si concretano nella creazione di infrastrutture necessarie per lo sviluppo del territorio[1], rappresenta tradizionalmente una delle attività di maggior impegno del potere pubblico[2], che nell'assolvere tale compito non può non misurarsi con la realtà economica della società.

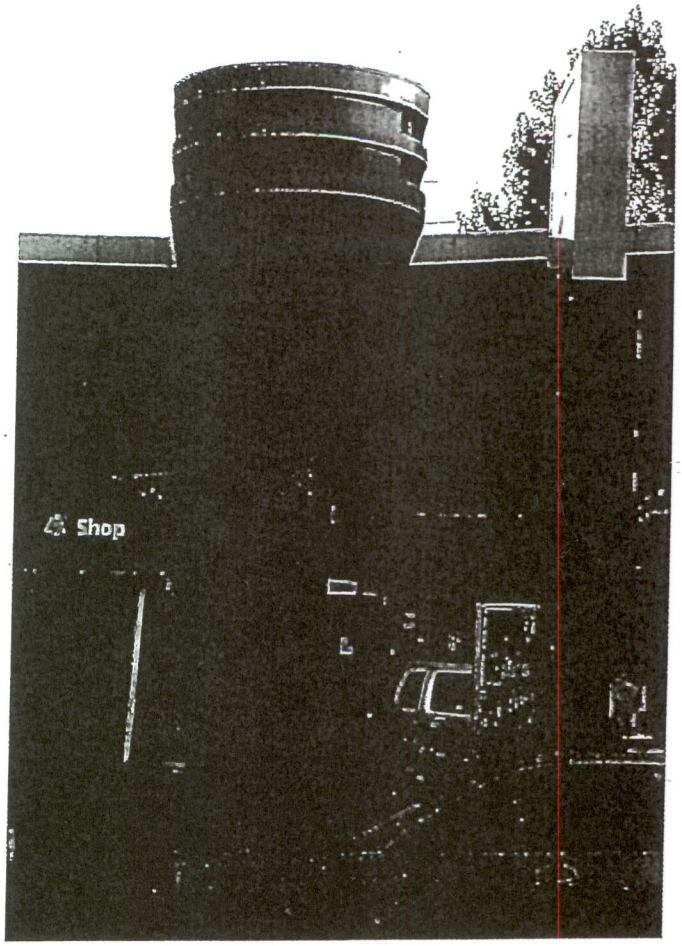
Nello stato liberale, grazie ad un'ampia capacità impositiva, sconosciuta al periodo dell'assolutismo, oltre che al progresso tecnologico, la produzione di opere aveva assunto dimensioni così imponenti da determinare la radicale trasformazione dell'assetto civile di intere collettività[3].

Al confronto con società sempre più complesse in cui le comuni necessità si moltiplicano secondo dinamiche divenute tratti tipici dello stato contemporaneo, le risorse pubbliche appaiono insufficienti e inadeguate, anche dal punto di vista progettuale e gestionale, a fronteggiare l'emergente bisogno di infrastrutture indispensabili per la crescita del paese. Nasce di qui l'esigenza di individuare moduli organizzatori in grado di coinvolgere insieme pubblico e privato nella realizzazione di opere pubbliche o che consentano di utilizzare più efficacemente schemi noti da tempo alle autorità amministrative.

Uno degli istituti più antichi attraverso i quali si è data vita nel nostro ordinamento a forme di collaborazione prima tra amministrazioni (tra lo stato e gli enti minori) poi tra queste e i soggetti privati è rappresentato dalla concessione di opere[4].

Tale figura è sorta dall'esigenza di individuare una forma di esecuzione dei lavori pubblici sostitutiva dell'appalto, strumento ideale per la realizzazione di opere di media grandezza, ma non per quelle più imponenti[5]. Con l'appalto, l'imprenditore si fa carico, a suo rischio e per il corrispettivo pattuito, di organizzare e gestire i lavori occorrenti per il compimento dell'opera, lasciando all'amministrazione solo il compito di verificare il rispetto del programma contrattuale e delle regole dell'arte. La prestazione dell'appaltatore si limita alla mera esecuzione dell'opera, liberando l'amministrazione dall'onere di provvedervi direttamente, come avviene nei casi eccezionali di lavori «in economia»[6].

Questo sistema si è rivelato insufficiente per la realizzazione di opere di alta ingegneria, che richiedono una capacità organizzativa e tecnica di cui il soggetto pubblico di norma non dispone per l'espletamento di una serie di attività che,



implicando l'esercizio di funzioni propriamente amministrative, non potrebbero essere accollate all'imprenditore con lo strumento dell'appalto. L'attribuzione a terzi di tali compiti presuppone un fenomeno sostitutivo, che può aver luogo sulla base di un atto di concessione. In questa forma l'amministrazione consente ad un soggetto (pubblico o privato), estraneo alla sua organizzazione, l'esercizio di attività di sua spettanza. Diversamente dall'appaltatore, che assume nei confronti dell'amministrazione un obbligo limitato ad una determinata attività, il concessionario si surroga all'amministrazione in un complesso di adempimenti di natura pubblicistica[7], relativi alla costruzione (diretta o indiretta) dell'opera, alla sua gestione, ai rapporti con i terzi, agendo in nome proprio, ma per conto del soggetto pubblico[8]. Tali attività restano pur sempre assoggettate ai poteri di vigilanza e di controllo dell'autorità amministrativa.

La concessione, che originariamente aveva natura di privilegio di attribuzione sovrana, era stata ricondotta nello stato post-unitario nell'area del diritto comune, da cui si facevano derivare anche le regole fondamentali dell'azione amministrativa, pur riconoscendosi la presenza di elementi pubblicistici, che però non ne alteravano la qualificazione[9].

Alla fine dell'ottocento era invalsa invece la tendenza a descrivere i rapporti con l'amministrazione, anche quelli concessori, secondo schemi giuridici autonomi e differenziati rispetto a quelli civilistici[10], nei quali si faceva prevalere l'immagine di un diritto speciale, non tanto perché contrassegnato dalla capacità soggettiva di una delle parti di imporsi autoritativamente e unilateralmente, ma perché improntato a un tipo di disciplina funzionale al raggiungimento del risultato[11].

Tuttavia la concessione intesa come provvedimento si conciliava male con le logiche dell'economia e del mercato e non si piegava ad un'ottica collaborativa, poiché la relazione fra le parti forgiata dalla mano pubblica poneva i privati in condizione di soggezione rispetto alle scelte dell'amministrazione. Per rendere compatibili tali scelte con le esigenze imprenditoriali, la giurisprudenza ha configurato la presenza di una convenzione privatistica accessiva al provvedimento amministrativo, creando la figura della concessione-contratto[12]. Il momento contrattuale porta con sé l'applicazione di regole civilistiche che riconducono il rapporto concessorio su un piano di equilibrio. La concessione è apparsa come una fattispecie complessa nella quale convivono elementi pubblicistici e privatistici condizionandosi reciprocamente: ciascun atto presuppone l'altro e ne influenza le sorti[13].

Tale costruzione è divenuta d'uso generale anche da parte della dottrina, da tempo divisa tra concezioni contrattualiste e provvedimentali della concessione[14] in un dibattito che è apparso nuovamente stimolato dalla qualificazione dell'istituto offerta dal legislatore.

Nella riscrittura dell'art. 19, comma 2, della L. 109/1994 ad opera della L. n. 415/1998 le concessioni di lavori pubblici sono state definite come 'contratti' conclusi in forma scritta tra un imprenditore e un'amministrazione aggiudicatrice, ricalcando la versione datane dalla normativa comunitaria e dal Dlgs. 406/1991 (art. 4, comma 1) di recepimento della direttiva Cee n. 89/440. Nella prassi si era già assistito ad un progressivo accentuarsi del ruolo svolto dal contratto come fonte regolativa del rapporto concessorio[15], specie se relativo alla costruzione e gestione di grandi opere, tanto che spesso non si adottava alcun atto di concessione[16]. La componente autoritaria si è ridotta o è scomparsa del tutto e la concessione è apparsa sempre più come frutto di un incontro di volontà che avviene su un piano di parità giuridica. La scelta normativa per una parte della dottrina è coerente con l'affermarsi di una concezione partecipativa dell'amministrazione, soprattutto a seguito dell'introduzione nel sistema di istituti consensuali da parte della L. 241/1990[17], mentre altrove è definita come un''imprecisione'[18].

Le 'ambivalenze' che da sempre connotano l'istituto concessorio sono derivate dal «fatto di cadere a mezzo tra la zona del potere normativamente definito e l'area della libertà economica o mercantile»[19].

Il problema ha perso ormai parte della sua importanza poiché le conseguenze di maggior rilievo discendenti dall'opzione per l'una o l'altra concezione, che riguardano principalmente la disciplina applicabile in caso di inadempimento del concedente o di revoca da questi disposta per motivi di pubblico interesse, sono state oggetto di esplicita previsione da parte dell'art. 37-septies introdotto dalla L. 415/1998 nella legge quadro sui lavori pubblici[20].

2. Concessioni e regole della pubblicità

Il sistema delle concessioni ha subito profonde trasformazioni quando il nostro paese si è omologato ai principi comunitari della pubblicità e della concorrenza, dettando infine, con l'art. 19 della nuova legge quadro, una disciplina fin troppo rigorosa.

I vecchi moduli concessori, di cui l'amministrazione aveva fatto largo impiego, si basavano su affidamenti per lo più discrezionali, in cui la scelta dell'altro contraente, se non regolata da leggi speciali, avveniva secondo criteri fiduciari, in modo sostanzialmente libero e perciò poco controllabile[21].

Per evitare l'elusione di regole fondamentali dell'agire amministrativo (trasparenza, parità di trattamento) e assicurare la libera circolazione dei servizi, le concessioni sono state sottoposte dalla disciplina comunitaria ai procedimenti di aggiudicazione degli appalti.

La pubblicità che con tali sistemi si garantisce è «espressione di un debito di imparzialità delle amministrazioni verso il mercato»[22], testimonia l'indifferenza di queste rispetto agli interessi dei concorrenti e tale estraneità è funzionale anche al miglior perseguimento dei fini pubblici.

Per giungere alla piena applicazione delle regole concorsuali nell'ordinamento interno è stato tuttavia necessario il succedersi di una serie di direttive comunitarie e di norme di recepimento che privassero di fondamento scelte interpretative volte a creare zone franche nelle quali si faceva confluire una grande quota di lavori pubblici[23]. Così, in seguito all'emanazione della L. n. 584/1977 che, in attuazione della direttiva 71/305, equiparava all'appalto la concessione di sola costruzione, si erano individuate figure, quali la concessione di committenza o di servizi, cui tale normativa non si estendeva. La successiva direttiva (89/440 - poi incorporata nella direttiva 93/37 - recepita con Dlgs. n. 406/1991) ha precluso ogni interpretazione riduttiva, da un lato, definendo la concessione come contratto con le stesse caratteristiche

degli appalti di lavori pubblici, ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera eventualmente accompagnato da un prezzo; e dall'altro assicurando la ricomprensione della concessione di sola costruzione nel concetto di appalto, che ha per oggetto anche l'esecuzione 'con qualsiasi mezzo' di un'opera che risponda a esigenze stabilite specificamente dall'amministrazione. Di conseguenza la concessione si identifica esclusivamente con la concessione di costruzione e gestione, che per il nuovo art. 19 della legge quadro, come modificato dalla L. 415/1998, che ne riprende la definizione, rappresenta, insieme all'appalto, l'unico sistema di realizzazione dei lavori pubblici ammesso nel nostro ordinamento[24]. In tal modo si è escluso l'impiego di tipologie diverse di concessione, come quella di committenza, che non solo è rimasta fuori dalla tassativa previsione della norma, ma è stata oggetto di esplicito divieto nel comma 3 dello stesso articolo, che impedisce l'affidamento a soggetti pubblici o di diritto privato delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici[25].

Quest'ultima previsione rappresenta anche uno dei maggiori ostacoli all'ammissibilità della figura del contraente generale, che si rivela particolarmente efficace per la realizzazione di opere altamente specialistiche. Questi infatti non assume l'impegno tradizionale di eseguire opere già programmate e progettate, ma di organizzare l'intervento, di realizzare un programma, provvedendo alla «strutturazione dei diversi momenti realizzativi»[26].

Al fine di consentire l'utilizzazione di tale figura nel campo degli interventi infrastrutturali e strategici, di recente regolato dal Dlgs n. 190/2002, di attuazione della legge obiettivo n. 443/2001[27], è stata espressamente prevista la facoltà di deroga all'art. 19 della legge quadro (artt. 6, 9), ammettendo l'affidamento al contraente generale[28]. La sfera di applicazione della legge quadro in tale ambito è apparsa fortemente ridotta, specialmente in materia di aggiudicazione dei lavori, regolata, per quanto non previsto dal decreto legislativo e dalla legge obiettivo, dal Dlgs. 158/1995[29] e dalle norme della direttiva 93/37Cee[30]. Nella scelta del contraente generale[31], il soggetto aggiudicatore, che sembra dotato di più ampia libertà, sarà comunque vincolato al rispetto del diritto comunitario, che non consente deroghe ai principi di pubblicità della gara[32].

Tale normativa si applica anche alla concessione di costruzione e gestione, quando sia utilizzata come sistema di realizzazione di infrastrutture (art. 10), ricadendo in un ambito di disciplina che rispetto al quadro generale delineato dalla L. n. 109/1994 presenta notevoli tratti di specialità[33].

3. La concessione di costruzione e gestione e le novità introdotte dalla L. n. 166/2002

La concessione di costruzione e gestione disciplinata dalla legge quadro ha per oggetto non solo l'esecuzione, ma anche la gestione dell'opera, che è un connotato essenziale dell'istituto e segna il confine con la figura dell'appalto, a cui è stato progressivamente assimilato. Il diritto di gestione costituisce la controprestazione prevista in favore del concessionario per la realizzazione dei lavori, con l'eventuale integrazione di un prezzo. Il rischio finanziario dell'operazione, legato all'incognita della percezione dei proventi che il concessionario può trarre dall'uso dell'opera realizzata, rappresenta per la Commissione europea[34] l'elemento distintivo rispetto all'appalto, che invece ricorre quando i costi gravano fondamentalmente sull'autorità aggiudicatrice. Pertanto va esclusa la ricorrenza dell'istituto quando il diritto di gestione sia accompagnato da un prezzo che copre una parte significativa del rischio, al punto da farlo ricadere per la maggior parte nella sfera dei pubblici poteri.

L'assunzione del rischio di gestione è il tratto caratteristico di tale modello concessorio, che oltre a rappresentare un mezzo di finanziamento dell'opera pubblica[35] consente anche di assicurarne una migliore realizzazione coinvolgendo l'interesse personale del privato, che non si arresta al momento esecutivo dell'opera, ma si proietta già nella fase del suo sfruttamento[36], da cui dipende la sua stessa remunerazione.

La disciplina della concessione è stata in parte innovata dalla L. n. 166/2002, ribattezzata Merloni-quater, che adottando la tecnica della novellazione ha introdotto significative modifiche nel corpo della legge quadro sui lavori pubblici.

Il contributo pubblico erogato dall'amministrazione al concessionario, in aggiunta alla controprestazione costituita unicamente dal diritto di fruire dell'opera realizzata, ammesso nella sola ipotesi in cui nella gestione siano previsti prezzi o tariffe amministrati[37], ai sensi della Merloni ter non poteva superare il 50% dell'importo totale dei lavori[38] e lo stesso poteva essere corrisposto solo a collaudo effettuato in un'unica rata o in più rate annuali, costanti o variabili. Inoltre la durata della concessione non poteva superare i trenta anni (art. 19, comma 2-bis), per evitare che perdesse senso la prospettiva del ritorno dell'opera alla mano pubblica a fronte di un periodo di fruizione indeterminato da parte del privato, che per di più potrebbe trarne una remunerazione sproporzionata[39].

Tali limiti però erano d'ostacolo alla realizzazione di opere cosiddette tiepide, la cui redditività non è in grado di assicurare in un arco di tempo prefissato la remunerazione del capitale investito. Nella nuova disciplina sono stati per lo più rimossi.

Il contributo pubblico, sganciato dalla pratica di prezzi amministrati, è ora concedibile, senza limiti d'importo, 'qualora necessario' e può anche consistere nella cessione in proprietà o in godimento di alcune categorie di beni immobili. Il concorso finanziario pubblico consente di riportare l'equilibrio economico nella gestione di opere che di per sé non garantiscono un'alta redditività rendendole così più allettanti per le imprese private. Tuttavia l'amministrazione ricorre al modello concessorio proprio per reperire sul mercato risorse di cui non dispone o che risultano insufficienti per la realizzazione dell'opera[40]. Pertanto la L. n. 166/2002 ha adottato una nozione di prezzo che si è detta 'fungibile', perché questo può essere costituito da qualsiasi utilità suscettibile di apprezzamento economico[41], prevedendo la possibilità che l'amministrazione ceda a titolo di prezzo il diritto di proprietà o di godimento su determinati beni immobili[42].

Anche il limite di durata della concessione è stato superato per assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, consentendone la protrazione oltre i trent'anni, in base alla va-

lutazione di determinati elementi (rendimento della concessione, percentuale del prezzo pagato rispetto all'importo totale dei lavori, rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato).
Con tale normativa si è aperto uno scenario più attraente per i privati, non solo nell'ambito della realizzazione di opere nella forma della concessione di costruzione e gestione su iniziativa pubblica, ma soprattutto nella forma della concessione di costruzione e gestione con promotore, introdotta dalla L. n. 415/1998 nel testo della L. n. 109/1994 (art. 37-bis ss.).
Il superamento dei limiti che più aggravavano l'esposizione economica del privato, soprattutto nel caso di opere non molto 'calde', cioè ad alta redditività di gestione, e ne frenavano l'iniziativa ha consentito una più estesa utilizzazione di tale figura, specialmente per interventi di elevata complessità.

4. La concessione di costruzione e gestione con l'intervento del promotore

Con le norme sul promotore (art. 37-bis ss.) si è introdotta nel nostro sistema una nuova forma di affidamento in concessione che richiama fortemente il fenomeno del *project financing* di derivazione anglosassone[43], adattato ad un contesto pubblicistico[44].
Il soggetto promotore potrà presentare proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità già inseriti nella programmazione triennale predisposta dalle amministrazioni aggiudicatici, alle quali si riserva la valutazione delle opere più utili per il soddisfacimento dei bisogni collettivi[45]. I lavori progettati dovranno essere realizzati tramite contratti di concessione di cui all'art. 19, comma 2, della legge quadro, «con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori».
La nuova formulazione del rapporto concessorio valorizza la fase ideativa e progettuale dell'opera promossa dal privato, superando l'incompatibilità tra progettazione ed esecuzione della stessa[46] e consentendo una migliore strutturazione dell'operazione di *project financing*. La possibilità di intervenire nel primo stadio del procedimento, nel momento in cui si individuano le caratteristiche più significative dei lavori da realizzare, consente di elaborare un piano degli investimenti coerente con quello ingegneristico e non più modulato su progetti definiti da altri, in vista del conseguimento dell'equilibrio finanziario dell'operazione[47]. La fase della promozione mantiene tuttavia una propria autonomia rispetto a quella esecutiva, poiché la redazione del progetto preliminare non implica di per sé l'attribuzione al promotore del diritto di costruzione e gestione, in quanto il progetto da questi prodotto sarà posto a base di una gara indetta dall'amministrazione aggiudicatrice, a cui il promotore parteciperà in veste di concorrente[48], assistito però dal diritto di prelazione[49].
Le diverse fasi della progettazione esecutiva, della realizzazione e gestione dell'opera in cui si compone tale modulo organizzativo appaiono strettamente correlate tra di loro e sostanzialmente riconducibili ad un unico soggetto economico[50], che avrà interesse a dar vita ad un'opera di qualità[51].
La responsabilizzazione dei soggetti che intervengono nell'organizzazione e nella realizzazione dei lavori con le connesse garanzie di risultato non è l'unico vantaggio che scaturisce dall'adozione di tale formula concessoria. Il progetto di finanza consente soprattutto di incentivare gli investimenti privati[52], basandosi sull'idea di finanziare non un soggetto, di incerta solvibilità, ma un intervento caratterizzato da un'alta redditività del progetto su cui s'articola e che sia perciò in grado di 'finanziarsi da sé'.
Nella forma più elementare di progetto di finanza il concessionario funge anche da finanziatore; realizza l'opera, la gestisce, incamera i proventi che ne derivano, ritrasferisce la proprietà al soggetto aggiudicatore[53]. Questo primo schema implica un elevato rischio di gestione e rende difficile reperire le ingenti risorse che occorrono per finanziare i progetti più complessi. Anche nel nostro ordinamento si è perciò introdotta la figura della società di progetto, che rappresenta un'entità giuridica separata dai promotori, alla quale si affida la realizzazione e gestione dell'opera. La costituzione di tale società ricorre costantemente nella prassi, ma non è imprescindibile, essendo prevista dalla legge quadro come facoltà e non come obbligo, salvo che questo sia imposto dal bando di gara (art. 39-quinquies)[54].
La creazione di un apposito veicolo societario consente di realizzare una sorta di blindatura del progetto, di isolarne le sorti rispetto a quelle dei soggetti che a vario titolo intervengono nella sua realizzazione (sponsor)[55]. Tali soggetti normalmente entrano a far parte della società[56], ma è questa l'unico centro di imputazione del complesso di relazioni giuridiche che si svolgono nell'ambito di un'operazione di *project financing*[57]. La società svolge tutte le attività nodali dell'intervento, dalla raccolta dei mezzi finanziari alla stipula dei contratti necessari per l'esecuzione dell'intervento, alla gestione dell'opera[58], traendo la propria remunerazione dal flusso di redditi prodotto dal progetto, che, rappresentando l'unica garanzia su cui i finanziatori dell'opera fanno affidamento, sarà riservato innanzitutto al rimborso del capitale prestato e solo dopo alla società di progetto.

5. Affidamento della concessione: programmazione e procedure concorsuali

L'affidamento della concessione prevista dall'art. 37-bis implica l'espletamento di una procedura che si articola in diverse fasi[59].
La scelta degli interventi da realizzare è riservata all'amministrazione, nell'esercizio della funzione di programmazione della propria attività[60], che si esplica attraverso una serie di procedimenti tipizzati dal legislatore[61]. Gli atti di programmazione rappresentano strumenti fondamentali con cui l'amministrazione identifica gli interventi costruttivi, la loro localizzazione, la copertura finanziaria, regolando la propria organizzazione in relazione all'assetto del territorio e alle esigenze della comunità sociale, sulla base di una piattaforma che la stessa ha contribuito a creare attraverso le pianificazioni urbanistiche.
Spetta dunque alla pubblica amministrazione l'individuazione dei bisogni e delle priorità delle iniziative da includere nel programma triennale e nei suoi aggiornamenti annuali, tenendo conto di una serie di fattori economici che condizionano la realizzazione dell'intervento[62] e delle risorse disponibili in base alle previsioni di bilancio. Prima dell'emanazione della L. n.

166/2002, anche le opere di modesto importo dovevano essere inserite nel programma, mentre ora tale necessità è limitata ai lavori che superino una determinata soglia[63].

La predisposizione del programma triennale presuppone il compimento di appositi studi di fattibilità, che devono rendere conto «in modo sufficiente e congruo» delle analisi effettuate per verificare la realizzabilità dell'opera[64].

Nel programma possono anche essere inserite proposte di intervento e studi di fattibilità presentati da soggetti pubblici o privati, rispetto ai quali l'amministrazione non ha però alcun obbligo di valutazione[65].

L'atto di programmazione, secondo una recente giurisprudenza[66], non vincola l'amministrazione solo verso se stessa, dovendo questa attenersi alle scelte effettuate e alle priorità stabilite, ma anche verso l'esterno, in quanto rappresenta «un atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere»[67]. Ciò implica il riconoscimento della possibilità di immediata impugnativa del programma triennale da parte dei soggetti portatori di interessi diffusi.

Oltre al programma l'amministrazione ha l'obbligo di predisporre l'elenco annuale dei lavori pubblici, che viene approvato unitamente al bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante, e deve contenere l'indicazione delle risorse stanziate per la realizzazione dei lavori (art. 14, comma 9). Con tale previsione si mette in luce la connessione tra programmazione dei lavori e programmazione economica.

L'amministrazione nel selezionare i lavori da realizzare attribuisce preminenza a quelli che possono essere finanziati con capitali privati (art. 14, comma 2), attraverso il ricorso al modello della concessione di costruzione e gestione su iniziativa pubblica o privata.

L'inclusione del lavoro nell'elenco annuale presuppone che sia stato elaborato un progetto almeno di livello preliminare.

Le norme sul promotore prevedono che la proposta da questi presentata[68] deve contenere oltre che uno studio di inquadramento territoriale e ambientale, uno studio di fattibilità, un piano economico finanziario asseverato da un istituto di credito, anche un progetto preliminare[69]. Il contenuto di tale progetto sarà però più puntuale e preciso di quello elaborato in sede di programmazione[70].

La scelta delle proposte presentate dai promotori avviene in base ad una valutazione dell'amministrazione per lo più di natura tecnica[71] e ad un esame anche comparativo per individuare quelle che si ritengono di pubblico interesse. La proposta così selezionata, riguardante un singolo intervento, sarà posta a base della successiva gara indetta dall'amministrazione per aggiudicare la concessione.

Il progetto preliminare sul quale saranno chiamati a confrontarsi gli ulteriori concorrenti può essere eventualmente modificato dall'amministrazione (art. 37-quater, comma 1). Tali modifiche possono consistere unicamente in «lievi correttivi», ma non possono alterarne l'impostazione[72].

Nulla esclude che i soggetti 'scartati' nella prima valutazione concorrano nella gara col promotore, essendosi già impegnati nella progettazione e potendo pertanto presentare offerte qualificate. La procedura di gara si svolge mediante licitazione privata o anche con l'appalto-concorso (art. 37-bis, novellato). Il confronto, che implica la verifica secondo parametri tecnici ed economici della convenienza di offerte terze rispetto a quella del promotore, conduce alla individuazione delle due migliori offerte da inviare alla successiva procedura negoziata.

Nell'ambito della licitazione privata la giurisprudenza ha riconosciuto la possibilità che i concorrenti siano ammessi a presentare varianti del progetto base del promotore, in modo non dissimile da quanto avviene nell'appalto concorso, purché queste non siano tali da configurare un progetto diverso, facendo venire meno il parametro delle comparazioni. Tale possibilità diviene più ampia sia per il promotore che per gli altri partecipanti nella successiva fase negoziale, con cui si apre un dialogo competitivo più flessibile[73].

L'ultima fase della procedura è però solo eventuale, in quanto nell'ipotesi in cui non vi siano aspiranti concessionari a concorrere con il promotore, questi resterà vincolato alla sua proposta. Se il concorrente è uno solo, la procedura negoziata si svolge tra quest'unico soggetto e il promotore.

L'impegno progettuale e propositivo di coloro che assumono l'iniziativa dell'intervento costruttivo è stato valorizzato dal legislatore che ha innovato le previsioni della legge quadro sull'aggiudicazione della concessione introducendo un meccanismo di prelazione per il promotore, che potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più vantaggiosa[74].

La partecipazione a tale procedura può comportare un notevole investimento di energie intellettuali e finanziarie, la cui incidenza è stata parzialmente attenuata dalla previsione di un sistema di rimborso delle spese sostenute sia per il promotore non aggiudicatario, che ha elaborato la proposta[75], sia anche per gli altri concorrenti non aggiudicatari quando la gara sia stata esperita mediante l'appalto concorso, che implica la necessità di un certo sforzo progettuale[76].

6. Ambito di applicazione

Il *project financing* è di per sé uno strumento versatile, suscettibile di largo impiego in molteplici settori: dalla realizzazione di opere pubbliche alla prestazione dei servizi a possibili utilizzi nel campo delle pianificazioni territoriali[77].

Per favorire la promozione e lo sviluppo delle operazioni di project financing nel nostri paese, la L. 144/1999 ha istituito l'unità tecnica finanza di progetto[78] che svolge attività di supporto e di consulenza delle amministrazioni e che ha potuto monitorare un elevato numero di iniziative in diversi campi di interesse pubblico[79].

Questo modello organizzativo trova ampio spazio di applicazione per la realizzazione di singole opere pubbliche suscettibili di sfruttamento commerciale, in quanto sia possibile applicare un prezzo al servizio fornito e non si tratti invece di servizi erogati nell'esercizio esclusivo o prevalente di una funzione sociale.

Il ricorso al project financing è consentito anche ai soggetti aggiudicatori di cui al Dlgs. 158 del 1995 per opere che ricadono nell'ambito dei settori, ora detti 'speciali', sebbene non previsto da tale decreto. L'adozione di questo strumento non sembra collidere con il diritto comunitario, purché si rispettino i principi di trasparenza, pubblicità, non discriminazione nelle aggiudicazioni[80].

In questi settori (acqua, energia, trasporti, telecomunicazio-

ni) il progetto di finanza si rivela particolarmente utile per la realizzazione di opere complesse che assicurano una redditività tendenzialmente costante e una certa prevedibilità della domanda, in quanto si tratta di servizi normalmente richiesti dagli utenti[81].

Nel campo energetico, per esempio, il project financing ha ricevuto significative applicazioni, soprattutto per la costruzione di impianti che utilizzano fonti di energia rinnovabile[82].

L'impiego di tale modello è stato fondamentale per la realizzazione del sistema ferroviario ad alta velocità, consentendo di reperire sul mercato una gran parte degli elevatissimi investimenti necessari, che non sarebbero integralmente sostenibili dalla mano pubblica[83]. L'operazione ruota attorno alla costituzione di un'apposita società, la Tav, a maggioranza privata, che apporta la quota maggiore del finanziamento[84] e ha diritto allo sfruttamento economico delle linee per un lungo periodo di tempo.

Nel campo delle infrastrutture, di recente innovato dal legislatore, un importante ruolo sarà svolto dalla 'Infrastrutture s.p.a.'[85], destinata ad operare come intermediario specializzato nel finanziamento delle infrastrutture, soprattutto per favorire la realizzazione di opere che comportino rischi così alti da scoraggiare le iniziative private.

Oltre ai rischi finanziari, normalmente connessi a operazioni di *project financing*, vi sono rischi di natura politica e amministrativa, che dipendono non solo dallo svolgimento regolare e tempestivo delle procedure amministrative, ma anche da mutamenti degli scenari politici che possono incidere negativamente sulla realizzazione dei progetti.

Le prospettive applicative del *project financing* sembrano dotate di notevole forza espansiva e impongono costante cautela per evitare possibili speculazioni[86].

Note

1. Sulla nozione di infrastruttura e quella di opera pubblica, cfr. Giannini, 1995, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, pp. 62 ss., che pone in evidenza come tra le due non vi sia piena corrispondenza dal punto di vista giuridico, essendo possibili 'approntamenti infrastrutturali' che non siano opere pubbliche, se si realizzano ad opera e a spese non di pubblici poteri, «evento raro nella nostra epoca, anche in paesi diversi dai nostri», ed essendoci opere pubbliche che non sono 'approntamenti infrastrutturali'. Su tali concetti, tra gli altri, Carnevale Venchi, 1980, «Opere pubbliche (ordinamento)», in *Enc. dir.*, XXX, Milano, pp. 332 ss., partic. pp. 365 ss; Pallottino, 1989, «Opere e lavori pubblici», *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, p. 341, che sottolinea il rilievo sempre più autonomo assegnato alle infrastrutture soprattutto nella normativa più recente.

2. Cfr. Giannini, 1995, *op. cit.*, p. 22, dove si osserva che le «opere infrastrutturali, per il loro costo, sono sempre state realizzate dai pubblici poteri. Il problema del come interessa meno (che sia stata cioè la volontà del sovrano o la decisione di un corpo collegiale) perché varia nel tempo e nello spazio».

3. Su ciò, Giannini, 1995, *op. cit.*, pp. 28 ss.

4. Nella ricchissima letteratura sulle concessioni in generale, tra gli altri, Caianiello, 1980, «Concessioni (diritto amministrativo)», *Nss. Dig. App.*, II, Torino, pp. 234 ss.; D'Alberti, 1981, *Le concessioni amministrative*, Napoli; Id., 1988, «Concessioni amministrative», *Enc. giur.*, VII, Roma, pp. 1 ss.; Giannini, 1993, *Diritto amministrativo*, II, Milano, pp. 651 ss.; Silvestri, 1988, «Concessioni amministrative», *Enc. dir.*, VIII, Milano, pp. 370 ss.; Sorace Marzuoli, 1989, «Concessioni amministrative», *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, pp. 280 ss.; Vitta, 1959, «Concessioni (diritto amministrativo)», *Nss. Dig.*, III, Torino, pp. 919 ss. Con specifico riferimento alla concessione di opere, Pallottino, 1989, «Costruzione di opere (concessione di)», *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, pp. 348 ss.; Carata, 2001, «Concessione di opere e di servizi», *Enc. dir., agg. V*, Milano, pp. 240 ss.

5. Cianflone, 1993, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, p. 87.

6. Sull'esecuzione dei lavori in economia, Cianflone, 1993, *op. cit.*, pp. 84 ss., p. 90, in cui si precisa che i sistemi di esecuzione in economia, in appalto e 'a regia' sono, in senso ampio, sistemi di esecuzione 'diretti', in quanto l'amministrazione provvede direttamente al compimento dell'opera o in modo immediato (in economia, a regia) o per il tramite di un appaltatore.

7. Il concessionario redige i progetti, se non sono riservati all'amministrazione o affidati con altra concessione, espleta se necessario attività per l'acquisizione di aree o di immobili, cura l'esecuzione delle opere, a proprie spese e con un eventuale contributo pubblico, e successivamente provvede alla gestione del servizio pubblico.

8. Sulle differenze tra concessione e appalto, cfr. Sandulli, 1989, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, p. 569; Cianflone, 1993, *op. cit.*, pp. 149 ss., che si sofferma sulla distinzione tra appalto e concessione di costruzione e gestione e su quella 'più delicata' tra appalto e concessione di sola costruzione (pp. 152 ss.), ormai ricompressa nel concetto di appalto.

9. Su ciò, D'Alberti, 1981, *op. cit.*, pp. 1 ss.

10. Id., p. 2; nello stesso senso, Carata, 2001, *op. cit.*, p. 245, dove si sottolinea che la «qualificazione in termini di provvedimento amministrativo fu al centro della battaglia condotta per dimostrare l'autonomia del diritto amministrativo dal diritto civile»; Sorace Marzuoli, 1989, *op. cit.*, p. 286, che considera «non solo storicamente provata ma teoricamente giustificata» l'osservazione che la nozione di concessione investe anche la definizione e l'evoluzione del concetto di atto amministrativo.

11. Cfr. Berti, 1986, *Diritto e stato, riflessioni sul cambiamento*, Padova, p. 252.

12. D'Alberti, 1981, *op. cit.*, p. 2.

13. Cfr., tra gli altri, Silvestri, 1988, *op. cit.*, pp. 374 ss., che descrive la concessione come fattispecie complessa composta da un atto deliberativo della pubblica amministrazione, che rappresenta il momento programmatico della fattispecie, e una convenzione attuativa, precisando (p. 376, partic. nota 35) che il collegamento tra questi deriva dalla funzione cui ciascun atto, obiettivamente considerato adempie rispetto all'altro, sicché i due atti «per sé non autosufficienti, ma teleologicamente connessi, si integrano reciprocamente».

14. La letteratura sul punto è amplissima. Le teorie contrattualiste fanno riferimento sia a contratti di diritto privato sia a contratti di diritto pubblico. Su questi ultimi, cfr. Giannini, 1993, *op. cit.*, pp. 426 ss., che parla piuttosto di 'contratti a oggetto pubblico', con ampi riferimenti alle più significative tesi anticontrattualiste (p. 429 ss.). Per un'efficace sintesi dei diversi orientamenti, ad es., Sorace Marzuoli, 1989, *op. cit.*, p. 287.

15. D'Alberti, 1981, *op. cit.*, pp. 2, 6.

16. Su ciò, Giannini, 1993, *op. cit.*, p. 442.

17. Carata, 2001, *op. cit.*, p. 246; Id., 1999, «Art. 19 (Sistemi di realizzazione di lavori pubblici)», in Caringella (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici. Commentario*, Milano, p. 511.

18. Leone, 2000, «Art. 19. Sistemi di realizzazione dei lavori pubblici», in Carullo Clarizia (a cura di), *La legge quadro sui lavori pubblici*, Padova, pp. 609 ss., in cui si precisa che «mentre il legislatore del 1994 aveva evitato di definire la concessione quale contratto, ed aveva aderito alla tesi provvedimentale dell'istituto, la Merloni-ter conferma l'imprecisione della normativa nazionale di attuazione della direttiva comunitaria, che ha considerato le concessioni (che, secondo i tradizionali insegnamenti della dottrina e della giurisprudenza, sono invece provvedimenti amministrativi) quali contratti».

19. Berti, 1994, «Introduzione», in Id. (a cura di), *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche e imprese*, p. 16, che rileva, tra l'altro,

come la concessione si presti ad essere utilizzata «come mezzo di coercizione sul privato e quindi di pubblicizzazione della sua attività, ma anche e con altrettanta legittimità ad essere veicolo di privatizzazione di un'attività normalmente pubblica, quasi che, attraverso appunto la concessione, un'attività di origine pubblica possa venire consegnata alla sfera privata». Per ulteriori spunti su questo tema, Berti, 1993, «Introduzione», in Id. (a cura di), *Pubblica amministrazione e modelli privatistici*, Bologna, pp. 16 ss.

20. Per un commento all'art. 37-septies, ad es., Leone, 2000, «Art. 37-septies. Risoluzione», in Carullo Clarizia (a cura di), *op. cit.*, pp. 1269 ss.

21. Sul punto, cfr. Giannini, 1993, *op. cit.*, p. 446, per il quale «la concessione di opere era un contratto semplificato in quanto, quando non era stabilito per legge speciale, si concludeva, secondo le dizioni normative, a trattativa privata, cioè, tralasciando l'omaggio impudico al linguaggio dell'evidenza pubblica, giusta libera valutazione (tali essendo le così dette gare esplorative, ricerche di mercato, informative ristrette, e simili). La L. n. 80/1987 ha introdotto un metodo che essa chiama 'procedura ristretta', tra al massimo 15 imprese o associazioni temporanee di imprese, o consorzi), che nessuna sa che sia, ma che probabilmente è solo una trattativa privata con foglia di fico», rilevando che tale pratica produce un'accelerazione dei contratti pubblici, ma induce larga corruzione; Pallottino, 1989, *op. cit.*, pp. 358 ss.; Amorosino, 1993, «Il project financing ed il concorso finanziario privato nella realizzazione di opere pubbliche», *Riv. trim. app.*, pp. 240-241; Id, 2003, «La concessione di progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche da figlia prediletta (del potere) a figlia cadetta un po' rimpannucciata», *Riv. trim. app.*, pp. 403 ss., che sottolinea come le concessioni di costruzione e gestione, che sono state a lungo «le beniamine del potere amministrativo (perché poteva scegliere liberamente a chi 'concederle')», siano state costrette a rientrare nella legalità europea, vale a dire a sottomettersi alla gara pubblica, e rischino ora di perdere il loro ruolo di istituto principe per realizzare interventi di alta complessità a favore di nuovi istituti: il promotore di opere pubbliche e il *general contractor;* Carosi, 2000, «La concessione di lavori pubblici», in Falcone Mele (a cura di), *Urbanistica e appalti*, II, Torino, pp. 1240 ss.

22. Berti, 1994, *op. cit.*, p. 14.

23. Tale orientamento ebbe l'avallo del Consiglio di Stato. Per i riferimenti giurisprudenziali cfr. Carullo, 1987, *Le opere pubbliche e la Costituzione dimenticata*, in «Quaderni Cerisop», Rimini, pp. 306 ss. Su ciò, Carata, 2001, *op. cit.*, pp. 241-242, che rileva il tentativo di elusione dell'applicazione delle disposizioni in materia di appalti attraverso «strumentali e più o meno eleganti interventi sulla nozione di concessione» condotto da larghi settori della dottrina, mossi da notevoli interessi professionali.

24. L'art. 19 nella sua nuova formulazione esordisce con un comma 1, per il quale i «lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti d'appalto o di concessione di lavori pubblici», salvo i lavori in economia previsti dall'art. 24, comma 6, e ammessi fino all'importo di 200 mila Ecu. Su tale norma, cfr., Carata, 2001, *op. cit.*, pp. 241-242, che la considera indicativa «al di là di ogni possibile dubbio» del carattere tassativo dei sistemi di realizzazione delle opere pubbliche, «che costituiscono, dunque, un *numerus clausus*»; Leone, 2000, *op. cit.*, pp. 598 ss., che giudica tale incipit «tra il declamatorio e il teatrale» poiché se la *ratio legis* consiste nell'abrogazione dei sistemi di esecuzione dei lavori rappresentati dal cottimo e dalla regia, tale precisazione poteva avere dignità di un comma aggiunto, se, con altra interpretazione, mira ad escludere tipologie diverse dall'appalto e dalla concessione, non solo la concessione di committenza o figure viciniori (abrogate peraltro già dal comma 3 dell'originaria versione dell'art. 19) la norma apparirebbe pleonastica e ridondante.

25. Cfr. C. Conti Reg. Friuli V.G., sez. contr., 19 set. 1996, n. 11, *Foro amm.*, 1997, p. 930, per la quale l'art. 19, «nell'introdurre in via generale il divieto delle cosiddette concessioni di committenza, ha inteso introdurre un determinato ordine nella materia degli appalti, non solo vietando ai privati di sostituirsi agli enti originariamente competenti, ma anche inibendo a questi ultimi di operare, sulla base di una precedente normativa generale lacunosa e remota, inutili trasferimenti a cascata di funzioni attraverso l'istituto della cosiddetta delegazione intersoggettiva con conseguente perdita di trasparenza e di efficienza nella gestione del settore».

26. Protto, 2002, «La Legge Obiettivo: arriva il General Contractor e dilaga la 'super Dia'», *Urb. e app.*, pp. 13 ss., per il quale «è chiara ed evidente l'intenzione del legislatore delegante di connotare il *General Contractor* per la sua prevalente se non esclusiva attività di *management* dell'opera pubblica piuttosto che per la tradizionale funzione di *work construction*». Cfr. anche Stumpo, 2002, «La figura del general contractor come delineata dalla L. n. 443/2001 e dal recente regolamento attuativo di cui al Dlgs. n. 190/2002», in *Riv. trim. app.*, pp. 837 ss.

27. Sul problema compatibilità della L. n. 443/2001, come modificata dalla L. 166/2002, attuata con Dlgs. 190/2002, con il quadro delineato dalla Costituzione dopo la riscrittura del Titolo V ad opera della L. cost. n. 3/2001, cfr. C. cost. 303/2003, in www. giurcost.org, che in base alla lettura congiunta degli art. 117 e 118 Cost. ne salva l'impianto fondamentale in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie. Su ciò, cfr. Caputo, 2003, «Il federalismo collaborativi salva la 'legge obiettivo', *Urb e app.*, pp. 1399 ss., che sottolinea «la netta opzione per il federalismo cooperativo opposto al c.d. federalismo duale» espresso dalla Corte; Id., 2003, «Attuazione della legge obiettivo: infrastrutture, insediamenti produttivi strategici di interesse nazionale e competenze regionali», *Urb. e app.*, pp. 389 ss.; Id., 2002, «La riforma del Titolo V della Costituzione, interesse nazionale e 'legge obiettivo'», *Urb. e app.*, pp. 625 ss. Sui lavori pubblici e la riforma del Titolo V della costituzione, Rossano, 2002, «I lavori pubblici nel quadro della legge costituzionale n. 3 del 2001», *Riv. trim. app.*, p. 503; Zanigni, 2003, «Stato, regioni ed enti locali davanti alla disciplina degli appalti pubblici dopo la legge costituzionale n. 3 del 2001», *Riv. trim. app.*, pp. 549 ss.; Carullo, 2002, «L'accrescimento della competenza legislativa della regione in materia di lavori pubblici dopo la riforma del titolo V della Costituzione», *Riv. trim. app.*, pp. 623 ss., Cintioli, 2002, «I lavori pubblici e la riforma del Titolo V della Costituzione», *Urb. e app.*, pp. 506 ss. Per una valutazione critica della legge, Scotti Camuzzi, 2002, *La nuova legge sui grandi lavori pubblici. Lo stato dell'arte normativa. Riflessioni generali sugli istituti e sui soggetti chiamati ad operare*, in «Contratti e impresa», pp. 840 ss.

28. L'affidamento al contraente generale è definito dall' art. 1, comma 2, lett. f della L. 443/2001 come «esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore». Lo stesso articolo precisa che il contraente generale si distingue dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione dalla gestione dell'opera esegiuita.

29. Per i soggetti aggiudicatori che operano nei settori da questo regolati.

30. Per i soggetti aggiudicatori che non ricadono nell'ambito di applicazione del Dlgs. 158/1995.

31. Per l'art. 10 del Dlgs n. 190/2002, l'affidamento al contraente generale potrà avvenire, a scelta del soggetto aggiudicatore, mediante licitazione o appalto-concorso, per la scelta della procedura non è richiesto il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici.

32. A questo proposito, cfr. De Nictolis, *Novità in materia di lavori pubblici (L. n. 166 del 2002 e L. n. 190 del 2002)*, in www. giurdanella.it, p. 22, per la quale «non si comprende perché l'art. 15, comma 3, lett. d), Dlgs. n. 190, demandi a future modifiche del regolamento generale di attuazione della legge Merloni, anche di disciplinare *le modalità di scelta del contraente generale* (...) *anche in deroga alle previsioni degli artt.i* (...) *20, 21, e 23 della legge quadro*, visto che comunque si impone al regolamento di assicurare *il rispetto delle normative comunitarie applicabili*».

33. Cfr. de Falco Pagano, 2002, «Le norme processuali del Dlgs. n. 190 del 20.8.2002», *Urb. e app.*, p. 1400, che ponendo l'accento sui meccanismi derogatori (della legge quadro), individuano una più ampia *ratio*

del decreto n. 190, «che è quella di delineare, per le infrastrutture, un diritto speciale nell'ambito della legge quadro. 109/1994».

34. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario, 12 aprile 2000, in *Urb e app.*, 2000, p. 1061, con commento di Leggiadro.

35. Cfr. Lugaresi, 2001, «Concessioni di costruzione e gestione e 'project financing': problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario», *Riv. trim. app.*, pp. 650-651, in cui si rileva che la concessione di costruzione e gestione si differenzia dalle altre figure concessorie in quanto rappresenta da sempre un meccanismo di finanziamento e «proprio tale differenza ne ha determinato non solo la fortuna, ma anche la sopravvivenza» rispetto a queste (alcune delle quali potevano essere definite, come è evidente nel caso della concessione di sola costruzione, come appalti mascherati).

36. Cfr. Lugaresi, 2001, *op. cit.*, pp. 650-651.

37. In presenza di prezzi amministrati, il soggetto concedente si fa carico parzialmente del costo della gestione, per assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti, consentendo a un tempo che il prezzo delle prestazioni si riduca al livello fissato dall'amministrazione per fini di politica sociale. Su ciò, Caranta, 1999, *op. cit.*, pp. 512 ss.; Ricchi, 2003, «La cessione dei beni immobili della p.a. nel project financing dopo la L. 166/2002», *Urb. e app.*, p. 137.

38. Cfr. Caranta, 1999, *op. cit.*, p. 513, in cui si precisa che il limite del 50% è ispirato alla tutela dell'interesse finanziario dello stato e diretta ad impedire che l'onere delle opere ricada sulla fiscalità generale. Cfr. anche Leone, 2000, *op. cit.*, p. 617.

39. Ricchi, 2002, «I limiti della concessione nelle procedure di project financing», *Urb. e app.*, pp. 153 ss., che prospetta un possibile superamento di tali limiti, generalmente ritenuti inderogabili, per alcune categorie di soggetti.

40. Cfr. Ricchi, 2002, *op. cit.*, p. 137.

41. Così, Ricchi, 2002, *op. cit.*, p. 139.

42. Per il nuovo art. 19, comma 2, «A titolo di prezzo, i soggetti aggiudicatori possono cedere in proprietà o diritto di godimento beni immobili nella propria disponibilità o allo scopo espropriati, la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, nonché beni immobili che non assolvano più a funzioni di interesse pubblico, già indicati nel programma di cui all'art. 14, ad esclusione degli immobili ricompresi nel patrimonio da dismettere ai sensi del Dl. n. 351 del 25.9.2001, convertito, con modificazioni, dalla L. 23.11.2001». Cfr. Ricchi, 2002, *op. cit.*, pp. 139 ss., in cui si osserva che la suddivisione sancita dalla legge relativamente ai beni suscettibili di trasformarsi in prezzo, a seconda che siano strumentali o connessi all'opera da affidare in concessione o che non abbiano tale caratteristica, assume particolare importanza perché solo i primi «autorizzano l'amministrazione ad esercitare dei poteri eccezionali i due casi: a) quando si deve procedere ad espropriazione forzata per acquisire la proprietà degli immobili; b) quando si può procedere all'alienazione dei beni disponibili senza doverli inserire nella programmazione triennale». Cfr. anche Baldi, 2003, «La disciplina delle concessioni e del project financing dopo la L. 166/2002», *Urb e app.*, p. 502.

43. Sul project financing, oltre all'opera fondamentale di Nevitt, 1987, *Project Financing*, trad. it., Bari; tra gli altri, Draetta Vacca, 1997, a cura di, *Il* project financing*: caratteristiche e modelli contrattuali*, Egea, Milano; Draetta, 1994, «Il project financing nella prassi del commercio internazionale», *Dir. comm. internaz.*, pp. 495 ss.; Imperatori, 1995, *Il project financing: una tecnica, una cultura, una politica*, Milano; Alberti, 1997, «La struttura del 'project financing'», *N. rass.*, pp. 1791 ss.; Balestreri, 1996, «Il 'soggetto promotore' nel Project Financig», *Contratto e impresa*, pp. 253 ss.

44. Cfr. Carrière, 1999, *'Project financing'. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, pp. 5 ss., per il quale la nuova normativa, «piuttosto che riconoscere e disciplinare il *project financing* come fattispecie autonoma, interviene a creare alcune condizioni di base per l'applicazione del *project financing* alla realizzazione di opere pubbliche, disciplinando di tale fenomeno essenzialmente il momento propositivo (attorno alla figura del 'promotore') e genetico (attorno alla fattispecie della «concessione di costruzione e gestione»; nella Merloni ter (p.12) il fenomeno del *project financing* è solo «evocato o 'sottinteso'».

45. Cfr. Caringella, *op. cit.*, p. 1263, il quale sottolinea che «il legame d'avvio della proposta progettuale al vincolo programmatico vuole scongiurare il pericolo, più volte evidenziato nel corso dei lavori preparatori, che siano realizzate opere inutili o al di fuori delle linee programmatiche assunte per la soddisfazione dei bisogni della collettività»; Tassan Mazzocco, Angeletti, Zoppolato, 1999, *Legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, p. 571, in cui si ritiene che la condizione del previo inserimento in strumenti di pianificazione appare in contrasto con il modello teorico e le concrete finalità del *project financing*, poiché questo presuppone l'individuazione, da parte dei privati, di opere pubbliche che possano essere adeguatamente remunerative, a prescindere dalla previa localizzazione operata dagli enti pubblici, i quali invece non si pongono il problema della remuneratività, ma dell'utilità sociale, producendo con alta probabilità l'effetto di dissuadere i privati dall'assumere l'iniziativa.

46. Art. 17, comma 9, della L. 109/1994.

47. Cfr. Amorosino, 1993, *op. cit.*, p. 255, che parla di stretta compenetrazione della progettazione finanziaria e ingegneristica con la conseguente difficoltà di innestare la prima su un progetto definito da altri; Caringella, *op. cit.*, p. 1261.

48. Cfr. Caringella, *op. cit.*, p. 1261, il quale sottolinea che «l'affidamento al promotore della progettazione preliminare non costituisce propriamente una deroga al divieto di cui all'art. 17, comma 9, né complessivamente la fattispecie può qualificarsi come concessione di committenza».

49. Art. 37-ter, come modificato dalla L. n. 166/2002.

50. Così Imperatori, 2000, «Art. 37-bis, 37 ter, 37-quater», in Carullo Clarizia (a cura di), *La legge quadro sui lavori pubblici*, Padova, p. 1124.

51. Cfr. Imperatori, 2000, *op. cit.*, pp. 1120 ss.

52. Sulla situazione degli investimenti in Italia e sulle esigenze del mercato, Alberti, 1997, «Il coinvolgimento dei privati negli investimenti pubblici attraverso il project financing», *N. rass.*, pp. 1385 ss.

53. Così Draetta, 1994, *op. cit.*, p. 497, con una descrizione delle diverse tipologie di project financing (gli schemi contrattuali più semplici sono noti come Boo (Build, Own and Operate); Bot (Build, Operate and Transfer). Su ciò, tra gli altri, Carrière, 1999, *op. cit.*, pp. 19 ss.

54. Per un commento a tale articolo, tra gli altri, Virgilio,. 2000, «Art. 37-quinqies. Società di progetto, in La legge quadro sui lavori pubblici», in Carullo Clarizia (a cura di), *op. cit.*,.pp. 1191 ss.; Tassan Mazzocco, Angeletti, Zoppolato, 1999, *op. cit.*, pp. 587 ss.; Baldi, 2003, «La disciplina delle concessioni e del poject financing dopo la legge 166/2002», *Urb e app.*, pp. 508 ss.

55. La situazione di isolamento giuridica e finanziaria del progetto è detta *ring fence*, in quanto prevede la creazione di una sorta di 'cordone sanitario' attorno al progetto, utilizzando una società di progetto (*special purpose vehicle*). Sul punto, Carrière, 1999, *op. cit.*, pp. 19 ss. (partic. note 11 e 16).

56. Cfr. Carrière, 1999, *op. cit.*, p. 92, in cui si osserva che il ricorso al veicolo societario presenta «ulteriori profili di efficienza e funzionalità», ad esempio facilitando situazioni di «'uscita' o ('sostituzione') degli *sponsors* dal progetto - volontaria o coatta - tramite la circolazione delle partecipazioni nella società di progetto».

57. La società di progetto diviene controparte di una serie di rapporti contrattuali ti tale complessità da sembrare «sistemi molecolari o circuiti integrati». L'immagine è di Draetta, 1994, *op. cit.*, p. 495. Sul punto, Rabitti, 1996, «Project financing e collegamento contrattuale», *Contratto e impresa*, pp. 227 ss.

58. Cfr. Imperatori, 2000, *op. cit.*, pp. 1120 ss., in cui rileva che la

società di progetto è «destinata a svolgere l'attività che rappresenta il *core business* dell'iniziativa».

59. Sul procedimento di affidamento della concessione di costruzione e gestione realizzata con l'intervento del promotore (oltre che di tipo 'convenzionale', cioè senza l'intervento del promotore), de Siervo Ravetta, 2000, *Qualificazione progettazione sicurezza project financing dopo la Merloni ter*, Rimini.

60. La programmazione è vista come momento di raccordo tra funzione di indirizzo ed amministrazione, con la precisazione che l'esplicitazione della volontà «secondo forme precostituite dal legislatore non dovrebbe essere interpretata come limite all'autonomia del soggetto programmatore, quanto piuttosto come elemento di razionalizzazione tecnica delle scelte operate in sede politico-decisionale»: Senzani, 2000, «Art. 14», in Carullo Clarizia (a cura di), *op. cit.*, pp. 462 ss. È anche descritta come «funzione amministrativa di connotazione dell'attività politica, prima ancora che istituzionale»: Orsoni, 2000, «Art. 14», in Carullo Clarizia (a cura di), *op. cit.*, pp. 434 ss.

61. Cfr. Orsoni, 2000, *op. cit.*, pp. 434 ss., in cui si rimarca che il legislatore ha disciplinato in maniera 'capillare' il procedimento di elaborazione del programma triennale (con la tipizzazione dei contenuti di ciascun segmento sub-procedimentale) tanto da far pensare che si sia mosso «in un'ottica di diritto processuale più che di diritto sostanziale». Pesce, 2003, «Effetti del programma triennale delle opere pubbliche e valutazione di fattibilità dell'intervento», *Urb. e app.*, n. 444, in cui sottolinea che la peculiarità dell'atto di programmazione «è che esso si pone di regola al vertice del procedimento per la realizzazione delle opere pubbliche, pur essendo al contempo esso stesso il risultato di un procedimento amministrativo».

62. Giannini, 1995, *op. cit.*, p. 66, in cui si osserva che la possibilità di programmazione delle opere pubbliche è «direttamente proporzionale alla stabilità economica», poiché le opere pubbliche rappresentano «un modo dell'azione dei pubblici poteri avente rilevanza economica, che è condizionato da molti altri fattori economici non sempre dominabili».

63. Sono inseriti nel programma triennale i lavori di singolo importo superiore a 100.000 Euro (art. 14, comma 1, novellato). Cfr. Pesce, 2003, *op. cit.*, p. 444, per il quale con tale innovazione il legislatore si è fatto carico dell'esigenza di ridurre l'eccessiva rigidità del programma, come concepito dalla Merloni ter, che costituiva una possibile causa della sua inattuazione da parte di molte amministrazioni.

64. Cons. St., sez. V, 23.10.2002, n. 5824, in *Urb. e app.*, 2003, pp. 440 ss., con commento di Pesce, 2003, *op. cit.*, pp. 442 ss.; in *Riv. trim. app.*, 2004, pp. 211 ss., con commento di Giardino, *Sulla rilevanza del programma triennale di opere pubbliche.*

65. Art. 37-bis, novellato dalla L. n. 166/2002. Su ciò, De Nictolis, *op. cit.*, p. 48, che parla di nuova figura di 'proponente' che si aggiunga a quella del 'promotore'.

56. Cons. St., n. 5824 del 2002, cit.

57. Per il Consiglio di Stato (sent. sopra cit.) non si tratta quindi di un'attività meramente interna degli organi comunali di programmazione finanziaria e di razionalizzazione della spesa» - come ha ritenuto il primo giudice (Tar Umbria n. 499/2001) - ma di un «atto fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'ente, cui corrisponde la facoltà di verifica dei cittadini singoli o associati, sulla congruità e correttezza delle scelte effettuate. La eventuale dispersione di risorse finanziarie non utilizzate per l'inserimento di opere non realizzabili nel programma triennale non questione che riguardi solo gli amministratori e le loro responsabilità politiche ma, in primo luogo, le comunità locali che vedono frustrata la legittima aspettativa a migliori condizioni di vita determinate dalla realizzazione delle opere programmate».

. La proposta deve essere presentata entro il 30 giugno di ogni anno pure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre (art. 37-bis, ne modificato dalla L. n. 166/2002).

69. Cfr. Imperatori, 2000, *op. cit.*, p. 1125, che osserva «curiosamente la legge prevede che il promotore presenti 'un progetto preliminare' del preliminare già inserito nell'elenco».

70. Cfr. Senzani, 2000, «Art. 14», in Carullo-Clarizia (a cura di), *op. cit.*, p. 461, per il quale «il rapporto intercorrente tra programmazione e *project financing* sembra trovare soluzione seguendo l'impostazione data dal legislatore alla programmazione cd. *triennale* ed alla programmazione cd. *annuale*, dove la seconda si riconduce alla prima secondo un rapporto di specificazione ed approfondimento di quanto pianificato in via generale».

71. Sulla valutazione delle proposte, cfr. Lugaresi, 2001, *op. cit.*, pp. 658 ss. Sul sistema di gara, tra gli altri, Caringella, *op. cit.*, pp. 1280 ss.

72. Tar Lombardia, Milano, sez. III, 2 lug. 2001, n. 4729, in *Urb. e app.*, 2002, pp. 335 ss., con commento di Baldi. Nella sentenza si precisa che l'amministrazione non può modificare unilateralmente il quadro finanziario proposto dal promotore, che assume un ruolo centrale nella proposta di project financing e rappresenta la base su cui saranno chiamati a confrontarsi i concorrenti nella successiva procedura negoziale. Di conseguenza «qualora il progetto presenti profili che l'amministrazione giudica non coerenti con le funzioni da insediare e lo stralcio delle relative previsioni privi la proposta dei corrispondenti introiti finanziari, dovrà ritenersi integrata la presenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera e la proposta non potrà giudicarsi di pubblico interesse».

73. Tar Toscana, sez. II, 18 lug. 2002 n. 1547, in *Urb e app.*, pp. 326, con commento di Baldi. Il Tar ha ritenuto che il sistema di licitazione privata di cui all'art. 37-quater ricalchi quello di cui all'art. 20, comma 2, della stessa L. 109/94 nell'ambito del quale, in base all'art. 85, comma 2, del Dpr. 554/1999 «le amministrazioni aggiudicatici possono prevedere la facoltà per i concorrenti di inserire nell'offerta la proposta di eventuali varianti al progetto posto a base di gara» e quindi ha ammesso la possibilità di variazioni anche nella procedura ex art 37-quater, «pur essendo la funzione della licitazione diversa nelle due ipotesi in quanto nel caso della concessione di cui all'art, 19 (..) essa si conclude con l'individuazione dell'affidatario, mentre nell'ipotesi di *'project financing'* prelude alla procedura negoziata tra il promotore e i due soggetti che hanno presentato la migliore offerta. Quanto al riconoscimento di un ampio margine di variazione nella fase negoziale, cfr. Baldi, nel *Commento*, p. 332, il quale rileva che questa maggiore flessibilità, che si spinge fino a ritenere ammissibili variazioni anche sostanziali del progetto, incontra il limite del rispetto delle indicazioni procedurali dettate dall'amministrazione per il confronto tra promotore e concorrente, nonché della coerenza con il piano economico-finanziario, «aspetto che il Tribunale sembra non aver considerato, pur essendo collegato alla modifica progettuale».

74. Art. 37-ter, come modificato dalla L. n. 166/2002.

75. In base all'art. 37-quater, il promotore non aggiudicatario ha diritto a un rimborso a carico dell'aggiudicatario dell'importo di cui all'art. 37-bis, comma 1 (corrispondente alle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensiva anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile, fino al limite del 2,5% del valore dell'investimento).

76. L'art. 37-quater, nella sua previgente formulazione, prevedeva l'obbligo da parte del promotore risultato aggiudicatario di rimborsare all'altro o agli altri due partecipanti le spese sostenute per la propria offerta di cui all'art. 37-bis. Di tale disposizione non si comprendeva lo spirito, poiché il rimborso sarebbe potuto essere superiore alle spese sostenute, che non sono comparabili con quelle del promotore, come segnalato anche da parte dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici (atto di regolazione n. 51 del 2000). Per evitare che tale meccanismo divenisse fonte di ingiustificati arricchimenti, la Merloni-quater ha previsto l'obbligo di rimborso delle spese, sostenute e documentate, solo se la procedura fosse stata espletata mediante appalto-concorso, nei limiti dell'importo di cui all'art. 37-bis, comma 1. Inoltre è stata abolita la ripartizione delle spese nella misura del 60% al migliore offerente e

del 40% al secondo offerente, che evocava più l'idea di 'un'indennità' che di un autentico rimborso spese (in questo senso, De Nictolis, *op. cit.*, pp. 50-52). Su ciò, Baldi, *op. cit.*, p. 508.

77. Sulle possibilità di impiegare il project financing nelle iniziative di pianificazione territoriale o per il rilancio produttivo di un'area (piani di recupero urbano, piani di recupero di insediamenti abusivi, programmi di riqualificazione urbana...), Ricchi, 2004, «Project financing: le ragioni dell'exploit e le ragioni della prudenza», in Ferrari Fracchia (a cura di), *Project financing e opere pubbliche*, Collana di diritto dell'economia, Milano, pp. 98 ss.; Id., 2004, «La cessione dei beni immobili della p.a», *op. cit.*, p. 140; Balestreri, 2001, «Project financing e trasformazioni del territorio: evoluzione alla luce della giurisprudenza comunitaria», *Riv. trim app.*, pp. 681 ss., per il quale «l'utilizzo del *project financing* nel settore proprio dell'urbanistica ed edilizia privata presenta alcuni connotati affatto peculiari» e ritiene che alcune delle formule più diffuse, almeno nel nostro paese, quale il Bot, siano 'tendenzialmente incompatibili' con lo 'statuto' dell'urbanistica.

78. Sull'unità finanza di progetto, ampiamente, Ricchi, *op. cit.*, pp. 93 ss. Cfr. anche de Pierris, 2001, *Flussi di cassa definiti per il project financing*, in «Il sole 24 ore», 29 gen.

79. Secondo i dati riportati da de Pierris, 2001, *op. cit.*, p. 4, dopo cinque mesi dall'attivazione, l'unità tecnica finanza di progetto (Ufp) aveva già esaminato oltre trenta progetti, in prevalenza nell'edilizia pubblica (42%) e nei trasporti (33%). Dal 2000 al 2002 sono state monitorate da tale organismo 838 iniziative in finanza di progetto (su tali dati cfr. Ricchi, *Project financing: le ragioni dell'*exploit *e le ragioni della prudenza*, p. 95, che illustra il sistema di rilevazione).

80. Cfr. Tar Sardegna 30 nov. 2001, n. 1288, in www. asstra.it, che motiva tali conclusioni sulla scorta dell'interpretazione della direttiva n. 93/38/Cee data dalla Corte di Giustizia, con sentenza 7 dicembre 2000 (in causa C-324/98), che dopo aver chiarito che i contratti per la prestazione di un servizio nei quali la controprestazione spettante all'aggiudicatario consiste nel diritto di sfruttare l'opera non rientrano nella sfera di applicazione della direttiva 93/38, «non ha tratto, dall'osservazione esposta, la conseguenza dell'illegittimità di tale regolamento di rapporti per contrarietà con la direttiva richiamata. Ha, invece, affermato che gli enti aggiudicatori sono comunque tenuti a rispettare i principi fondamentali del trattato, in generale, ed il principio di non discriminazione, in particolare». In questi limiti, gli enti aggiudicatori possono regolamentare gli interessi loro affidati con strumenti diversi da quelli tipizzati, quale appunto la finanza di progetto, «la cui conformità ai principi dell'ordinamento comunitario non è mai stata posta in discussione». Sulla stessa linea interpretativa si è attestata anche l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione 6 marzo 2002, n. 4. Sul punto, Giuliano, 2003, «Breve commento alla normativa di cui agli artt. 37 bis ss., l. 11 febbraio 1994, n. 9, in materia di project financing. L'applicabilità in materia di affidamento dei servizi pubblici e il caso di servizi di gestione e distribuzione del gas», *Riv. trim. app.*, pp. 934 ss-, partic. Pp. 943 ss. Nel senso che l'utilizzo del project financing da parte di tali soggetti è 'sicuramente consentito', Aiello, 2003, «Project financing nei settori esclusi», *Riv. trim. app.*, pp. 327 ss.

81. Così, Aiello, 2003, *op. cit.*, p. 327, che effettua una panoramica delle applicazioni del project financing in questi settori. In alcuni casi particolari, il flusso di cassa generato dalla gestione delle opere non deriva direttamente dall'utente del servizio, ma da enti pubblici che devono attingere ad entrate di natura tributaria, come si verifica, in modo paradigmatico nel settore della gestione integrata dei rifiuti solidi urbani, su cui, Balestreri, 2003, «Le applicazioni del project financing nello smaltimento dei rifiuti solidi urbani. Profili giuridici», *Riv. trim. app.*, pp. 307 ss., che si sofferma soprattutto sul problema delle garanzie (atipiche) che possono assistere l'erogazione di finanziamenti bancari a favore di soggetti privati aggiudicatari delle concessioni per la costruzione e l'esercizio degli impianti di smaltimento, tenuto conto che il cash flow derivante dallo sfruttamento dell'impianto proviene dalle tariffe versate dai singoli comuni, nell'esercizio delle loro funzioni istituzionali di gestione dei rifiuti, nelle more dell'attuazione del sistema tariffario nei confronti degli utenti finali del servizio.

82. Cfr. Aiello, 2003, *op. cit.*, p. 328, che rileva la mancanza di rilevante rischio di mercato in questo ambito «essendo note e predefinite sia le regole di accesso al mercato stesso, sia i prezzi di cessione dell'energia all'Enel in base alle tariffe determinate dalla delibera Cipe n. 6 del 29.4.1992», precisando che tali condizioni sono rimaste «inalterate anche a seguito della liberalizzazione delle attività di produzione dell'energia elettrica in quanto, per effetto del combinato disposto degli art. 22, L. n. 9 del 9.1.1991, e art. 3, L. n. 79 del 16.3.1999, il gestore della rete di trasmissione nazionale è subentrato nei rapporti contrattuali di cui era parte l'Enel ed è stato tenuto ad acquistare l'energia elettrica al medesimo prezzo».

83. Sulla vicenda delle ferrovie ad alta velocità, cfr. Amorosino, 1996, «Il sistema delle ferrovie ad alta velocità nell'esperienza amministrativa italiana», *Riv. trim. app.*, pp. 191 ss. Sull'inquadramento dei rapporti - da amministrativo (concessorio) a contrattuale, dipendente dalla trasformazione delle Ferrovie dello stato da ente pubblico economico a soggetto privato (s.p.a.) - Cons, St., ad. gen.19 giugno 1991, n. 570 e ad. gen., 1 ottobre 1993, n. 95, in *Foro it.*, III, pp. 66 ss., con nota di Fracchia.

84. La Tav apporta il 60% del capitale di rischio e del capitale di credito (da acquisire sul mercato), mentre le Ferrovie dello stato assicurano il 40% sia del capitale della società che dei finanziamenti.

85. Art. 1, L. n. 112/2002 (di conversione del Dl. n. 63/2002). Sul punto, Aiello, 2003, op. cit., p. 333.

86. Sul punto, Ricchi, *op. cit.*, p. 140; Id., *Project financing: le ragioni dell'*exploit *e le ragioni della prudenza*, p. 99.