

Andrea Altieri

(Avvocato e Docente di Diritto Amministrativo
presso la LINK Campus University of Malta)

La Finanza di Progetto nel Codice dei Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture: commento della procedura prevista dall'art. 153 del D.Lgs. n. 163/2006 alla luce delle modifiche apportate dai decreti correttivi. Profili introduttivi.*

Indice: 1. La finanza di progetto: cenni introduttivi - 2. Le procedure della finanza di progetto nell'ordinamento giuridico italiano. 2.1. La gara unica (commi 1-14). - 2.1.1. I contenuti dell'offerta. - 2.2. Il ruolo del promotore ed il diritto di prelazione riconosciuto nella procedura di cui all'art. 153, comma 15, D.Lgs. n. 163/2006. - 2.3. Il *project financing* su iniziativa dei privati. - 3. Considerazioni conclusive.

1. La finanza di progetto: cenni introduttivi.

La finanza di progetto (*project financing*) è un istituto di derivazione anglosassone¹ e consiste in una tecnica finanziaria volta a rendere possibile il finanziamento di opere pubbliche sulla base della valenza tecnico-economica del progetto presentato all'Amministrazione, piuttosto che sull'autonoma capacità di indebitamento dei soggetti promotori dell'iniziativa. All'atto della redazione della propria offerta, come di seguito specificato, i finanziatori esaminano, infatti, la capacità del piano di realizzare, nel suo complesso, i flussi di cassa che costituiranno la garanzia primaria per il rimborso del debito e per la remunerazione del capitale di rischio, grazie anche al supporto di un'opportuna contrattualizzazione delle parti interessate, pubbliche e private, intervenute all'operazione.

La stessa corretta gestione del progetto costituisce, al contempo, ulteriore elemento di particolare interesse, poiché la remuneratività necessaria a compensare l'iniziale investimento dei privati potrà essere garantita solo attraverso l'organizzazione e la struttura efficiente, oltre che qualitativamente elevata, delle opere realizzate.²

*(Relazione introduttiva svolta nel Convegno: "Le banche nella nuova Finanza di Progetto - Incontri sul Partenariato Pubblico Privato", Università degli Studi di Roma "La Sapienza", 5 maggio 2010).

¹ Le prime operazioni di finanza di progetto sono state realizzate in Inghilterra e negli Stati Uniti, nel settore della produzione di energia elettrica. Queste ultime, in particolare, avvenivano in un ambito strettamente privatistico: privata era la società che realizzava l'impianto di produzione di energia; privata era la società che acquistava l'energia prodotta attraverso contratti di fornitura a lungo termine. L'applicazione della finanza di progetto alla realizzazione di infrastrutture pubbliche è, al contrario, un'acquisizione più recente. In un contesto istituzionale favorevole alle privatizzazioni, fu ritenuto, nel secolo scorso, che alcune importanti opere infrastrutturali potessero essere realizzate con successo attraverso il ricorso a capitale e ad iniziativa del privato.

² Con la finanza di progetto si assiste, di fatto, ad un'inversione di tendenza rispetto a quanto accadde all'epoca della prima industrializzazione (il primo ventennio del secolo XX). A quel tempo, infatti, la politica dei lavori pubblici comportava l'aumento dei contratti stipulati con privati, con la conseguente

Il coinvolgimento di soggetti privati nella realizzazione, gestione e soprattutto nell'accollo totale o parziale dei costi di opere pubbliche in vista di guadagni futuri rappresenta, pertanto, la caratteristica principale della finanza pubblica di progetto,³ nella quale il confronto e la ponderazione dei diversi interessi in gioco (a volte antitetici) consentono, rispettivamente:

- all'*Amministrazione*, di svolgere la propria funzione nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, che devono necessariamente caratterizzare l'azione amministrativa, attraverso la corretta allocazione delle risorse pubbliche,⁴ destinate ad offrire servizi di sempre più elevato livello qualitativo;
- agli *investitori privati*, di perseguire le proprie finalità di profitto, incentivando, con l'apertura di nuovi settori del mercato, lo sviluppo e la produttività delle imprese;⁵
- agli *utenti finali*, di ottenere opere e servizi di pubblica utilità più efficienti ed in grado di elevare gli *standards* qualitativi del Paese, senza che ciò comporti (ulteriori) aggravii fiscali a loro danno.

Va ritenuto, al contempo, che il ricorso a tale procedura debba comunque imporre alle Amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito di un'attenta fase di programmazione economica:

- la predisposizione di studi di fattibilità che tengano conto delle finalità di interesse pubblico, oltre che delle reali esigenze della collettività;
- l'adozione di procedure di gara trasparenti;
- un'effettiva concorrenza tra gli operatori economici;
- una sempre maggiore trasparenza nella fase esecutiva, garantita da un'ideale contrattualizzazione delle parti interessate, in grado di consentire una più efficiente realizzazione e gestione delle opere di pubblico interesse.⁶

Considerata, infatti, l'importanza degli interessi pubblici e privati coinvolti nell'intero iter procedimentale, le Amministrazioni (e per esse, i dirigenti pubblici ed i funzionari a ciò preposti) sono obbligate a conformare le proprie condotte al rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità dell'Amministrazione previsti dall'art. 97 Cost., osservando, con ciò, le specifiche disposizioni giuridiche che afferiscono a tematiche di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, nonché tutte le norme deontologiche a ciò connesse, conseguenti e presupposte.⁷

immissione di risorse pubbliche nell'economia privata (cfr. S. Cassese, *“La nuova Costituzione economica”*, Laterza, 2000, Roma).

³ Cfr. M. Ricchi, *“La nuova Finanza di Progetto nel codice dei contratti, UTFP, Unità Tecnica Finanza di Progetto”*, gennaio 2009; R. M. Attanasio e S. Gatti, *“Il terzo restyling delle norme sui contratti passa per la nuova finanza di progetto”*, in *Il Sole 24 Ore - Guida al Diritto*, Milano, n. 9 del 1 novembre 2008; R. De Nictolis, *“Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici”*, in *Urbanistica e appalti* n. 11 del 2008; F. Cassella, *“Il Project financing nel Regno Unito”*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005.

⁴ Ad esempio, fondi pubblici, risorse umane e strumentali.

⁵ Tali settori erano, in passato, organizzati e diretti interamente dalla Pubblica Amministrazione.

⁶ Cfr. A. Altieri, *“L'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione”* in *“Corso di diritto amministrativo”*, Giuffrè, Milano, 2009, di M. Mirabella, M. Di Stefano, A. Altieri (a cura di M. Mirabella).

⁷ Cfr. A. Altieri, *“L'affidamento in house dei servizi pubblici: profili di danno e responsabilità dei funzionari - aspetti etici”*, Relazione svolta nel Convegno: *“Etica e diritto nella Pubblica Amministrazione - Il danno alle Finanze pubbliche: profili amministrativi e penali”* - UNESCO Chair in Bioethics, Centro Congressi Grand Hotel Billia di Saint-Vincent (15.10.2009 - 17.10.2009).

2. Le procedure della finanza di progetto nell'ordinamento giuridico italiano.

Il tema della finanza di progetto ha interessato, di recente, il legislatore nazionale,⁸ il quale, con il terzo (ed ultimo) intervento correttivo operato al D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i.,⁹ ha profondamente inciso nella materia, recependo, al contempo, sia le perplessità sorte in sede comunitaria,¹⁰ sia l'esigenza, fortemente sentita in ambito nazionale, di rendere più semplice e meno farraginoso una procedura la cui complessità era stata più volte evidenziata dalla giurisprudenza amministrativa e dagli operatori del settore.¹¹

Con la nuova formulazione dell'art. 153,¹² D.Lgs. n. 163/2006, si assiste, pertanto, al venir meno del vincolo di gara unica per le Amministrazioni, le quali potranno optare, oggi, per una delle seguenti procedure:

- a) una gara unica “*semplificata*” (commi 1-14), senza diritto di prelazione, bandita su uno studio di fattibilità dell'Amministrazione, che consenta di individuare il promotore¹³ a cui verrà richiesto, all'esito della procedura, se necessario, di modificare il proprio progetto; in caso di rifiuto, le Amministrazioni interpelliranno gli altri concorrenti, procedendo, in tal modo, a scorrere la graduatoria di merito (v. *infra*);
- b) il modello della *doppia gara* (comma 15), nel quale, se la prima procedura è finalizzata ad individuare il promotore ed a porne in approvazione il suo progetto preliminare, la seconda consente di aggiudicare la concessione ponendo a base di gara l'offerta del promotore approvata, sulla quale quest'ultimo potrà, comunque, entro quarantacinque giorni, esercitare il diritto di prelazione (v. *infra*);
- c) una procedura cd. *ad iniziativa dei privati* (comma 16), ai quali è riconosciuto il potere di sollecitare l'Amministrazione che rimane inerte, qualora essa non provveda entro sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale di cui all'articolo 128,

8 Le prime operazioni di finanza di progetto hanno trovato attuazione, in Italia, a seguito della liberalizzazione del mercato della produzione dell'energia elettrica, delineata agli inizi degli anni Novanta dalla Legge n. 9/91 e dalla Legge n. 10/91.

⁹ Noto anche come Codice dei Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture.

¹⁰ Era stata sollevata, a tal riguardo, una presunta incompatibilità di alcuni tratti della procedura (ci si riferisce, in particolare al diritto di prelazione a favore del promotore) con i principi di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato (v. *infra*).

¹¹ Dal 17 ottobre 2008 sono in vigore, infatti, le modifiche introdotte al D.Lgs. n. 163/2006 dal D.Lgs. n. 152/08. A seguito di tali modifiche, il nuovo art. 153 (*Finanza di progetto*) del Codice dei Contratti è stato interamente riformulato; la norma, oggi, si compone di ben ventuno commi, ricoprendo l'intera materia prima regolata da tre norme (artt. nn. 153, 154 e 155, D.Lgs. n. 163/2006).

¹² Articolo prima modificato dalla lettera *r*) del comma 1 dell'art. 1, D.Lgs. n. 113/2007 e poi così sostituito dalla lettera *ee*) del comma 1 dell'art. 1, D.Lgs. n. 152/2008. Il comma 2 dell'art. 1 del D.Lgs. 152/2008 ha disposto, tra l'altro, che la disciplina recata dal presente articolo si applichi alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo la data di entrata in vigore dello stesso D.Lgs. n. 152/2008. Vedi, anche, le Linee Guida sulla finanza di progetto, approvate dall'A.V.C.P. con Det. n. 1 del 14 gennaio 2009, le Linee Guida per i documenti di gara approvate con Det. n. 3 del 20 maggio 2009 e, da ultimo, le Linee Guida per l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, approvate con Det. n. 4 del 20 maggio 2009.

¹³ Va tenuta distinta la figura del *promotore*, soggetto che formula proposte per la realizzazione di interventi già inseriti nella programmazione triennale dell'Amministrazione, dalla figura del *proponente*, soggetto che formula una proposta di intervento per prevedere una opera di futura realizzazione, ovvero uno studio di fattibilità da inserire in un programma in corso di formazione.

D.Lgs. n. 163/2006, alla pubblicazione del bando per opere inserite nella programmazione (v. *infra*).¹⁴

2.1. La gara unica (commi 1-14).

Il primo comma dell'art. 153 prevede, in particolare, che, per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale e nel predetto elenco annuale, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'Amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le Amministrazioni aggiudicatrici¹⁵ possano procedere mediante *project financing*,¹⁶ ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che prevedano l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.¹⁷

La *ratio* della norma è chiara nel voler evitare che l'Amministrazione possa procedere, attraverso l'utilizzo di capitale privato, alla realizzazione di iniziative che non rispondano appieno all'interesse pubblico; spetterà, pertanto, all'Amministrazione stessa, individuare, nell'ambito del contesto evidenziato, gli interventi da eseguire nell'interesse della collettività, stabilendone (e documentandone) il relativo ordine di priorità.¹⁸

La procedura ha effettivamente inizio con la pubblicazione di un bando avente ad oggetto il citato *studio di fattibilità* predisposto dall'Amministrazione interessata o (anche) da terzi, salva approvazione della medesima P.A. (cfr. art. 153, comma 19, D.Lgs. n. 163/2006).

Il bando, oltre ai contenuti dell'art. 144 di cui al medesimo testo normativo, stabilisce che l'Amministrazione aggiudicatrice abbia la possibilità di chiedere al concorrente prescelto, come anticipato, di apportare al proprio progetto preliminare, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del medesimo, garantendosi, in tal caso, l'aggiudicazione della concessione.

All'atto dell'approvazione¹⁹ del progetto, sarà pertanto onere di quest'ultimo procedere alle modifiche necessarie ai fini dell'accettazione del progetto, nonché a

¹⁴ Cfr. A. Serravezza, "La finanza di progetto dopo il terzo decreto correttivo del Codice degli Appalti", su www.altalex.it.

¹⁵ L'art. 3, punto 25, D.Lgs. n. 163/2006, stabilisce che, per "Amministrazioni aggiudicatrici", devono intendersi: le Amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

¹⁶ In alternativa, come detto, all'affidamento in concessione di cui al citato art. 143 del D.Lgs. n. 163/2006.

¹⁷ Il bando di gara viene pubblicato con le modalità di cui all'articolo 66 del D.Lgs. n. 163/2006, ovvero di cui all'articolo 122, secondo l'importo dei lavori, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità predisposto dall'Amministrazione aggiudicatrice o adottato ai sensi del comma 19 del medesimo art. 153.

¹⁸ La norma consente, inoltre, che la procedura possa riguardare anche lavori non compresi nella programmazione triennale, subordinatamente al fatto che sia la stessa Amministrazione ad approvare tali ulteriori strumenti di programmazione.

¹⁹ L'approvazione dei progetti da parte delle Amministrazioni viene effettuata in conformità alle norme dettate dalla Legge n. 241/90 e s.m.i. ed alle disposizioni statali e regionali che regolano la materia. Si

tutti gli adempimenti previsti dalla legge, anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario.

Qualora il progetto non necessiti di modifiche, l'Amministrazione procederà direttamente alla stipula della concessione; al contrario, nel caso in cui, il promotore non concordi sulle modifiche richieste dalla P.A., quest'ultima ha facoltà di richiedere progressivamente, ai concorrenti che seguono in graduatoria, l'accettazione delle predette modifiche al progetto presentato dal promotore, alle stesse condizioni proposte al promotore e da quest'ultimo non accettate.

Va evidenziato, a tal riguardo, che la possibilità di richiedere modifiche è limitata, per l'Amministrazione, unicamente a quelle ritenute *strettamente necessarie* ai fini dell'approvazione, senza, con ciò, alterare in alcun modo, i contenuti sostanziali della proposta ricevuta.

Il contratto di concessione sarà stipulato unicamente a seguito della conclusione, con esito positivo, del suddetto iter di approvazione a vantaggio del promotore, ovvero del concorrente che lo segue in graduatoria.²⁰

Alla procedura, che verrà aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa,²¹ vengono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dalla legge, ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 38, D.Lgs. n. 163/2006.²²

2.1.1. I contenuti dell'offerta.

Le offerte che gli investitori privati intendono presentare per concorrere ad un bando di finanza di progetto, devono necessariamente contenere:

- un progetto preliminare;
- una bozza di convenzione,
- un piano economico-finanziario *asseverato* da una banca;
- la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.²³

applicano le disposizioni in materia di conferenza di servizi dettate dagli articoli 14-*bis* e segg. della suddetta Legge n. 241/90 e s.m.i..

²⁰ Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese di cui al comma 9, terzo periodo del citato art. 153.

²¹ Cfr. art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., secondo cui, 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 ed alle caratteristiche del contratto, quali, a titolo esemplificativo: *a)* il prezzo; *b)* la qualità; *c)* il pregio tecnico; *d)* le caratteristiche estetiche e funzionali; *e)* le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; *f)* il costo di utilizzazione e manutenzione; *g)* la redditività; *h)* il servizio successivo alla vendita; *i)* l'assistenza tecnica; *l)* la data di consegna, ovvero il termine di consegna o di esecuzione; *m)* l'impegno in materia di pezzi di ricambio; *n)* la sicurezza di approvvigionamento; *o)* in caso di concessioni, altresì, la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti.

²² La norma attiene ai requisiti generali di partecipazione alle procedure di gara ad evidenza pubblica.

²³ Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. Tale importo non può superare il 2,5% del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara.

L'esame della documentazione è esteso, da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici, agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano ed al contenuto della bozza di convenzione.

Il bando stabilisce i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procederà alla valutazione comparativa tra le diverse proposte; il disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, specificherà, in particolare, l'ubicazione e la descrizione dell'intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei.

L'Amministrazione aggiudicatrice procederà, successivamente, ad esaminare le domande pervenute nei termini indicati dalla *lex specialis* di gara, al fine di redigere una graduatoria di merito; all'esito della procedura, verrà nominato *promotore* il soggetto che ha presentato la migliore offerta (v. *supra*).²⁴

Le offerte sono corredate dalla garanzia di cui all'articolo 75 del D.Lgs. n. 163/2006, pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione,²⁵ oltre che da un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5% del valore dell'investimento, come indicato dallo studio di fattibilità posto a base di gara.²⁶

Elemento essenziale dell'offerta, è, a ben vedere, il *piano economico - finanziario*; tale documento dovrà provare all'Amministrazione ricevente (ed al contempo garantire) l'equilibrio economico e finanziario dell'investimento proposto.

In particolare:

- con riguardo al *profilo economico*, il piano dovrà dimostrare che il flusso attualizzato dei proventi derivanti dall'applicazione delle tariffe è quantomeno sufficiente alla realizzazione ed alla successiva gestione dell'opera progettata;
- con riferimento, invece, al *profilo finanziario*, il medesimo piano dovrà attestare che, nell'arco di tempo stimato dagli investitori, le risorse finanziarie prodotte dall'investimento consentono agli investitori di compensare i costi stanziati per l'esecuzione del progetto.

La norma prevede, a tal riguardo, che il suddetto piano venga anche *asseverato* da un Istituto di Credito, al fine di attestarne, in linea generale, il suo

²⁴ La nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta.

²⁵ Ai sensi dell'art. 75 del D.Lgs. n. 163/2006, l'offerta è corredata da una garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente.

La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice.

La fideiussione, a scelta dell'offerente, può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 del D.Lgs. n. 385/93, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero dell'economia e delle finanze.

La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

²⁶ In caso di aggiudicazione, a garanzie degli obblighi contratti, dovrà essere presentata all'Amministrazione anche la cauzione definitiva, così come indicato dall'art. 113 del medesimo testo normativo.

equilibrio e la coerenza complessiva, oltre che la reale capacità di generare i flussi economici necessari a garantire il rimborso del capitale inizialmente investito.

Giova ricordare che l'*asseverazione*, nonostante la sua funzione di garanzia per l'istruttoria amministrativa, non può comunque sostituirsi alle valutazioni interne che ciascuna Amministrazione è chiamata a svolgere, al fine di valutare, nell'ambito della propria discrezionalità, la reale affidabilità dell'intero progetto.²⁷

2.2. Il ruolo del promotore ed il diritto di prelazione riconosciuto nella procedura di cui all'art. 153, comma 15, D.Lgs. n. 163/2006.

Ai sensi del comma 15 del citato art. 153, le Amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all'iter procedimentale in precedenza evidenziato:

- a) pubblicare un bando, precisando che tale procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma l'attribuzione, a quest'ultimo, del diritto di essere preferito al migliore offerente, ove egli intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa;
- b) provvedere all'approvazione del progetto preliminare in conformità al comma 10, lettera c) del medesimo art. 153;
- c) bandire una nuova procedura selettiva, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa (v. *supra*).

Ove non siano state presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest'ultimo; qualora, al contrario, vi siano una o più offerte più vantaggiose rispetto a quella del promotore, quest'ultimo può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'Amministrazione, esercitare il *diritto di prelazione* riconosciutogli dal suddetto comma 15, adeguando la propria proposta a quella del migliore offerente ed aggiudicandosi, in tal modo, il contratto.²⁸

Qualora il promotore non adegui la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo diviene aggiudicatario del contratto; l'Amministrazione aggiudicatrice, in tal caso, rimborserà al promotore, a spese dell'aggiudicatario, i costi sostenuti nella misura massima del 2,5% del valore complessivo dell'investimento.²⁹

²⁷ La procedura di cui al novellato art. 153, comma 9, del Codice dei Contratti Pubblici evidenzia il ruolo degli Istituti di Credito, principali sostenitori del promotore e dei suoi concorrenti, i quali, nell'analizzare, di volta in volta, le richieste di finanziamento, devono spesso confrontarsi con procedure di gare altalenanti e dall'esito incerto (cfr., sul punto, A. Nicodemo, "Le banche nella nuova Finanza di Progetto: brevi note per gli operatori del settore", in Nuova Rassegna di Legislazione, Dottrina e Giurisprudenza, Firenze, 18.09.2009, n. 18).

²⁸ In tal caso l'Amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, in una misura massima non superiore, comunque, al 2,5% del valore dell'investimento.

²⁹ Il promotore escluso avrà diritto, comunque, ad un rimborso per le spese sostenute per la predisposizione del progetto, nei limiti del tetto massimo del 2,5% del valore dell'investimento complessivo. Le spese dovranno essere, comunque, giustificate e documentate.

L'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ha chiarito, a tal riguardo, che, alla stregua della suddetta procedura (cd. a doppia fase, v. *supra*),³⁰ il promotore non debba partecipare alla seconda gara; quanto ai requisiti di partecipazione, non è comunque ipotizzabile la possibilità di un duplice momento di qualificazione, uno con la previsione di requisiti meno rigidi per la fase di individuazione del promotore, ed un secondo, con la previsione di differenti requisiti per l'individuazione del concessionario, in relazione alla fase di affidamento della concessione. E' necessario, infatti, che il promotore sia in possesso dei requisiti del concessionario sin dalla prima fase di gara, non partecipando a quella successiva.³¹

La norma, così come riformulata, evidenzia l'importante ruolo che il *promotore* riveste nuovamente all'interno dell'attuale iter procedimentale del *project financing*.³² Mentre a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 113/2007 (secondo decreto correttivo al Codice dei Contratti Pubblici),³³ la figura di tale soggetto perdeva, infatti, di efficacia sino a ridursi, con il ricorrere di determinati presupposti, a mera figura di impulso procedimentale, il nuovo assetto normativo gli attribuisce, oggi, nuovamente, una posizione privilegiata.

Non mancano, come cennato, alcuni spunti critici: se, in linea generale, la procedura di cui al comma 15 del citato art. 153 sembra presentarsi scarsamente rispondente ai principi del diritto comunitario, una parte della dottrina ipotizza, inoltre, una minor propensione degli operatori economici non promotori ad apportare alle proprie offerte, proposte realmente migliorative.

2.3. Il *project financing* su iniziativa dei privati.

Il comma 16 prevede che, in relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale di cui al comma 1 dell'art. 153, per il quale le Amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi³⁴ dall'approvazione dello stesso elenco annuale, i soggetti in possesso dei requisiti previsti dalla legge possano

³⁰ Si tratta del c.d. "*procedimento del promotore bifase*", scandito in due tempi, nel primo tramite una selezione competitiva viene scelto il promotore, nel secondo, mediante il miglioramento concorrenziale della sua offerta, viene individuato il potenziale aggiudicatario. Il promotore a questo punto potrà esercitare il diritto di prelazione, adeguando la propria offerta a quella a quella migliore espressa nella seconda fase (cfr., sul punto, M. Ricchi, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti: Finanza di progetto, efficienza & Law and economics*", op. cit.).

³¹ La mancata partecipazione del promotore alla seconda gara, potrebbe, tuttavia, essere foriera di più di una problematica interpretativa, considerata l'astratta possibilità per la P.A., indirettamente riconosciuta dalla stessa Autorità di Vigilanza (si rinvia, sul punto, alla citata Determinazione n. 1 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture del 14 gennaio 2009, di non mantenere nella seconda gara gli stessi parametri di valutazione delle offerte previste per l'individuazione del promotore nella prima gara (cfr., inoltre, C.d.S. Ad. Plenaria, sent. n. 2155 del 15 aprile 2010)

³² Cfr. R. Greco, "*La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al codice degli appalti*", in *Studi e contributi*, marzo 2009, Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it.

³³ A seguito dell'emanazione del D.Lgs. n. 113/2007, in ragione della procedura comunitaria d'infrazione promossa contro l'Italia per le distorsioni del mercato che si riteneva che l'istituto comportasse, il diritto di prelazione del promotore non ha trovato più attuazione.

³⁴ Il comma 2 dell'art. 1, D.Lgs. n. 152/2008 ha disposto, tra l'altro, che, in sede di prima applicazione della nuova disciplina, il termine di sei mesi decorra dalla data di approvazione del programma triennale 2009-2011.

presentare, entro e non oltre quattro mesi dal decorso di detto termine, un'offerta garantita da cauzione e corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso di tali requisiti (v. *supra*).

Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi di cui al periodo precedente, le Amministrazioni aggiudicatrici provvedono, anche nel caso in cui sia pervenuta una sola proposta, a pubblicare un avviso pubblico di gara secondo l'importo dei lavori, contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte. Le eventuali proposte rielaborate e ripresentate alla luce dei suddetti criteri e le nuove proposte sono presentate entro novanta giorni dalla pubblicazione di detto avviso.

Le Amministrazioni esaminano dette proposte, unitamente a quanto già presentato e non rielaborato, entro sei mesi dalla scadenza di detto termine. Tale valutazione, rimessa alla P.A.,³⁵ deve ritenersi espressione di un potere di scelta particolarmente ampio, comprensivo della possibilità di verificare, in dettaglio, l'affidabilità economico-finanziaria delle offerte pervenute, dopo aver valutato, in linea generale, la loro rispondenza al pubblico interesse ed alle esigenze collettive.

Nel caso in cui il progetto preliminare necessiti di modifiche, le Amministrazioni, verificato preliminarmente il possesso dei requisiti, individuano la proposta ritenuta di pubblico interesse, procedendo ad indire un *dialogo competitivo*,³⁶ ponendo a riferimento, come base di esso, il progetto preliminare e la proposta. Qualora, al contrario, non sia necessario apportare al progetto preliminare alcuna modifica, le P.A., dopo aver approvato il progetto preliminare presentato dal promotore, procederanno, alternativamente, o ai sensi del predetto comma 15, lettere c), d), e) ed f), o a bandire una concessione ai sensi dell'articolo 143, ponendo lo stesso progetto a base di gara ed invitando alla gara il promotore.

Va ricordato, a tal riguardo, che il principio dell'evidenza pubblica e del confronto concorrenziale tra imprese rappresenta una regola generale per il nostro ordinamento giuridico, avendo come finalità primaria la tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione e quella, ulteriore, di selezionare sul mercato di riferimento, il miglior contraente, quello cioè in grado di offrire le migliori prestazioni alle condizioni economiche più vantaggiose per l'Amministrazione interessata.³⁷

Il promotore che non risulti aggiudicatario nella suddetta procedura, ha diritto al rimborso, con onere a carico dell'affidatario, delle spese sostenute nella misura massima del 2,5% del valore complessivo dell'investimento.

Il comma 19 prevede, da ultimo, che i soggetti legittimati possano autonomamente presentare alle Amministrazioni, a mezzo di *studi di fattibilità*, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non

³⁵ Che, naturalmente, può estrinsecarsi anche il un giudizio negativo su tutte le proposte pervenute.

³⁶ Il punto 39 dell'art. 3, D.Lgs. n. 163/2006 definisce il "*dialogo competitivo*" come "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".

³⁷ Cfr. A. Altieri, "*La responsabilità della Pubblica Amministrazione nell'espletamento di una procedura di gara ad evidenza pubblica. Aspetti morali e Codice Deontologico*", Relazione svolta nel Convegno: "Etica e diritto nella Pubblica Amministrazione: Responsabilità amministrativa e penale" - UNESCO Chair in Bioethics, Centro Congressi Grand Hotel Billia di Saint-Vincent (29.02.2008 - 01.03.2008).

presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128,³⁸ ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'Amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

Le Amministrazioni sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse.

Tali atti aprono procedimenti ad istanza di parte, senza alcun vincolo, al contempo, per le P.A., in ordine all'esito positivo di tale valutazione, la quale dovrà sempre accertare la rispondenza dell'opera (o delle opere) alle finalità di pubblico interesse effettivamente perseguite.

L'eventuale giudizio positivo, con la conseguente inclusione negli atti di programmazione, non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi.³⁹

3. Considerazioni conclusive.

L'articolato quadro normativo in precedenza esposto tratta una fattispecie quanto mai attuale ed astrattamente rispondente alle sempre maggiori e diversificate esigenze delle Amministrazioni, alle quali, attingendo a risorse private addizionali, è permesso di incrementare e modernizzare le dotazioni infrastrutturali del Paese, a parità di risorse pubbliche impegnate e senza costi aggiuntivi per la cittadinanza.

La possibilità, ulteriore, di liberare capitale pubblico da destinare a settori in cui i servizi sono cronicamente carenti, rende il ricorso alla finanza di progetto sempre più fruibile, anche a fronte di una accertata complessità nella realizzazione delle opere pubbliche. In questo senso, le Amministrazioni sembrano finalmente in grado di scegliere quella che, tra le soluzioni offerte dal disposto del citato art. 153, si presenta più idonea al perseguimento dei principi di efficacia, efficienza e buon andamento amministrativo.

³⁸ L'art. 128 del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce, ai commi nn. 1 e 2, che: *“L'attività di realizzazione dei lavori di cui al presente codice, di singolo importo superiore a 100.000 euro, si svolge sulla base d'un programma triennale e di suoi aggiornamenti annuali che le Amministrazioni aggiudicatrici predispongono e approvano, nel rispetto dei documenti programmatori, già previsti dalla normativa vigente, e della normativa urbanistica, unitamente all'elenco dei lavori da realizzare nell'anno stesso. Il programma triennale costituisce momento attuativo di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni che le amministrazioni aggiudicatrici predispongono nell'esercizio delle loro autonome competenze e, quando esplicitamente previsto, di concerto con altri soggetti, in conformità agli obiettivi assunti come prioritari. Gli studi individuano i lavori strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, indicano le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico - finanziarie degli stessi e contengono l'analisi dello stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico - artistiche, architettoniche, paesaggistiche, e nelle sue componenti di sostenibilità ambientale, socio - economiche, amministrative e tecniche. In particolare le amministrazioni aggiudicatrici individuano con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica. Lo schema di programma triennale e i suoi aggiornamenti annuali sono resi pubblici, prima della loro approvazione, mediante affissione nella sede delle amministrazioni aggiudicatrici per almeno sessanta giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante”*.

³⁹ Qualora le Amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, si applicano le disposizioni in precedenza richiamate.

In tale diversificato contesto procedimentale, assume particolare rilevanza sia l'ampia discrezionalità riconosciuta alle Amministrazioni nello scegliere l'iter ritenuto di volta in volta maggiormente idoneo al raggiungimento delle proprie finalità, sia il ruolo del finanziatore, chiamato ad attestare, da un punto di vista economico-finanziario, l'equilibrio e la coerenza del progetto, oltre che l'effettiva capacità del medesimo a realizzare i flussi economici necessari per il rimborso del capitale inizialmente investito.⁴⁰

Ma, vale la pena chiarire, solo il puntuale rispetto di tutti i presupposti, oltre che la competenza e la professionalità delle parti interessate, potranno consentire alla finanza di progetto di divenire un efficace strumento utile al miglioramento delle infrastrutture del nostro Paese, in grado di assicurare, all'istituto in esame, la necessaria qualità ed efficienza delle opere realizzate, indispensabili alle Amministrazioni per proporre alla collettività un'offerta sempre in linea con i più elevati *standards* nazionali e comunitari.

Università degli Studi "La Sapienza"
Roma 5 maggio 2010

⁴⁰ Nonostante la stringente crisi economica, il sistema bancario sembra procedere in tal senso. L'auspicio è, pertanto, quello di vedere presto banche ed Amministrazioni marciare insieme con l'obiettivo unico di rilanciare le infrastrutture nazionali, anche se l'eccessiva complessità delle procedure amministrative ed il frequente ricorso alla giustizia amministrativa, costituiscono un ostacolo non facilmente superabile.