

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SALERNO

**Dipartimento di Diritto Pubblico e Teoria e Storia
delle Istituzioni (DDPTSI)**

TESI DI DOTTORATO in

**TEORIA DELLE ISTITUZIONI DELLO STATO
TRA FEDERALISMO E DECENTRAMENTO**

IX Ciclo – Nuova Serie

**L'istituto del *project financing* nell'ambito
del partenariato pubblico – privato**

**TUTOR COORDINATORE
CH.MO PROF. ENZO MARIA
MARENGHI**

**DOTTORANDA
ALESSANDRA BARONE**

ANNO 2011-2012

INDICE

CAPITOLO I

PROJECT FINANCING, PROGRAMMAZIONE AMMINISTRATIVA E ATTIVITA' DI SUPPORTO.

- I.1. Esegesi normativa e definizione del P.F.
- I.2. Gli strumenti di programmazione
- I.3. Il programma dei lavori pubblici e gli studi di fattibilità
- I.4. L'attuazione del programma e gli interventi di *project financing*
- I.5. L'elenco annuale
- I.6. Funzioni e compiti del responsabile del procedimento
- I.7. Le attività di supporto
- I.8. Il *project financing* e l'amministrazione consensuale
- I.9. L'adeguamento degli strumenti urbanistici in relazione al progetto del promotore
- I.10. Problematiche connesse all'urbanistica consensuale

CAPITOLO II

IL PROJECT FINANCING NELLA LEGGE N. 109 DEL 1994 E SUCCESSIVE MODIFICAZIONI: LA FASE DELL'AFFIDAMENTO

- II.1. La nuova disciplina della concessione: l'ambito oggettivo
- II.2. I requisiti del promotore
- II.3. Proposta e programmazione pubblica
 - II.3.1. Le novità introdotte dalla legge n. 166/2002 sui rapporti tra programma triennale e proposta
- II.4. La proposta e la pubblicità
- II.5. Gli elementi della proposta
- II.6. La valutazione della proposta
- II.7. La procedura di aggiudicazione
 - II.7.1. La fase di gara
 - II.7.2. La fase della procedura negoziata
 - II.7.3. La prelazione in favore del promotore
 - II.7.4. Il rimborso delle spese del promotore e del concorrente
- II.8. La soppressione dell'obbligo di affidamento esterno dei lavori
- II.9. La Direttiva 2004/INS/CE; il dialogo competitivo

CAPITOLO III

LA SOCIETA' DI PROGETTO E L'ESECUZIONE DELLA CONCESSIONE

- III.1. La società di progetto
- III.2. Il patrimonio separato nella riforma del diritto societario
- III.3. La sostituzione della società di progetto al concessionario
- III.4. L'affidamento dei lavori ai soci
- III.5. Le obbligazioni
- III.6. La risoluzione
- III.7. La posizione dei finanziatori

- III.7.1. Il vincolo di indisponibilità
- III.7.2. Il subentro
- III.7.3. Il privilegio sui beni mobili
- III.8. Le altre disposizioni sulla società di progetto della legge n. 166 del 2002.

CAPITOLO IV

IL RAPPORTO CONCESSORIO TRA PUBBLICO E PRIVATO

- IV.1. Le clausole contrattuali tipiche di un'operazione di *project financing*
- IV.2. La valutazione del regolamento alla luce dei principi dell'autonomia contrattuale
- IV.3. La disciplina economica del rapporto
- IV.4. Le possibili soluzioni alla sopravvenienza di uno squilibrio del rapporto

CAPITOLO V

LA NUOVA DISCIPLINA DELL'ART. 153 DEL CODICE DEGLI APPALTI

- V.1. La disciplina comune applicabile
- V.2. Il Project financing come procedimento
- V.3. Il Project financing ad iniziativa pubblica con gara unica
- V.4. Le differenze con la concessione ex art. 143 e l'utilità del modello
- V.5. Il Project financing ad iniziativa pubblica con doppia gara
- V.6. L'utilità del modello
- V.7. Il diritto di prelazione
- V.8. Il procedimento ad iniziativa pubblico-privata
- V.9. L'utilità del modello
- V.10. Il procedimento ad iniziativa del proponente

CAPITOLO VI

LE ULTIME RECENTI MODIFICHE NORMATIVE DI CUI AL D.L. n. 70/2011 ED ALLA LEGGE N. 27/2012: NUOVO SLANCIO AL PROJECT FINANCING .

- VI.1. PF e liberalizzazioni.
- VI.2. La giurisprudenza amministrativa in materia di project financing: la recente Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – sentenza del 28 gennaio 2012 n. 1.

Bibliografia

Giurisprudenza

CAPITOLO I

II. PROJECT FINANCING, PROGRAMMAZIONE AMMINISTRATIVA E ATTIVITA' DI SUPPORTO.

SOMMARIO: 1. Esegesi normativa e definizione del P.F. 2. Gli strumenti di programmazione. - 3. Il programma dei lavori pubblici e gli studi di fattibilità. - 4. L'attuazione del programma e gli interventi di *project financing*. - 5. L'elenco annuale. - 6. Funzioni e compiti del responsabile del procedimento. - 7. Le attività di supporto. - 8. Il *project financing* e l'amministrazione consensuale. - 9. L'adeguamento degli strumenti urbanistici in relazione al progetto del promotore. - 10. Problematiche connesse all'urbanistica consensuale.

1. Esegesi normativa e definizione del P.F.

L'istituto del *project financing* è da inserire nell'ambito degli strumenti di partenariato pubblico privato (PPP), che nell'odierno assetto ordinamentale assumono un'importanza strategica, sia in relazione ai vantaggi che le autorità pubbliche potrebbero trarre dal *Know-how* del settore privato – specie in termini di efficienza – sia riguardo ai vincoli dei bilanci pubblici.

La disciplina del *project financing* è frutto di un lungo *excursus* normativo, dalla sua originaria previsione di cui all'art. 37-*bis* della L. n. 109/94 (c.d. Legge quadro sui lavori pubblici “Merloni”), come introdotto dall'art. 11 della L. 18 novembre 1998, n. 415, c.d. “Merloni *ter*”, alla L. n. 266/2002 – Legge Finanziaria 2002 – c.d. “Merloni *quater*”, al D.Lgs. n. 163/2006 (C.d. Codice degli Appalti), fino al terzo decreto correttivo del Codice, di cui alla D. Lgs. 11 settembre 1998 n. 152, come recentemente modificato dal recente D.L. n. 70/2011, c.d. “Decreto Sviluppo” e dalla recentissima Legge n. 27/2012.

Ne è discesa la previsione legislativa quale quella attualmente inserita nel Capo III del c.d. “Codice degli Appalti Pubblici” (D.lgs. n. 163/2006) - Promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per i lavori – il cui art. 153, comma 1, dispone che le Amministrazioni aggiudicatrici, per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, possono in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'art. 143 del Codice, “*affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che completino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti*”.

In ossequio alla suddetta disposizione si può affermare che la finanza di progetto costituisce un modello per la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione.

Più precisamente, si tratta di una fattispecie in cui, utilizzando il modello della concessione (di costruzione e gestione) di opere pubbliche, l'amministrazione si serve delle capacità finanziarie e progettuali dei privati per realizzare e gestire opere pubbliche, ovvero per erogare servizi a ad esse connesse, offrendo agli operatori economici la possibilità di ottenere, mediante lo sfruttamento delle utilità connesse all'opera, un adeguato flusso reddituale in grado di compensare le risorse investite.

L'istituto in esame rappresenta, quindi, una forma di partenariato pubblico – privato, ove ciascuna delle parti assume dei precisi impegni; da un lato, il privato si obbliga a

porre in essere la condotta necessaria per la realizzazione del pubblico interesse e, dall'altro, la pubblica amministrazione permette al privato di soddisfare, attraverso questa condotta, l'interesse di cui lo stesso è portatore.

Se ne deduce che il *project financing* si configura come una complessa operazione economico-finanziaria rivolta ad un investimento specifico per la realizzazione di un'opera e/o la gestione di un servizio, su iniziativa di promotori privati o pubblici, che può definirsi come "un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica, nella quale un finanziatore è soddisfatto di considerare, sin dallo stadio iniziale, il flusso di cassa e gli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito".

Appare utile, seppur brevemente, riferire i tratti caratterizzanti dell'istituto, tenendo conto delle (non poche) modifiche normative operate dal legislatore.

Al di là del tentativo di dottrina e giurisprudenza di fornire una definizione della finanza di progetto, tale istituto assume oggi una fisionomia radicalmente diversa da quella delineata dalla legge 11 novembre 1998, n. 415, specie a seguito dell'ultima novella operata dal D.Lgs. n. 152/2008 recante il "terzo decreto correttivo".

Tuttavia, già prima delle modifiche di ordine procedimentale apportate da tale ultimo decreto legislativo, si era posta l'attenzione sull'indefettibile attività dell'amministrazione aggiudicatrice costituita dall'inserire i lavori pubblici o di pubblica utilità in un atto di programmazione a monte, da ciò discendendo che l'iniziativa procedimentale promani sempre dalla pubblica amministrazione.

Non tutte le opere pubbliche o di pubblica utilità, dunque, possono essere realizzate mediante *project financing*, ma solo quelle espressamente inserite nella programmazione triennale (ciò fino al D.L. n. 70/2011, come si vedrà in prosieguo).

L'art. 153, comma 1, come stabilito dal terzo decreto correttivo, subordina il ricorso al *project financing* al previo inserimento dei lavori pubblici o di pubblica utilità nella programmazione triennale; in alternativa, i lavori devono essere inseriti, negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice in base alla normativa vigente.

Ed invero, ciò rinviene la sua *ratio* giustificatrice nell'esigenza di evitare che, mediante l'apporto di capitale privato, possa essere incentivata la realizzazione di opere inutili e non rispondenti all'interesse della collettività.

Alla luce dell'attuale quadro normativo, innovato restrittivamente dal D.Lgs. n. 152/2008, l'attivazione dell'iter procedurale della finanza di progetto, richiede quale *condicio sine qua non*, il previo inserimento delle opere pubbliche nell'elenco annuale.

Riferito l'ambito di applicazione dell'istituto, occorre dar conto delle fasi in cui si snoda l'iter procedurale.

In linea generale la procedura di *project financing* si articola in due *sub* procedimenti: il primo di selezione del progetto di pubblico interesse; il secondo di gara ad evidenza pubblica sulla base del progetto dichiarato di pubblica utilità.

Per tale ragione, nella procedura delineata dagli articoli 153 e seguenti del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, può configurarsi una fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale, cioè l'aggiudicazione della concessione al

soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso, si realizza attraverso fasi progressive, con la conseguenza che esse non sono giuridicamente autonome.

La fase di individuazione del promotore rinviene la sua *ratio* nella finalità di acquisire un contributo di idee dei privati che l'Amministrazione può utilizzare per completare le sue scelte programmatiche; specularmente può rintracciarsi l'interesse dei proponenti a veder prescelto il proprio progetto di opera pubblica, e quindi ad assumere la posizione del promotore nella relativa procedura, interesse che contiene ed implica *“anche l'interesse all'aggiudicazione della concessione che, in definitiva, rappresenta il vero bene della vita cui tende il presentatore del progetto”* (Cons. Stato, Sez. IV 26 gennaio 2009, n. 392).

Tale fase *“è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, essendo intesa non già alla scelta della migliore fra una pluralità di offerte sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla stregua della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore”* (Ad. Plen. 15 aprile 2010, n. 2155).

La fase selettiva, preordinata all'affidamento della concessione, invece, *“costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica (sia pure con le peculiarità e le deroghe previste in materia di affidamento di concessioni, nonché specificamente per il project financing in quanto tale)”*(Ad. Plen., 2155/10, cit.).

Ciò posto, la partecipazione del capitale privato alla realizzazione di opere pubbliche ed il ricorso a forme giuridiche che ne consentano l'esplicazione ha costituito una esigenza nel sistema italiano, dovuta a molteplici fattori¹.

E' notorio il *deficit* infrastrutturale presente nel nostro Paese e la necessità per lo stesso di dotarsi di attrezzature adeguate, le quali costituiscono presupposto indispensabile per lo sviluppo economico della Nazione.

E' notoria, altresì, la situazione deficitaria della finanza pubblica, con la conseguenza che la realizzazione di opere e servizi necessari allo sviluppo economico non è oggettivamente supportabile con le sole risorse erariali, allo scopo certamente insufficienti.

Di qui il ricorso al capitale dei privati, la cui possibilità è stata agevolata da processi giuridici che hanno interessato negli ultimi anni il nostro Paese, quali le privatizzazioni ed il riconoscimento di una sempre più ampia autonomia agli enti locali.

La possibilità del ricorso al capitale privato nella realizzazione delle opere pubbliche è stata, peraltro, realizzata innestando nuovi istituti giuridici nel sistema tradizionale di realizzazione delle opere pubbliche, costituito dall'appalto e dalla concessione (di costruzione e gestione)².

¹ Sul punto si veda F. MELE, in M. Baldi, R. Tomei (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, II ed., Milano, 2009, 1267 ss.; E. Laguardia, *Project financing: definizione, normativa e sviluppo infrastrutturale*, in *Urb. e App.*, 4/2004, 394 e ss.;

² La giurisprudenza (cfr. TAR Puglia, Lecce, II, 9-3-2005, n. 1319, in *Riv. Trim. appalti*, 2005, 84) rileva che l'istituto della finanza di progetto è un modulo opzionale per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nel programma triennale, istituito dal legislatore al precipuo fine di attrarre gli apporti progettuali e finanziari dei privati; suo elemento indefettibile è, dunque, la partecipazione del capitale privato, anche se non ne è escluso il contributo finanziario pubblico, soprattutto in vista del perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del privato promotore e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

Sicché, il *project financing* è stato modulato quale procedimento che conduce comunque all'affidamento di una concessione³.

Venendo ora alla definizione dell'istituto in esame, va rilevato che esso è certamente una tecnica di finanziamento ovvero una operazione finanziaria diretta alla realizzazione di una opera pubblica o di pubblica utilità e/o alla gestione di un pubblico servizio, che si caratterizza per la presenza di alcuni elementi qualificanti⁴.

Viene, poi, evidenziato che strettamente consequenziale a tale aspetto peculiare dell'istituto è la scelta legislativa di utilizzare, quale modulo convenzionale cui ricondurre le prestazioni delle parti, il contratto di concessione. Invero, se la p.a. non sopporta il peso finanziario dell'investimento (o lo sopporta solo in parte), essa deve pur remunerare la parte privata in altro modo e lo fa concedendole il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente i lavori realizzati, secondo il modello della concessione di costruzione e gestione.

Quanto alla partecipazione "pubblica" all'investimento, deve essere sottolineato che l'articolo 153 del codice parla di "risorse" totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi, onde la genericità del termine utilizzato ha condotto gli interpreti a ritenere che il concorso della p.a. non necessariamente deve consistere in un contributo in denaro, ma in qualsiasi utilità suscettibile di apprezzamento economico e, dunque, anche in un diritto di godimento, di proprietà o altro vantaggio (si vedano al riguardo Ricchi, *La cessione di beni immobili della p.a. nel project financing dopo la legge 166/2002*, in *Urb. e app.*, 2003, 139, nonché Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, *Determinazione n. 20 del 4-10-2001*, in www.autoritalavoripubblici.it).

³ Tra i principali scritti che si sono occupati del *project financing* in materia di lavori pubblici si ricordano: Misserini, *Project financing (lavori pubblici)*, ad vocem, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, 2004; Fava, *Il project financing nel quadro dei P.P.P. dalla prassi contrattuale internazionale alla disciplina positiva nazionale (legge Merloni e legge obiettivo): l'analisi degli orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa*, in Cassano (a cura di), *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, vol. II, Padova, 2005, 682; Morbidelli (a cura di), *Finanza di progetto*, Torino, 2004; Ferrari - Fracchia, *Project financing e opere pubbliche*, Milano, 2004; Zoppoloto, *Commento agli artt. 37 bis-37 nonies*, in Aa.Vv., *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni quater)*, Milano, 2003, 962; Vacca - Solustri, *Il project financing per le opere pubbliche*, Napoli, 2003; Baldi - De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, II ed., Milano, 2004; Caringella - Protto, *Il project financing*, in Caringella - De Marzo (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003, 1585; Baldi, *La disciplina delle concessioni e del project financing dopo la legge n. 166/2002*, in *Urb e app.*, 2003, 501; Biagetti - D'Ottavi - Mastropasqua, *Il project financing*, in Biagetti - D'Ottavi - Mastropasqua, *I lavori pubblici nella normativa vigente*, Torino, 2001, 151; Caringella, *Il project financing*, in Caringella - Dalosio - Giampaolo, *Gli appalti di lavori pubblici*, Napoli, 2001, 313; Damonte, *Requisiti del promotore*, in Carbone - Caringella - De Marzo (a cura di), *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 2000, 527; Ulisse, *Commento agli artt. 37 bis-37 nonies*, in Barbieri - Bucci - Ulisse, *Commentario della nuova normativa dell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001; Fava, *Project financing: dal progetto alla realizzazione*, Milano, 2002; Galli - Guccione, *I requisiti del promotore*, in Aa.Vv. *Il regolamento di attuazione della legge sui lavori pubblici*, Milano, 2000, 399; De Roberto, *Commento agli artt. 37 bis-37 quater*, in Giampaolino -M.A. Sandulli Stancanelli (a cura di), *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni ter"*, Milano, 1999, 600. Sull'istituto in oggetto ha avuto modo di pronunciarsi reiteratamente l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Tra i principali atti emanati dal suddetto organo si ricordano: det. n. 8/2000 del 17 febbraio 2000; Atto di regolazione n. 34/2000 del 18 luglio 2000, ad oggetto "P.F. - Piano economico e finanziario"; Atto di regolazione n. 14 del 5 luglio 2001 Q/183, ad oggetto "Precisazioni funzionali ad eliminare le remore alla piena operatività del sistema della finanza di progetto"; det. n. 20/2001 del 4 ottobre 2001 ad oggetto "Finanza di progetto" - Rif. Q/178/c-AG 149-R/987/01; det. n. 4/2002 del 6 marzo 2002 ad oggetto "Finanza di progetto: quesiti posti in materia di gara per la scelta dei partecipanti alla procedura negoziata, di variazione della composizione del promotore e di possibilità di impiego della procedura del promotore per il ciclo integrale delle acque"; det. n. 1/2003 del 22 gennaio 2003; del. n. 55 del 31 marzo 2004 ad oggetto "Project financing per la realizzazione di un nuovo campo sportivo e la gestione del bar".ar".

⁴ Secondo la definizione di K.P. Nevitt, *Il project financing*, trad. a cura di P. de Sury, Roma, 1998, il project financing è "un finanziamento concesso ad una particolare unità economica, soggetto o gruppo, nel quale il finanziatore fa affidamento sui flussi di reddito di quell'unità come fonte di

Questi vengono individuati da autorevole dottrina⁵ in:

- esistenza di un progetto, in quanto il finanziamento è diretto al progetto e non ai soggetti;

- finanziabilità del progetto, atteso che l'opera o il servizio cui è finalizzato deve essere in grado di produrre reddito per coprire i costi del finanziamento e produrre utili di esercizio; il finanziatore fa affidamento sui flussi di reddito come fondi per il rimborso del prestito;

- concentrazione del finanziamento, nel senso che occorre creare un unico centro di riferimento economico, in forma societaria, che utilizza i mezzi di finanziamento e realizza il progetto;

- separazione giuridica e finanziaria del progetto da altre iniziative dei promotori (si determina una separazione giuridica e finanziaria del progetto dal concessionario e una collocazione "fuori bilancio" dell'attività di cui alla concessione, rispetto alle altre attività dell'aggiudicatario e degli altri azionisti della società di progetto);

- esistenza di specifiche garanzie per i finanziatori esterni; il patrimonio del centro di riferimento creato costituisce primaria garanzia del prestito.

La partecipazione di più soggetti, con posizioni e qualità distinte, a tale entità economica garantisce la ripartizione dei rischi e nel contempo consente la presenza di una ampia gamma di specializzazioni, utili alla migliore riuscita dell'intervento.

Da un punto di vista giuridico il P.F. non rientra in uno schema contrattuale tipico, ma può definirsi come collegamento negoziale tra singoli contratti tipici (appalto, fornitura, garanzia, società, concessione di costruzione e gestione etc.)⁶.

2. Gli strumenti di programmazione.

Il buon esito di un'iniziativa di *project financing* dipende da un complesso di fattori che comprendono sia la fattibilità tecnico-economica del progetto, che l'incidenza dei rischi specifici che caratterizzano le singole fasi dello stesso. Sotto quest'ultimo profilo, la fase più delicata riguarda la programmazione ed in particolare la scelta della localizzazione dell'opera.

La contemporanea presenza di diversi livelli decisionali, locali e centrali, e di diverse competenze rende, infatti, particolarmente alta l'incertezza nelle fasi precedenti l'avvio dell'esecuzione dell'opera. Nelle fasi successive, rileva in generale l'atteggiamento delle autorità sia nel corso della realizzazione che nel corso della gestione, in termini di impegno, in considerazione del periodo di tempo molto lungo che caratterizza l'esecuzione e la successiva gestione, nel corso del quale il mutamento dei responsabili delle amministrazioni può incidere sui livelli di partecipazione e cooperazione delle stesse.

Altro elemento ostativo ai fini di una diffusione del sistema di realizzazione delle opere pubbliche tramite il *project financing*, che nel contempo costituisce uno dei principali fattori critici del sistema dei lavori pubblici, è rappresentato dalle carenze strutturali della pubblica amministrazione, sia sotto il profilo delle risorse

fondi per il rimborso di un prestito e sul patrimonio dell'unità come garanzia per lo stesso". Sul P.F. come tecnica di finanziamento si veda G. Morbidelli, Presentazione, in *Finanza di progetto*, G. Morbidelli a cura di, Quaderni CESIFIN, Torino, 2004, V e ss.

⁵ Cfr. M. Baldi – G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, II ed., Milano, 2004, 2 e ss.

⁶ Cfr. G.L. Rabitti, *Project financing e collegamento contrattuale*, in *Contr. e Impr.*, 1996, 228.

Sottolinea l'impossibilità di una definizione giuridica del project financing G. Misserini, in *Project financing (lavori pubblici)*, ad vocem, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, Torino, 2004, evidenziando che l'istituto in esame non si esaurisce nel collegamento funzionale di diversi negozi, ma vede il coinvolgimento anche di atti non negoziali quali provvedimenti amministrativi o accordi amministrativi.

organizzative e professionali, necessarie per una corretta gestione degli interventi, sia sotto il profilo della programmazione e della progettazione delle opere.

Il legislatore della L. n. 415 del 1998 ha cercato di affrontare questi nodi puntando sulla preventiva definizione di tutte le condizioni necessarie per l'implementazione dell'iniziativa attraverso una efficace programmazione, nell'ottica di una valorizzazione delle risorse dell'amministrazione, in vista del conseguimento di obiettivi di efficienza ed efficacia gestionali⁷

In questa logica l'art. 7 della legge n. 109 del 1994 arricchisce di nuovi compiti la figura del responsabile del procedimento (introdotta in via generale dalla legge n. 241 del 1990, che peraltro già aveva disposto l'obbligo di nomina del responsabile del procedimento anche per i procedimenti relativi alla realizzazione delle opere pubbliche) e, nella nuova formulazione introdotta dalla legge n. 415 del 1998, abolisce la figura del coordinatore unico, che rappresentava un appesantimento, sovrapponendosi per molti versi al responsabile del procedimento.

Anche il programma triennale con la legge n. 415 del 1998 risulta mutato negli obiettivi e nei contenuti, configurandosi in termini di maggiore duttilità e quindi efficacia.

La programmazione, che sotto il profilo giuridico è un atto amministrativo generale o collettivo⁸, risponde al principio di buon andamento dell'amministrazione consacrato nell'art. 97 Cost., e si traduce nella previsione di realizzazione delle opere pubbliche sulla base di una preventiva determinazione degli obiettivi, di una valutazione globale degli interessi coinvolti e delle compatibilità finanziarie.

Il programma triennale è il primo tassello procedimentale per l'attuazione delle iniziative di *project financing*, costituendo la base per la realizzazione di tutti gli interventi del triennio, ad eccezione di quelli imposti da eventi imprevedibili o calamitosi o da nuove disposizioni normative e deve conformarsi agli strumenti programmatori già previsti dalla normativa vigente.

Il programma si configura quindi come atto obbligatorio, in quanto imposto da specifica previsione di legge e tendenzialmente vincolante, poiché è la legge che stabilisce i casi in cui è possibile realizzare opere pubbliche non comprese in esso.

In base al comma 12 dell'art. 14, l'entrata in vigore del nucleo essenziale della norma, cioè i commi 1 (sulla necessità del programma triennale), 5 (sull'obbligatorietà delle priorità indicate nel programma), 10 (sull'impossibilità di ottenere i finanziamenti per i lavori non compresi nell'elenco), era differita al primo esercizio finanziario successivo all'approvazione, con decreto del ministro dei Lavori pubblici, dello schema tipo di programma triennale, oppure al secondo esercizio finanziario, allorché il decreto ministeriale fosse stato emanato nel secondo semestre dell'anno.

⁷ In proposito si è parlato di *project management*, definito “una combinazione di uomini risorse e fattori organizzativi, riuniti temporaneamente, per raggiungere obiettivi unici, definiti e con vincoli di tempo, costi, qualità e risorse limitate” (LACAVA-SOLUSTRI, *La pianificazione degli appalti, tecniche di project management per le opere pubbliche*, Roma, 1995, 21).

⁸ Cfr. A. CRISAFULLI, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici, Commentario*, a cura di F. Caringella, Milano, 1999, 371: “Piano o programma di opere pubbliche è l'atto nel quale viene racchiusa la previsione o la volontà di realizzare un gruppo di opere pubbliche, ma nel quale questa previsione o volontà abbia a fondamento una visione organica delle opere. In sostanza caratteristica precipua del piano, o programma è quella in forza della quale l'autore del piano si orienta in una determinata direzione, in forza di una valutazione complessiva di tutti gli interessi da soddisfare e degli obiettivi da raggiungere. Sotto il profilo giuridico esso costituisce un atto amministrativo generale (o collettivo secondo altri) in quanto si riferisce a più opere, che parte non dalla valutazione di ogni singola opera come fatto a sé stante, bensì da una valutazione coordinata e comparativa di tutte le opere previste e che possono essere realizzate in rapporto ai mezzi disponibili in bilancio”.

Il rinvio puro e semplice dell'entrata in vigore dell'intero art. 14 al momento dell'emanazione del decreto di approvazione dello schema-tipo sarebbe stato sicuramente più comprensibile, anche perché la non immediata applicabilità del comma 1, di fatto aveva reso il programma non obbligatorio.

Il relativo decreto, con il quale, in attuazione dell'art. 14, comma 11, della legge n. 109 sono state definite le modalità e gli schemi tipo della redazione del programma triennale e dei suoi aggiornamenti annuali, è stato adottato il 21 giugno 2000 (n. 5374/21/65) e pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* del 27 giugno 2000, n. 148⁹, per cui le disposizioni sul programma triennale sono diventate pienamente operative con l'esercizio 2001, salva l'applicazione semplificata per il primo anno disposta dall'art. 12.

La stessa proposta di cui all'art. 37-bis della legge n. 109 del 1994 può essere formulata soltanto in relazione ai lavori pubblici o di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale, oppure negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

L'art. 14 impone il rispetto, in sede di programmazione triennale, dei documenti programmatori già previsti dalla normativa vigente e della normativa urbanistica.

Per entrambe le disposizioni il richiamo in primo luogo, ma non in via esaustiva, implica il rispetto della programmazione finanziaria, e quindi per le amministrazioni centrali, degli strumenti di programmazione finanziaria e di bilancio di cui alla legge 5 agosto 1978, n. 468, e per gli Enti Locali del sistema di programmazione finanziaria e contabile di cui al D.Lgs. 25 febbraio 1995, n. 77, ed ora del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267¹⁰, che dedica la parte II, artt. 149 e ss. all'ordinamento finanziario e contabile.

L'art. 151, comma 3, del t.u. n. 267, prescrive la redazione dei documenti di bilancio in modo da consentirne la lettura per programmi, servizi ed interventi.

In tema di struttura del bilancio, il successivo art. 165, comma 5, dispone che la parte spesa è leggibile anche per programmi dei quali è fatta analitica illustrazione in apposito quadro di sintesi del bilancio e nella relazione previsionale e programmatica. In base al comma 7 dello stesso art. il programma "costituisce il complesso coordinato di attività, anche normative, relative alle opere da realizzare e di interventi diretti ed indiretti, non necessariamente solo finanziari, per il raggiungimento di un fine prestabilito, nel più vasto piano generale di sviluppo dell'ente".

Il coordinamento tra la programmazione dei lavori pubblici e la programmazione di bilancio era già previsto dall'art. 14 comma 1 lett. d) del D.Lgs. n. 77 del 1995 (ora art. 172 comma 1, lett. d) del t.u.), in base al quale il programma triennale dei lavori pubblici, costituisce un allegato al bilancio.

La programmazione di cui all'ordinamento finanziario e contabile è tuttavia una programmazione interna alle esigenze di bilancio, in cui gli elementi di analisi territoriale sono limitati all'illustrazione, contenuta nella relazione previsionale e programmatica, di cui all'art. 170 del t.u. (già art. 12 del D.Lgs. n. 77 del 1995), delle caratteristiche generali della popolazione, del territorio, dell'economia insediata e dei

⁹ Sulla *GU.* del 29 settembre 2000, n. 228, è stato pubblicato il Decreto del Ministro dei lavori pubblici 4 agosto 2000, recante interpretazione autentica del decreto 21 giugno 2000 n. 5374/21/65.

¹⁰ Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali (G.U. n. 227 del 28 settembre 2000 – suppl. ord. n. 162 - in vigore dal 13 ottobre 2000). Sulla contabilità degli Enti Locali, v. S. BARBALACE, *La contabilità dell'ente locale*, Milano, 1996; AA. VV., *L'ordinamento finanziario e contabile degli Enti Locali*, Milano, 1997.

servizi dell'ente, precisandone risorse umane, strumentali e tecnologiche,

La relazione previsionale programmatica rappresenta il documento illustrativo e di accompagnamento del bilancio pluriennale¹¹; essa deve illustrare con sufficiente chiarezza il "programma triennale dei lavori pubblici" e l'elenco annuale, di competenza del Consiglio in base all'art. 42, comma 2, lett. b) del D.Lgs. n. 267 del 2000 (che ha sostituito l'art. 32, comma 2, lett. b) della legge n. 142 del 1990, come modificato dall'art. 4, comma 2, della legge n. 415 del 1998).

La relazione è già un primo passo nella direzione del raccordo tra programmazione finanziaria e territoriale, quanto meno sotto il profilo della coerenza delle previsioni annuali e pluriennali con gli strumenti urbanistici, con particolare riferimento alla delibera di cui all'art. 172, comma 1, lett. c) del t.u. (art. 14, comma 1, lett. c) del D.Lgs. n. 77 del 1995)¹², e relativi piani di attuazione e con i piani economico-finanziari di cui all'art. 201 del t.u. (che riprende in parte le disposizioni dell'art. 46 del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504 abrogato in seguito all'entrata in vigore del t.u.).

Il bilancio pluriennale di competenza, in base all'art. 171, comma 1 t.u. (art. 13 del D.Lgs. n. 77), di durata pari a quello della Regione di appartenenza e comunque non inferiore a tre anni, per la parte di spesa è redatto per programmi, titoli, servizi ed interventi, ed indica per ciascuno l'ammontare delle spese correnti di gestione consolidate e di sviluppo, anche derivanti dall'attuazione degli investimenti, nonché le spese di investimento ad esso destinate, distintamente per ognuno degli anni considerati.

L'organo esecutivo, cioè la Giunta, entro l'inizio di ogni esercizio approva il piano esecutivo di gestione (facoltativo per i Comuni minori), che in conformità al bilancio di previsione annuale approvato dal Consiglio, segna il passaggio alla fase di attuazione degli obiettivi gestionali specifici per ogni servizio (art. 169 t.u.).

Per i programmi di competenza degli Enti locali, l'art. 11, comma 3 del regolamento di attuazione della legge, adottato con D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 prevede l'applicazione all'attività di programmazione dei lavori pubblici, delle norme previste dai relativi ordinamenti che siano compatibili con le disposizioni della legge e del regolamento.

Il comma 1 dell'art. 14 della legge n. 109 del 1994, nella parte in cui prevede il rispetto dei documenti programmatori, già previsti dalla normativa vigente, e della normativa urbanistica, introduce inoltre il principio della necessaria conformità del programma anche agli strumenti di programmazione di livello superiore, diversi da quelli finanziari.

La nozione di documenti programmatori previsti dalla normativa vigente, si traduce in sostanza in un generico rinvio a tutta l'attività di pianificazione e programmazione che assume rilevanza giuridica.

¹¹ La relazione, per la parte entrata, contiene una valutazione generale sui mezzi finanziari, individuando le fonti di finanziamento, per la parte spesa è redatta per programmi e per eventuali progetti, con espresso riferimento ai programmi indicati nel bilancio annuale e nel bilancio pluriennale, per ciascun programma sono specificate le finalità che si intendono conseguire e le risorse umane e strumentali ad esso destinate, distintamente per ciascuno degli esercizi in cui si articola il programma stesso, con specifica motivazione delle scelte adottate.

¹² Si tratta della deliberazione, da adottarsi annualmente prima dell'approvazione del bilancio, con la quale i Comuni verificano la quantità e qualità di aree e fabbricati da destinarsi alla residenza, alle attività produttive e terziarie - ai sensi della legge 18 aprile 1962, n. 167, della legge 22 ottobre 1971, n. 865, e della legge 5 agosto 1978, n. 457 - che potranno essere ceduti in proprietà od in diritto di superficie; con la stessa deliberazione i Comuni stabiliscono il prezzo di cessione per ciascun tipo di area o di fabbricato.

Nell'accezione normativa di solito la programmazione appare riferita al governo dell'economia e la pianificazione a quello del territorio.

Tuttavia, poiché la programmazione indica una tecnica di regolazione ed organizzazione che si caratterizza per profili temporali, obiettivi ed ambiti territoriali, appare inutile tentare una distinzione tra "pianificazione" e "programmazione", al di là di quelle che sono le indicazioni che possono trarsi dal diritto positivo¹³. Lo stesso legislatore, infatti, all'art. 14 riferisce l'attività programmatica, cui deve conformarsi il programma triennale, alla normativa vigente, in linea generale, e, specificatamente, alla normativa urbanistica.

Il richiamo alla normativa urbanistica, va inteso in senso ampio non limitato alla pianificazione comunale, nell'accezione desumibile dall'art. 80 del D.P.R. n. 616 del 1977, quale disciplina dell'uso del territorio comprensiva degli aspetti ambientali.

Viene, pertanto, in rilievo la pianificazione in materia ambientale, in particolare i piani territoriali paesistici ed i piani urbanistico-territoriali (art. 149 D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490), il piano per il parco di cui all'art. 12 legge 6 dicembre 1991, n. 394, il piano regionale di gestione dei rifiuti di cui all'art. 22 del D.Lgs. 5 febbraio 1997 n. 22, il piano di bacino nazionale, interregionale e regionale, di cui agli artt. 17, 18 e 19 legge 18 maggio 1989, n. 183, il piano di tutela delle acque previsto dall'art. 44 del D.Lgs. 11 maggio 1999, n. 152, il piano regionale generale degli acquedotti, di cui alla legge 4 febbraio 1963, n. 129.

Sotto tale profilo, non appare pienamente coerente con il dettato della legge l'art. 5 del D.M. 21 giugno 2000, che si limita a richiamare i documenti di programmazione finanziaria e gli strumenti di pianificazione, senza menzionare i documenti programmatici.

Va tuttavia considerato che in alcuni casi (es. il piano territoriale paesistico) i piani di settore assumono una valenza urbanistica, concorrendo ad integrare la conformità urbanistica delle opere pubbliche, mentre nelle ipotesi in cui, mancando disposizioni sull'uso e sulla trasformazione del territorio, non vi è una rilevanza in tal senso, assumono una valenza meramente programmatica.

Pertanto il programma triennale non può discostarsi dagli indirizzi programmatici contenuti sia nei piani preordinati alla tutela di settori specifici, sia in generale negli strumenti di programmazione di livello sovracomunale, per la stretta interferenza degli interessi pubblici dagli stessi perseguiti e tutelati con gli usi del territorio di cui è espressione il programma triennale.

La legislazione in materia di sostegno e programmazione negoziata, come vedremo, si fonda proprio sul presupposto della connessione tra sviluppo economico e pianificazione del territorio.

Le difficoltà derivano piuttosto dal fatto che l'art. 14 non affronta il problema delle modalità per attuare una programmazione coerente tra i diversi livelli e quindi un coordinamento tra le diverse programmazioni.

In particolare la normativa non contempla una forma di raccordo tra la programmazione locale e quella degli enti sovraordinati, Stato e Regione, non essendo previsto alcun meccanismo che consenta agli Enti Locali di esprimere in quelle sedi il loro fabbisogno di opere pubbliche, onde consentire di tenerne conto ai livelli più alti di programmazione, secondo una corretta dialettica tra potere centrale e poteri locali¹⁴.

¹³ Cfr. M.S. GIANNINI, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, XXXIII, 630 ss.

¹⁴ *Su tale problematica cfr. A. CRISAFULLI, in AA.VV., La nuova legge quadro, cit., 373 che sottolinea come a causa dell'attuale sistema di finanziamento incentrato sui trasferimenti*

La trasmissione al CIPE per la verifica di compatibilità con i documenti programmatici vigenti (art. 14, comma 11), che potrebbe rappresentare una forma di raccordo, è peraltro esclusa per gli enti e le amministrazioni locali e le loro associazioni o consorzi.

Sebbene una delle ragioni che rendono necessaria una razionalizzazione nei processi decisionali, inserendoli in un ambito di programmazione, sia proprio la molteplicità dei centri di competenza in materia di opere pubbliche, il sistema di programmazione concepito nella legge n. 109 e nelle norme di attuazione, sotto tale profilo risulta carente.

L'art. 1 del Decreto del Ministro dei Lavori pubblici 21 giugno 2000, ripetendo la disposizione di identico contenuto di cui all'art. 14 comma 2 della legge, si limita a prevedere che la redazione del programma debba essere effettuata, quando esplicitamente previsto, di concerto con altri soggetti, rinviando quindi ai casi in cui è già prevista una forma di programmazione concertata.

D'altra parte sia gli strumenti programmatici che quelli di pianificazione urbanistica hanno assunto una proliferazione notevole negli ultimi anni, a fronte della quale la recente legislazione ha cercato di risolvere, con esiti diversi, il problema del coordinamento tra diversi interessi e soggetti che operano istituzionalmente nei settori connessi all'uso del territorio, e quindi dell'interferenza dei vari livelli, centrali e locali, di programmazione, soprattutto attraverso la tendenza alla valorizzazione dei moduli consensuali di governo (accordi di programma, conferenze di servizi ecc.)¹⁵.

Tale interferenza si manifesta soprattutto nella fase di localizzazione dell'opera pubblica, che viene in considerazione in via prioritaria nell'elaborazione del programma, ed attiene generalmente all'urbanistica, mentre la successiva fase di realizzazione che si traduce nel finanziamento, scelta dell'esecutore e disciplina dell'esecuzione, attiene alla materia dei lavori pubblici. Si tratta di una distinzione molto delicata che implica, a seconda della norma di riferimento, la non necessaria coincidenza della competenza relativa alla localizzazione con quella della successiva fase di realizzazione.¹⁶

La problematica risulta accentuata in seguito alla ripartizione delle competenze scaturente dal novellato assetto dei compiti e funzioni dei vari organi ed enti di

provenienti dal centro o dalle istituzioni dell'Unione Europea, di fatto la scelta delle opere da realizzare non spetta, in concreto, all'ente realizzatore, ma all'ente che ha concesso il finanziamento finalizzato a quel tipo di opera.

¹⁵ L'evoluzione legislativa sul decentramento assume il coordinamento tra la pianificazione territoriale e le pianificazioni di settore, quale metodo ordinario per il miglior perseguimento degli interessi pubblici coinvolti nella disciplina del territorio, valorizzando lo strumento dell'intesa tra le amministrazioni competenti. In particolare l'art. 57 del D.Lgs. n. 112/1998 attribuisce alla Regione il potere di prevedere con legge regionale, che il piano territoriale di coordinamento provinciale, di cui all'art. 15, legge 8 giugno 1990, n. 142, assuma il valore e gli effetti dei piani di tutela nei settori della natura, della tutela dell'ambiente, delle acque, della difesa del suolo e delle bellezze naturali, sempreché la definizione delle relative disposizioni avvenga nella forma di intese fra la Provincia e le Amministrazioni, anche statali, competenti (comma 1).

¹⁶ Cfr. P. STELLA RICHTER, *Sulla nozione di lavori pubblici di interesse regionale*, in *Dir. amm.*, n. 1/1997, 20, il quale sottolinea come i lavori pubblici sono strumentali alle opere pubbliche ma non comprendono affatto tutto ciò che attiene o ha riguardo a tali opere, sebbene soltanto l'attività materiale del farle o del modificarle, per cui il momento della programmazione degli interventi sul territorio non può dirsi a pieno titolo di esclusiva pertinenza della fase di localizzazione e di acquisizione dell'area o di esecuzione, ma può rientrare nell'una o nell'altra a seconda del tipo di normativa di cui è fatto oggetto.

rilievo costituzionale, di cui alla legge-delega per la riforma dell'amministrazione statale (legge 15 marzo 1997, n. 59).

In base all'art. 1, comma 2, della legge, sono conferite alle Regioni e agli Enti Locali, in attuazione del principio di sussidiarietà di cui all'art. 4, comma 3, lett. a), tutte le funzioni e i compiti amministrativi localizzabili nei rispettivi territori, in atto esercitati da qualunque organo o amministrazione dello Stato, centrali o periferici, ovvero tramite enti o altri soggetti pubblici. Restano esclusi dal trasferimento una serie di compiti attinenti a materie, rispetto alle quali viene considerato prevalente l'interesse statale, precisate nell'art. 1, comma 3.

L'art. 4, comma 3, lett. a) della legge-delega ha assunto il principio di sussidiarietà come criterio direttivo del decentramento amministrativo, da attuarsi mediante «l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai Comuni, alle Province e alle comunità montane secondo le rispettive dimensioni territoriali, sociali ed organizzative», funzioni e compiti che “debbono essere assolti da parte dell'autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati, rimanendone escluse solo «le funzioni incompatibili con le dimensioni medesime»”.

La prospettiva del precedente assetto delineato dal D.P.R. n. 616/77, anche nel settore delle opere pubbliche, muta radicalmente, assumendo carattere residuale le funzioni espressamente conservate allo Stato, determinandosi una “inversione della tassatività”¹⁷.

Infatti il D.Lgs. n. 112/98, di attuazione della legge delega, all'art. 3, comma 7, specifica che “*tutte le funzioni e i compiti non espressamente conservati allo Stato con le disposizioni del presente decreto legislativo sono conferite alla Regione ed agli Enti Locali*”.

Ogni altra disposizione in contrasto con tale assetto di competenze deve ritenersi abrogata sia per previsione espressa che implicita, ex art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale, stante l'incompatibilità di ogni difforme previsione normativa con la disposizione della legge n. 59/97 e del D.Lgs. n. 112/98 che ne dà attuazione.

Per dare concreta attuazione al principio di sussidiarietà, l'art. 4, comma 5, della legge-delega, ha previsto l'emanazione da parte del Governo di uno o più decreti legislativi con i quali vengono ripartite fra la Regione e gli Enti Locali le funzioni conferite alle Regioni qualora queste non abbiano adottato, entro sei mesi dall'emanazione dei decreti legislativi previsti nella stessa legge, la legge di puntuale individuazione delle funzioni trasferite o delegate agli Enti Locali e di quelle mantenute in capo alla Regione stessa.

E' stato così emanato il D.Lgs. 30 marzo 1999 n. 96, che ha dettato per le Regioni inadempienti, i criteri di ripartizione di funzioni tra Regione ed Enti Locali, le cui disposizioni si applicheranno fino alla data di entrata in vigore della legge regionale.

In tema di opere pubbliche, l'art. 94, comma 1, del D.Lgs. n. 112 del 1998, in attuazione del richiamato art. 4, comma 2, della legge 15 marzo 1997, n. 59, delega alle Regioni le funzioni relative alla progettazione, esecuzione e manutenzione straordinaria di tutte le opere relative alle materie riservate allo Stato di cui all'art. 1, comma 3, della medesima legge n. 59, non espressamente mantenute allo Stato ai sensi delle lett. c), d), e) e f) dell'art. 93 del decreto legislativo.

La rilevante novità è data dal fatto che in tal modo non tutte le opere pubbliche strumentali a funzioni riservate allo Stato ai sensi dell'art. 1, comma 3, della legge n. 59, sono mantenute ad uffici amministrativi e tecnici dello Stato. Dalla lettura del

¹⁷ Secondo la definizione di C. CIRIELLO, *Opere pubbliche e viabilità*, in *Le istituzioni del federalismo*, 1998, 604.

comma 1 dell'art. 94, si ricava infatti che al di fuori delle opere espressamente riservate, anche relativamente alla realizzazione, la progettazione, esecuzione e manutenzione straordinaria delle opere strumentali, a funzioni statali, sono delegate alle Regioni.

In sostanza con tale norma lo Stato delega alle Regioni la progettazione, esecuzione e manutenzione straordinaria di tutte le opere relative alle materie sulle quali ha mantenuto la propria competenza, perché escluse dal conferimento, ai sensi del richiamato art. 1, comma 3 della legge delega.

Non rientrano nella delega solo le funzioni espressamente mantenute allo Stato ai sensi delle lettere c), d), e) e f) dell'art. 93, cioè quelle relative alla programmazione, progettazione, esecuzione e manutenzione di grandi reti infrastrutturali, dichiarate di interesse nazionale con legge statale, di opere in materia di difesa, dogane, ordine e sicurezza pubblica ed edilizia penitenziaria, mentre per le opere di cui alla lett. e) relative ad uffici dell'amministrazione dello Stato, sono conservate le funzioni di programmazione, localizzazione e finanziamento della realizzazione e della manutenzione ordinaria e straordinaria; per quest'ultima categoria di opere, in base all'art. 37, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 96 del 1999, le funzioni di progettazione, esecuzione e manutenzione straordinaria, sono esercitate dai Comuni.

Dal combinato disposto dell'art. 93, comma 1 con il successivo art. 94, commi 1 e 2 si ricava, pertanto, che solo per le opere indicate all'art. 93, comma 1, lett. b), c) e d) (in considerazione degli interessi che sono destinate a soddisfare) lo Stato si riserva pressoché ogni competenza relativa all'intero ciclo dell'opera, comprensivo di programmazione, realizzazione e gestione delle stesse.

Per le altre opere, con il sistema del D.Lgs. n. 112 del 1998 viene meno la coincidenza tra la titolarità delle funzioni cui esse si riferiscono e la corrispondente competenza alla realizzazione.

Restano infatti allo Stato i compiti relativi alla programmazione, finanziamento, localizzazione, mentre vengono delegate alle Regioni tutte le altre funzioni di tipo più sostanziale ed operativo (progettazione, esecuzione, manutenzione straordinaria)¹⁸.

Per le opere di cui all'art. 93, comma 1, lett. b), c) e d) il coordinamento tra Stato, Regioni ed Enti Locali attiene alla sola localizzazione dell'opera, secondo i consueti schemi di cui all'art. 81 D.P.R. n. 616 del 1977, mentre per le fasi successive la competenza è esclusivamente dello Stato.

Per le altre opere, essendo demandata allo Stato la programmazione ed alle Regioni le fasi direttamente attinenti al processo realizzativo, di progettazione ed esecuzione, si rende necessaria un'intesa sulla programmazione e sulla localizzazione, o piuttosto sulle modalità di elaborazione dei programmi triennali per armonizzarne i contenuti.

A tutte le opere rispetto alle quali permane in capo allo Stato la funzione di programmazione e di localizzazione, si applicano le procedure di localizzazione previste dalla legislazione vigente, come integrate dall'art. 55 D.Lgs. n. 112, trattandosi di opere "di interesse" dello Stato anche se la realizzazione è di competenza regionale¹⁹.

¹⁸ Sul punto cfr. F. GUALANDI, *Opere pubbliche in Dizionario giuridico delle autonomie locali*, a cura di L. Mezzetti, Padova, 1999, 824.

¹⁹ Cfr. G. SANTANGELO, in AA.VV., *Le nuove funzioni degli Enti Locali – Commento al D.Lgs. n. 112/1998*, Rimini, 1998, 138. L'Autore (p. 93) ritiene che sia ancora riservata allo Stato della funzione di localizzazione delle opere pubbliche di interesse statale anche dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 112 del 1998, nonostante che l'art. 54 non menzioni tali compiti tra quelli mantenuti dallo Stato, e l'art. 52 individui tra i compiti di rilievo nazionale

L'art. 55 del D.Lgs. n. 112 del 1998, in forza del quale “le procedure di localizzazione delle opere pubbliche di interesse di amministrazioni diverse dalle Regioni e dagli Enti Locali sono attivate previa presentazione alla Regione, ogni anno, da parte dell'amministrazione interessata, di un quadro complessivo delle opere e degli interventi compresi nella propria programmazione triennale, da realizzarsi nel territorio regionale”, è norma ispirata al principio del coordinamento nella programmazione.

La localizzazione delle opere deve, infatti, effettuarsi nell'ambito della programmazione triennale dei lavori che interessano il territorio regionale, introducendo un momento collaborativo²⁰.

La disposizione inoltre anticipa il metodo, che verrà poi generalizzato dal legislatore della Merloni-*ter*, entrata in vigore successivamente al D.Lgs. n. 112, della preventiva analisi degli effetti urbanistico-territoriali ed ambientali dell'opera pubblica, che rappresenta una delle componenti dello studio di fattibilità di cui all'art. 14 della legge n. 109.

Il comma 2 infatti, seppure limitatamente ai casi di variazione degli strumenti urbanistici vigenti conseguente all'approvazione di progetti di opere e interventi pubblici, prevede che l'amministrazione procedente è tenuta a predisporre, insieme al progetto, uno specifico studio sugli effetti urbanistico-territoriali e ambientali dell'opera o dell'intervento e sulle misure necessarie per il suo inserimento nel territorio comunale.

La necessità di una forma di raccordo nell'elaborazione dei programmi si manifesta anche nella fase successiva al completamento dell'opera. Una volta ultimata e collaudata, l'opera viene consegnata all'amministrazione statale interessata, ai fini della gestione, che comprende la manutenzione ordinaria, mentre quella straordinaria spetta alla Regione²¹. Pertanto i lavori di manutenzione ordinaria devono essere inseriti nei programmi triennali dell'amministrazione statale di riferimento e quelli di manutenzione straordinaria nei programmi triennali delle Regioni, con evidenti rischi di incongruenze e sovrapposizioni.

Alla logica di coordinamento sin dalle fasi di programmazione degli interventi sul territorio, rispondono i procedimenti di programmazione negoziata, previsti dall'art. 2 (commi da 203 a 209) della legge 23 dicembre 1996, n. 662 e dalla delibera CIPE

l'identificazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale con riferimento ai valori naturali e ambientali, alla difesa del suolo e alla articolazione territoriale delle reti infrastrutturali e delle opere di competenza statale. Ciò sul presupposto che l'art. 55 che si riferisce a tale funzione non introduce o mantiene procedure per il superamento del dissenso alla realizzazione dell'opera, né si occupa di stabilire una diversa allocazione di competenze, limitandosi a prevedere che le procedure di localizzazione delle opere pubbliche di interesse di amministrazioni diverse dalle Regioni e dagli Enti Locali sono attivate previa presentazione alla Regione, ogni anno, da parte dell'amministrazione interessata, di un quadro complessivo delle opere e degli interventi compresi nella propria programmazione triennale, da realizzarsi nel territorio regionale e che nei casi di variazione degli strumenti urbanistici vigenti conseguente all'approvazione di progetti di opere e interventi pubblici, l'amministrazione procedente è tenuta a predisporre, insieme al progetto, uno specifico studio sugli effetti urbanistico-territoriali e ambientali dell'opera o dell'intervento e sulle misure necessarie per il suo inserimento nel territorio comunale.

²⁰ Che si traduce nella prescrizione alle amministrazioni diverse da Regioni ed Enti Locali della presentazione alla Regione di un quadro complessivo di opere ed interventi compresi nella propria programmazione triennale, S. NICODEMO, *Autonomia regionale e decentramento amministrativo in materia di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, n. 4/1999, 684.

²¹ Cfr. F. MERLONI, nel commento all'art. 93, in *Lo Stato autonomista – Funzioni statali, regionali e locali*, a cura di G. Falcon, Bologna, 1998, 319.

21 marzo 1997²².

Si tratta di strumenti che possono qualificarsi in termini di documenti programmatori ai sensi dell'art. 14 comma 1, ma che rilevano soprattutto per il meccanismo di composizione dei diversi interessi coinvolti nell'attuazione di un programma di sviluppo, che comprenda anche la realizzazione di opere pubbliche.

Il criterio della programmazione negoziata, che si è ormai affermato quale tendenza nella legislazione per la promozione dello sviluppo sostenibile del territorio, inteso quale metodologia, dovrebbe ispirare la formazione del programma triennale delle opere pubbliche, nonostante la genericità del dettato normativo dell'art. 14, che non affronta il nodo del rapporto dei diversi livelli di programmazione.

Il rapporto non può essere risolto in termini di subordinazione del programma triennale rispetto agli strumenti di programmazione sovraordinati, statali e regionali, dovendosi individuare un meccanismo che consenta agli Enti Locali di esprimere i propri bisogni alle amministrazioni statali e regionali, anche per la stretta connessione tra la programmazione e l'erogazione dei finanziamenti.

Il rispetto dei documenti programmatori, già previsti dalla normativa vigente, di cui all'art. 14, comma 1, non può essere inteso in termini rigidi, altrimenti si finirebbe per vanificare la dinamica stessa del decentramento.

In sede di formazione del programma deve quindi verificarsi la compatibilità e la coerenza del programma triennale con le indicazioni, le strategie e le previsioni degli strumenti di pianificazione e di programmazione territoriale di livello superiore.

In mancanza di una corrispondenza attuale, va verificata la possibilità di conseguire la suddetta coerenza, che potrà perfezionarsi in sede di aggiornamento, valorizzando la concertazione di cui all'art. 1 del D.M. 21 giugno 2000, onde caratterizzare il programma quale strumento dinamico, momento di emersione del fabbisogno di infrastrutture, in grado di innescare una dialettica tra Enti Locali, Regioni ed organi statali, che consenta di tener conto nella programmazione in primo luogo centrale, ma anche regionale, dei bisogni espressi nel programma degli Enti Locali minori, interpreti diretti delle esigenze della collettività e delle vocazioni del territorio, nel rispetto delle priorità dei livelli sovraordinati ed in coerenza con i principi della programmazione negoziata che ispirano i recenti sviluppi della legislazione.

3. Il programma dei lavori pubblici e gli studi di fattibilità.

In base alla formulazione precedente le modifiche apportate con la legge n. 415 del 1998, l'art. 14 della legge n. 109 prevedeva una programmazione triennale dei lavori che stabilisse anche le compatibilità finanziarie, con l'indicazione dei mezzi stanziati sullo stato di previsione oppure dei contributi, statali, regionali o di altri enti pubblici, disponibili in quanto già stanziati nei rispettivi stati di previsione o bilanci, o, per ciò che concerne gli Enti Locali, acquisibili tramite l'alienazione del proprio patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 3 del D.L. 31 ottobre 1990, n. 310, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 1990, n. 403.

La copertura finanziaria doveva essere prevista a livello complessivo e di settore, non di singolo intervento, comprendendo anche risorse non ancora disponibili, perché solo acquisibili, per cui il programma non era configurabile come piano operativo dei singoli interventi.

Con la nuova formulazione della norma è venuto meno il riferimento a fondi effettivamente stanziati, disponibili o acquisibili, eliminando il fattore di rigidità

²² Pubblicata sulla G.U. n. 105 del 8 maggio 1997.

determinato dal carattere di definitività che doveva assumere il programma ai fini della certezza della copertura finanziaria triennale.

Tuttavia, il D.M. 21 giugno 2000 presenta un'incongruenza con tale impostazione nella parte in cui richiede anche per il programma triennale il quadro delle disponibilità finanziarie (art. 3, comma 2), specificando (art. 5, comma 1) che il programma dovrà basarsi sul bilancio di previsione e sul bilancio pluriennale, rendendo in tal modo problematico l'inserimento nel programma di interventi, per le cui previsioni di spesa non sussiste precisa indicazione delle fonti di finanziamento.

In base all'art. 14 della legge invece, il momento di determinazione delle risorse necessarie per la realizzazione della singola opera, viene rinviato ad una fase successiva, cioè all'elenco annuale che deve essere approvato unitamente al bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante. Pertanto le fasi relative alla spesa per ciascuna opera risultano riferibili unicamente al bilancio preventivo, secondo le regole ordinarie generali.

Con le modifiche apportate dalla legge n. 166 del 2002 all'art. 14 è stata prevista la possibilità di realizzazione di opere non comprese nel programma purché di importo inferiore a 100.000 euro.

Una delle novità della riforma è il carattere scorrevole del programma triennale, per il quale sono previsti aggiornamenti annuali; tuttavia la legge non specifica in quale momento e con quale strumento viene approvato, limitandosi (art. 14, comma 9) a prevedere che l'elenco annuale venga approvato unitamente al bilancio di previsione. Per gli Enti Locali già valeva l'art. 14, comma 1, lett. d) del D.Lgs. n. 77 del 1995, in base al quale il programma triennale costituiva un mero allegato al bilancio di previsione.

Pertanto anche il programma triennale doveva essere approvato contestualmente al bilancio, onde valutarne la coerenza con gli strumenti programmatici esistenti in rapporto alla relazione previsionale e programmatica ed agli obiettivi generali dell'amministrazione per il triennio di riferimento in essa previsti.

Il regolamento di attuazione (art. 13) e il D.M. 21 giugno 2000 sullo schema di programma, hanno generalizzato tale criterio prevedendo l'aggiornamento del programma con cadenza annuale, e la deliberazione, per le amministrazioni diverse dallo Stato, contestualmente al bilancio di previsione e al bilancio pluriennale, configurandolo quale allegato, unitamente all'elenco dei lavori da avviare nell'anno, a tali strumenti.

Viene così confermato lo stretto vincolo tra programmazione di opere pubbliche e programmazione finanziaria.

Il regolamento chiarisce l'orizzonte temporale del programma, specificando che il programma viene redatto annualmente, "aggiornando quello precedentemente approvato", onde consentirne la costante rispondenza alle esigenze della collettività.

Il comma 3 dello stesso art. 13 del regolamento, e l'art. 2 del D.M. 21 giugno 2000 definiscono i tempi per la redazione dello schema di programma e di aggiornamento e, sulla base dell'aggiornamento, dell'elenco dei lavori da avviare nell'anno successivo (entro il 30 settembre di ogni anno), specificando che la proposta di aggiornamento è fatta anche in ordine alle esigenze prospettate dai responsabili del procedimento dei singoli interventi; per le Amministrazioni dello Stato l'aggiornamento definitivo del programma va effettuato entro 90 giorni dall'approvazione della legge di bilancio da parte del Parlamento, mentre per gli Enti Locali la deliberazione del programma avviene contestualmente al bilancio preventivo, confermando quanto già previsto dall'art. 14 comma 1 lett. d) del D.Lgs.

n. 77 del 1995, quindi entro il 31 dicembre (art. 151 t.u. n. 267 del 2000)²³.

Mentre il termine del 31 dicembre, trattandosi di termine finale, assume carattere perentorio, lo stesso non può affermarsi, in base al testo delle disposizioni, per il termine di adozione del 30 settembre.

Questo non implica che l'amministrazione non sia soggetta a vincoli nella scansione del procedimento, in quanto una vincolatività dei tempi, anche in relazione alla fase di adozione, discende dal sistema di pubblicità.

L'art. 10 del D.M. 21 giugno 2000 prevede infatti che, ai fini della pubblicità e della trasparenza amministrativa, gli schemi dei programmi ed i relativi aggiornamenti annuali, prima dell'approvazione (di competenza dei Consigli negli Enti Locali ai sensi dell'art. 42 del D.Lgs. n. 267 del 2000), sono affissi, per almeno sessanta giorni consecutivi, nella sede dell'amministrazione procedente, che peraltro può adottare ulteriori forme d'informazione, nel rispetto dei termini previsti dall'art. 2, comma 2.

Pertanto, per consentire il rispetto degli obblighi di pubblicità, lo schema di programma deve essere adottato quanto meno entro il 30 ottobre.

L'art. 4 del D.Lgs. n. 77 del 1995 (ora sostituito dall'art. 162 t.u. n. 267 del 2000) già prevedeva l'obbligo per gli Enti Locali, da attuarsi con le modalità previste dallo Statuto e dai regolamenti, di assicurare ai cittadini ed agli organismi di partecipazione, di cui all'art. 6 della legge 8 giugno 1990, n. 142 (comitati, associazioni di cittadini), la conoscenza dei contenuti significativi e caratteristici del bilancio annuale e dei suoi allegati, tra i quali il programma triennale.

Nel caso dell'art. 10 non si tratta di pubblicità notizia, per la quale sarebbe stata sufficiente la pubblicazione successivamente all'approvazione, ma di pubblicità in funzione partecipativa, in quanto interviene già nella fase di predisposizione del programma.

L'art. 2, comma 2 del decreto dispone peraltro che lo schema di programma o l'aggiornamento, devono essere adottati prima della pubblicazione, senza tuttavia specificare se nell'ipotesi in cui durante i sessanta giorni di pubblicazione pervengano osservazioni, il documento debba o meno essere rimesso all'organo competente per l'adozione.

La pubblicità è una conseguenza della vincolatività del programma per cui il procedimento che porta all'adozione del programma e dalla sua pubblicizzazione non costituisce attività meramente interna di organi comunali, ma è "*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*"²⁴.

Non risulta neppure specificato quale sia l'organo competente per l'adozione, per cui, per gli Enti Locali, si pone il problema se sia sufficiente una determinazione

²³ Rileva M.R. SCORZA, *La programmazione triennale ed annuale nei lavori pubblici: processo formativo, rapporti con attività di studio e di elaborazione tecnica, nuove competenze della direzione politica*, in *Contr. dello Stato e degli Enti pubb.*, 2001, 535 che la tempistica e la procedura derivanti dalla disciplina legislativa e regolamentare non sembrano ben raccordate con la nuova struttura organizzativa della P.a. conseguente al D.Lgs. 80/98 ed alla riforma del bilancio dello Stato recata dalla legge n. 94/97 e dal D.Lgs. 279/97, in quanto con questi leggi è stata anticipata al momento della formazione del bilancio di previsione l'attività di elaborazione di piani e programmi ai fini della corretta determinazione degli stanziamenti, ed è stato previsto un documento base per la programmazione, la definizione degli obiettivi e l'assegnazione delle risorse, quale la direttiva annuale del Ministro, nel cui rispetto la programmazione dei lavori pubblici dovrebbe intervenire in base l'art. 14, comma 1.

²⁴ Così Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824, in *Urb. e App.*, 2003, 441, con nota di commento di G. PESCE.

dirigenziale o se invece sia necessario la delibera di giunta.

Avuto riguardo al sistema delineato in precedenza dal D.Lgs. 77 del 1995, ed ora dal t.u. n. 267 (art. 174), nella ripartizione di competenze in materia di predisposizione ed approvazione del bilancio e dei suoi allegati tra organo esecutivo ed organo consiliare, e dagli artt. 48 e 107 del D.Lgs. n. 267 del 2000, in relazione all'attribuzione degli atti di governo e di gestione rispettivamente alla giunta ed ai dirigenti, appare preferibile la seconda soluzione trattandosi di un atto che presuppone l'esercizio di poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo.

Il nuovo testo dell'art. 14 ha pure abolito la necessità, quale condizione minima per l'inserimento di un intervento nel programma, della disponibilità di un progetto preliminare. Il venir meno di tale requisito è coerente con la nuova impostazione del programma e soprattutto con l'introduzione del *project financing*, in quanto il progetto preliminare viene redatto dal promotore unitamente alla proposta e pertanto non potrebbe costituire una precondizione per l'inserimento dell'intervento nel programma.

L'art. 3, comma 5 del D.M. 21 giugno 2000 prescrive che gli interventi per i quali si dispone del progetto preliminare, sono comunque inseribili nel programma triennale. La collocazione della norma, subito dopo il comma 4 relativo agli studi di fattibilità, e l'uso del termine "comunque" inducono a ritenere che nei casi in cui sia disponibile un progetto preliminare, purché conforme ai canoni dell'art. 16, comma 3 della legge, è possibile inserire l'opera nel programma triennale anche in assenza degli studi di fattibilità o degli studi sintetici di cui ai precedenti commi 4 e 3.

Il decreto ministeriale, in applicazione di un principio di economia dell'attività amministrativa, ha inteso in tal modo consentire l'immediata attivazione degli interventi per i quali vi è un progetto preliminare, in considerazione della coincidenza di gran parte delle analisi richieste per gli studi di fattibilità con i contenuti del progetto preliminare delineati dall'art. 16 comma 3 della legge.

In base al comma 2 dell'art. 14 il programma rappresenta momento attuativo di studi di fattibilità e quantificazione dei bisogni dell'amministrazione, in conformità degli obiettivi assunti come prioritari.

Uno degli obiettivi della programmazione triennale, rispetto al quale lo studio di fattibilità si pone come presupposto è, infatti, quello di perseguire l'equilibrio tra la domanda e l'offerta di opere pubbliche.

I contenuti dello studio di fattibilità vanno modulati sulla base di quelli del programma, come dettagliati dall'art. 13, comma 2 del regolamento, in base al quale il programma deve indicare, per tipologia e in relazione alle specifiche categorie degli interventi, le finalità delle opere, i risultati attesi, le priorità, le localizzazioni, le problematiche di ordine ambientale, paesistico ed urbanistico-territoriale, le relazioni con i piani di assetto territoriale o di settore, il grado di soddisfacimento della domanda, le risorse disponibili, la stima dei costi e dei tempi di attuazione, privilegiando valutazioni di pubblica utilità rispetto ad altri elementi.

Lo studio di fattibilità rappresenta quindi un presupposto procedimentale necessario ai fini dell'adozione del programma, che si svolge in una fase volta ad individuare e quantificare i bisogni della comunità e nello studio di fattibilità vero e proprio.

L'art. 11 del regolamento di attuazione della legge prevede, infatti, una specificazione dello studio di fattibilità, che si articola in una prima fase di preventiva elaborazione di uno studio finalizzato ad individuare il quadro dei bisogni e delle esigenze dell'amministrazione, al fine di identificare gli interventi necessari al loro soddisfacimento. Tale fase rappresenta la base per lo studio di fattibilità degli interventi, propedeutico all'elaborazione del programma triennale.

L'accento posto dalla norma regolamentare su tale aspetto dello studio, già compreso nell'ambito dello studio di fattibilità in base all'art. 14, comma 2 della legge, enfatizza l'importanza, attraverso la scansione per fasi procedurali, attribuita dal legislatore della Merloni-ter ad una compiuta programmazione delle opere sulla base di esigenze effettive della collettività, per evitare il ripetersi di noti fenomeni di realizzazione di opere pubbliche non rispondenti ad un reale bisogno.

E' quindi necessario un documento preliminare allo studio di fattibilità vero e proprio, che, al pari di questo rappresenta un presupposto per la programmazione.

Quanto ai contenuti la norma regolamentare è piuttosto generica.

A differenza dello studio di fattibilità, lo studio preliminare²⁵, per consentire l'individuazione del quadro dei bisogni e delle esigenze della comunità, deve contenere una analisi del territorio, di carattere generale e quindi non limitata alla singola opera, in tutte le sue componenti sociali, economiche e culturali, che consenta la determinazione delle caratteristiche e delle entità dei fabbisogni di infrastrutture e servizi della comunità.

Lo studio di fattibilità è invece mirato sui singoli interventi, dovendo identificare le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economiche finanziarie delle opere strumentali al soddisfacimento di tali bisogni. Quest'analisi tuttavia non può essere condotta a livello di progettazione preliminare, pur avendo in comune con questa la definizione delle caratteristiche qualitative e funzionali (art. 16, comma 3).

Nella considerazione dell'ambito territoriale dell'intervento dovrà tenersi conto anche della situazione esistente nelle aree limitrofe, in quanto concorre alla determinazione dello "stato di fatto di ogni intervento nelle sue eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche ed ambientali e nelle sue componenti socio-economiche, amministrative e tecniche". Più che di stato di fatto deve operarsi una valutazione delle condizioni di attuazione dell'intervento sotto i profili specificati dalla norma, cioè in primo luogo un'analisi sulla qualità e quantità di opere pubbliche esistenti, per settori d'intervento e categorie di opere, onde verificarne l'idoneità al soddisfacimento dei bisogni, sia attuali che potenziali, dell'utenza, valutati in prospettiva futura (che tenga cioè conto della variazione ipotizzabile della popolazione), individuati in base allo studio preliminare.

La prima fase dovrebbe consentire di determinare, per tipologie di interventi e categorie, finalità, risultati attesi, priorità e localizzazioni.

L'analisi si traduce nell'indicazione degli interventi di manutenzione, adeguamento o nuova costruzione, necessari per la soddisfazione dei bisogni identificati e quantificati, e nella definizione degli stessi sotto il profilo prestazionale e dimensionale.

Sotto tale ultimo aspetto va compiuta un'indicazione dimensionale di massima

²⁵ In senso critico sull'introduzione di tale ulteriore elemento nel procedimento di formazione del programma, cfr. C. ANGELETTI, *La programmazione dei lavori*, in D. TASSAN MAZZOCCO - C. ANGELETTI - A. COSTANTINI - D. GALLI - C. GUCCIONE - F. LEGGIADRO - M. ZOPPOLATO, *Il regolamento della legge sui lavori pubblici - commento al D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554*, Milano, 2000, 61, sul presupposto che la previsione dell'art. 11 del regolamento contraddice l'esigenza di snellire i procedimenti amministrativi attinenti alla programmazione, riducendo il numero dei passaggi che li compongono e che tale documento rappresenta "qualcosa di non dissimile da quanto già presente nei documenti e nei programmi politici che tutte le Amministrazioni Pubbliche nei loro vari livelli sono da tempo abituate a predisporre. Sembrerebbe quindi che il legislatore abbia inteso operare la traduzione di un documento politico, rappresentante gli interessi ed i bisogni della collettività a cui ci si riferisce, in un atto amministrativo a sua volta inserito all'interno del procedimento amministrativo di programmazione".

dell'opera, per ciò che concerne i volumi, le superfici, l'aspetto architettonico etc... Tanto risulta necessario ai fini dell'analisi preliminare relativa alla localizzazione, analisi questa che tiene conto dell'impatto urbanistico-ambientale dell'intervento, e determina una localizzazione più o meno vincolata a seconda della natura dell'opera. Tale analisi si traduce nella verifica di congruità rispetto alla pianificazione urbanistica e di settore, di livello comunale e sovracomunale, richiamata nel paragrafo che precede, con particolare riguardo alla compatibilità urbanistica, al fine di definire le azioni da intraprendere anche ai sensi dell'art. 14, comma 8. Deve tuttavia tenersi presente che la valutazione dell'intervento nelle sue "eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche" ed in genere di sostenibilità ambientale, non può tradursi in una mera verifica della conformità dell'opera rispetto ai vincoli di cui al D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, e va effettuata a prescindere dalla sottoposizione dell'opera alla V.I.A., ai sensi della legge 8 luglio 1986, n. 349, che in base agli artt. 7, comma 8 e 16, comma 4, è rinviata ad una fase successiva.

La fattibilità comprende un'analisi delle componenti socio-economiche dell'intervento, cioè una valutazione del contesto socio-economico del territorio e dell'incidenza dell'intervento in relazione alla vocazione dell'area ed alle prospettive di sviluppo, tenendo conto delle risultanze dello studio preliminare.

Questo aspetto dello studio, congiuntamente all'analisi di compatibilità urbanistica, comprende la verifica dell'incidenza dell'intervento sugli *standards* ed in generale sulla sostenibilità del carico insediativo sull'assetto urbanistico esistente.

Le opere pubbliche, infatti, possono esse stesse qualificarsi come *standards*, oppure possono richiedere la necessità di *standards*.

Mentre, infatti, le strutture destinate al soddisfacimento diretto e definito non già della collettività in genere, ma degli abitanti della specifica zona nella quale tali strutture sono collocate, vengono considerate dotazioni pubbliche di interesse comune, qualificabili come *standards*, non solo tali le strutture che, non essendo volte al soddisfacimento degli interessi diretti e definiti degli abitanti della zona, determinano nuove esigenze di spazi pubblici²⁶.

Il riferimento alle componenti tecniche rappresenta una inutile duplicazione, in quanto l'analisi delle stesse è già compresa nell'indicazione delle caratteristiche funzionali, tecniche e gestionali dell'opera, nel cui ambito, oltre alla definizione dei requisiti necessari per assicurare i risultati attesi al costo minore, è compresa la verifica dell'idoneità geomorfologica del sito, della dotazione infrastrutturale e dei servizi (fognature, smaltimento rifiuti etc..).

L'analisi delle componenti amministrative implica una predeterminazione dell'*iter* procedimentale, onde verificare i soggetti coinvolti, le procedure da adottare ed i tempi necessari per l'inizio dei lavori, in conformità alla normativa vigente.

Il D.M. 21 giugno 2000 traduce gli obiettivi del programma in 7 schede, di cui le prime 6 dedicate al programma triennale e l'ultima all'elenco annuale.

Nelle suddette schede vanno indicate valori e percentuali, che dovrebbero fornire la base delle motivazioni della scelta dell'amministrazione, il grado di soddisfacimento

²⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 21 luglio 1997, n. 14 in *Urb. e App.*, n. 2/1998, 194, con nota di commento di S. VASTA, che all'interno di un insediamento pubblico, distingue "fra aree commerciali aventi necessità di standard ed aree destinate al soddisfacimento di interessi comuni" e, quindi, consistenti esse stesse in standard. In particolare l'Adunanza Plenaria ha considerato gli immobili delle Ferrovie dello Stato destinati ad uffici quali insediamenti direzionali, e non aree per attrezzature pubbliche. Pertanto in linea generale se l'edificio per uffici è un insediamento direzionale, si dovranno prevedere in sede di piano regolatore o di variante i relativi *standards*.

della domanda, senza tuttavia indicare criteri o metodi, né riportare i risultati delle analisi e quantificazioni dei bisogni (scheda 1), la ricognizione delle disponibilità finanziarie nel triennio, la quantificazione della capacità di spesa per il budget da destinare agli interventi e per la definizione dell'ammontare delle somme da iscrivere in bilancio (scheda 2), il quadro degli elementi finanziari, in cui vanno indicati i finanziamenti privati o da acquisire mediante la cessione di immobili (scheda 3), l'articolazione della copertura finanziaria (scheda 4), il quadro urbanistico, territoriale, ambientale e paesistico (scheda 5) ed il cronoprogramma, con l'indicazione dei tempi necessari per le fasi relative alla progettazione, alla gara, alla stipulazione del contratto all'esecuzione dei lavori sino al collaudo (scheda 6).

L'art. 3 del decreto sul programma triennale, rivela l'intento di alleviare i compiti che gravano sulle amministrazioni, utilizzando impropriamente il richiamo all'art. 4 della legge n. 144 del 1999, per operare una distinzione del livello di approfondimento degli studi a seconda che l'importo dell'intervento sia superiore o inferiore a venti miliardi, che tuttavia non è contemplata dall'art. 14 della legge 109, per cui sotto tale profilo appare dubbia la conformità della norma ministeriale al dettato della legge e comunque ambigua nei contenuti precettivi.

L'importanza dello studio di fattibilità risulta semplicemente accentuata in base all'art. 4 della legge n. 144 del 17 maggio 1999 che, per ciò che concerne le opere di costo complessivo superiore a venti miliardi qualifica lo studio di fattibilità "strumento ordinario preliminare ai fini dell'assunzione delle decisioni di investimento da parte delle amministrazioni pubbliche". Per le opere il cui costo complessivo supera i cento miliardi la stessa norma introduce l'obbligo della preventiva valutazione economica.

Con tale disposizione, che peraltro è entrata in vigore in un momento in cui la redazione del programma triennale e quindi degli studi di fattibilità non era obbligatoria, lo studio di fattibilità assurge a metodo ordinario ai fini dell'assunzione delle determinazioni amministrative in ordine all'*an* e al *quomodo*, per la realizzabilità delle opere pubbliche, in coerenza con l'impostazione dell'art. 14 della legge 109, ma a prescindere dalle esigenze della programmazione.

Il fine incentivante della disposizione si esprime nel comma 2, in base al quale, a prescindere dal costo delle opere, gli studi di fattibilità assumono il valore di certificazione di utilità degli investimenti, consentendo l'accesso preferenziale ai fondi disponibili per la progettazione preliminare e costituendo titolo preferenziale ai fini della valutazione dei finanziamenti delle opere in base alle disponibilità finanziarie degli esercizi futuri.

La disposizione in sostanza prescrive un metodo nell'esercizio delle potestà decisionali sulla realizzazione delle opere pubbliche, individuandolo nello studio di fattibilità, che non a caso è definito "strumento ordinario preliminare", ma non contiene alcuna indicazione sui contenuti e gli obiettivi specifici dello studio, per cui sotto tale profilo, vi è un implicito richiamo all'art. 14, comma 2 della legge 109.

Il richiamo - di cui all'art. 3, comma 4 del decreto ministeriale, ai fini della redazione ("provvedono alla redazione") degli studi di fattibilità - alle previsioni dell'art. 4 della legge n. 144 del 1999, finisce allora per svuotarsi di contenuto in quanto nel precetto richiamato non si ravvisano elementi, relativi alle modalità di redazione degli studi di fattibilità, suscettibili di integrare il rinvio, quali invece si riscontrano nell'art. 14 della 109.

Il comma 3 dell'art. 3 del decreto, per gli interventi di importo inferiore a venti miliardi, ritiene necessari non gli studi di fattibilità ma "sintetici di studi" nei quali "sono indicate le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-

finanziarie dell'intervento stesso, corredati dall'analisi dello stato di fatto per quanto riguarda le eventuali componenti storico-artistiche, architettoniche, paesaggistiche e di sostenibilità ambientale, socio-economiche, amministrative e tecniche". Il contenuto dei "sintetici studi" di cui al comma 3 dell'art. 3 del decreto coincide in sostanza con quello del comma 2 dell'art. 14 della legge, per cui ciò che non risulterebbe richiesto ai sensi della disposizione ministeriale - per le opere inferiori a venti miliardi - è "l'identificazione e quantificazione dei bisogni" ed il nesso di strumentalità tra i lavori da inserire nel programma ed i predetti bisogni di cui alla prima parte del comma 2, dell'art. 14 della legge.

Tale aspetto però, come sopra evidenziato, costituisce parte essenziale dello studio di fattibilità, tant'è che lo stesso comma 2 configura il programma triennale come momento attuativo rispetto all'analisi dei bisogni, prescindendo dall'ammontare degli interventi, per cui non è ipotizzabile che sia omesso per opere di importo inferiore a venti miliardi, che peraltro rappresentano la fascia più consistente delle opere pubbliche.

Inoltre lo stesso comma 3 dell'art. 3 del decreto richiama l'art. 11, comma 2 del regolamento, che stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla redazione degli studi di fattibilità necessari alla programmazione triennale, sulla base dello studio di cui al comma 1, finalizzato ad individuare "il quadro dei bisogni e delle esigenze, al fine di identificare gli interventi necessari al loro soddisfacimento", in coerenza con l'impostazione dell'art. 14 della legge, nella parte in cui configura tale analisi come propedeutica rispetto allo studio di fattibilità vero e proprio, ma essenziale per il conseguimento dei relativi obiettivi.

Il decreto appare, in sostanza, ispirato ad una logica di semplificazione recessiva rispetto alle ambizioni del legislatore della Merloni, con un eccessivo squilibrio verso l'aspetto economico-finanziario (artt. 6, 7 e 8) a scapito di un approfondito studio di fattibilità, che pure costituisce il fulcro della programmazione come concepita dall'art. 14 della legge.

Il Consiglio di Stato²⁷ ha recentemente sottolineato la centralità dello studio di fattibilità quale momento di analisi finalizzato a rendere conto in modo sufficiente e congruo delle condizioni di fattibilità dell'opera con riguardo a tutte le possibili componenti rilevanti della sua realizzazione, comprese quelle ambientali, chiarendo che le schede di sintesi previste dal D.M. 21 giugno 2000 non soddisfano le esigenze connesse agli studi di fattibilità ma costituiscono semplicemente l'elemento formale di riscontro dell'esistenza degli studi.

La sentenza ha precisato che la fase di studio, preliminare alla redazione del programma e che nel D.M. 21 giugno 2000 (art. 3) conserva una sua autonomia, non può confondersi con quella meramente riproduttiva nel documento formale di programmazione triennale delle scelte effettuate e delle sintetiche motivazioni delle stesse, fase che risulta semplificata dal decreto ministeriale con il ricorso a strumenti schematici (artt. 1, 2, 5, 6 e 12 e schede allegate).

Nell'ipotesi del *project financing* il problema del diverso livello di approfondimento degli studi di fattibilità assume un rilievo più limitato in quanto, le indicate caratteristiche di dettaglio degli studi di fattibilità, come specificate nell'art. 14, comma 2 della legge, non sembrano riferibili integralmente anche alla parte degli studi dedicati alle opere realizzabili con l'apporto di capitale privato.

Gran parte degli aspetti degli studi risultano infatti propedeutici alla progettazione

²⁷ Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824, *cit.*

preliminare²⁸ che nella fattispecie di cui all'art. 37-*bis* deve essere redatta dal promotore privato, tant'è che l'art. 3 comma 5 del decreto ministeriale, nei casi in cui sia disponibile un progetto preliminare conforme ai canoni dell'art. 16, comma 3 della legge, consente l'inserimento dell'opera nel programma triennale anche in assenza degli studi di fattibilità o degli studi sintetici di cui ai precedenti commi 4 e 3.

Nel caso degli interventi da realizzare tramite l'affidamento in appalto o anche in concessione, ai sensi dell'art. 19, le indagini spinte fino al livello di approfondimento che viene richiesto dall'art. 14 comma 2, risultano comunque utilizzabili successivamente dall'amministrazione per la predisposizione del progetto preliminare (che deve essere redatto dalla stessa anche nel caso dell'art. 19), mentre lo stesso non può dirsi nell'ipotesi in cui per la realizzazione di opere con il concorso del capitale privato, vi sia la possibilità di avvalersi della procedura di cui agli artt. 37-*bis* e seguenti.

Per le opere suscettibili di finanziamento privato, il comma 2 dell'art. 14 considera essenziale la parte dello studio finalizzata ad individuare con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti anche con il ricorso al capitale privato, perché collegati ad opere strumentali a servizi e quindi oggetto di gestione economica; ciò che appare centrale nell'analisi di fattibilità dell'opera, è il momento di identificazione e quantificazione dei bisogni, che, per le opere di importo inferiore ai venti miliardi, sembra pretermesso dall'art. 3 del D.M. 21 giugno 2000.

Invero, non appare agevole individuare la linea di demarcazione del grado di approfondimento degli studi, a seconda che l'opera sia finanziabile unicamente con capitale pubblico oppure con il ricorso al capitale privato, ed in quest'ultimo caso se l'apporto del privato debba essere acquisito ricorrendo alla concessione di cui all'art. 19 oppure a quella di cui agli artt. 37-*bis* e seguenti, con conseguente redazione, in tale ipotesi, dello studio di fattibilità da parte del promotore privato.

Alcune delle indagini comprese nello studio di fattibilità in base all'art. 14 comma 2, devono essere necessariamente condotte a prescindere dalla tipologia di finanziamento dell'opera, ed in particolare quelle che conducono alla localizzazione dell'intervento, quelle relative alla compatibilità urbanistica ed ambientale, anche di area vasta, alla verifica di congruità con i vincoli di tutela storico-artistica, archeologica, architettonica e ambientale, ed in genere le analisi relative alla sostenibilità ambientale e socio-economica, e quindi in sostanza tutte le indagini da compiersi nella prima fase dello studio.

Assumono invece una rilevanza minore, in tale fase, le analisi relative al dimensionamento di massima, alle verifiche di idoneità morfologica e geologica, diverse dall'accertamento dell'esistenza di vincoli idrogeologici, alle caratteristiche funzionali e tecniche dell'intervento, nonché di quelle gestionali in senso stretto, che possono essere approfondite dal promotore.

L'amministrazione dovrebbe quindi procedere nell'analisi di fattibilità relativa alle

²⁸ L'art. 16 comma 3 dispone infatti che: "Il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire e consiste in una relazione illustrativa delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alla valutazione delle eventuali soluzioni possibili, anche con riferimento ai profili ambientali e all'utilizzo dei materiali provenienti dalle attività di riuso e riciclaggio, della sua fattibilità amministrativa e tecnica, accertata attraverso le indispensabili indagini di prima approssimazione, dei costi, da determinare in relazione ai benefici previsti, nonché in schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare; il progetto preliminare dovrà inoltre consentire l'avvio della procedura espropriativa".

opere suscettibili di finanziamento privato, adottando un metodo dinamico, volto a spingere le indagini sino ad un livello di approfondimento tale da consentire di individuare la realizzabilità dell'opera tramite il ricorso al capitale privato, ed in particolare l'opportunità di avvalersi della procedura di cui agli artt. 37-*bis* e seguenti, ed in caso di esito positivo, rimettere i successivi approfondimenti al promotore privato.

Sotto il profilo economico-finanziario, lo studio di fattibilità dovrebbe quindi limitarsi all'individuazione di quelle caratteristiche dell'intervento, che rappresentano il momento di emersione della realizzabilità tramite il ricorso al *project financing*.

Nell'individuazione del costo presunto dell'intervento, lo studio dovrà valutare la capacità dell'opera di produrre reddito, in relazione alle caratteristiche gestionali, all'utenza potenziale ed alle tariffe applicabili, da tradurre in un conto economico di previsione, sia per verificare la possibilità di finanziamento, integrale o parziale, con capitali privati, di cui all'art. 14 comma 2, sia, ove tale verifica dia esito positivo, per determinare, nel secondo caso, la parte del costo che ricade sulla pubblica amministrazione.

Dovranno quindi essere indicate le possibili risorse finanziarie necessarie per la realizzazione delle singole opere e pertanto, per ciò che concerne quelle realizzabili tramite il ricorso al capitale privato, le fonti cui attingere per la copertura della spesa a carico della pubblica amministrazione (Cassa Depositi e Prestiti, finanziamenti regionali, statali o con fondi comunitari).

È comunque evidente la delicatezza di tale aspetto dello studio, in quanto sulla base di tale valutazione l'amministrazione sarà orientata a ricorrere all'istituto della concessione, nelle forme di cui all'art. 19 comma 2, oppure secondo il procedimento di cui agli artt. 37-*bis* e ss., o ancora a costituire una società mista, con capitale pubblico di maggioranza o di minoranza.

Tale ultima valutazione peraltro richiede un particolare rigore considerato che il venir meno del limite del 50% al contributo pubblico, conseguente alla modifica legislativa apportata con la legge n. 166 del 2002, non può tradursi in uno strumento che finisce per svuotare le stesse finalità dell'istituto della finanza di progetto.

Lo studio dovrebbe consentire di ricavare delle fasce di costi, anche in relazione alla determinazione della parte eventualmente gravante sull'amministrazione, ma non potrebbe già contenere un elenco dei lavori ed una stima dei costi, come può ricavarsi dalla scheda n. 3 allegata al D.M. 21 giugno 2000, che per le opere finanziabili con capitale privato, si limita a richiedere l'indicazione degli eventuali apporti di capitale privato, né potrebbe comprendere il grado di remuneratività degli investimenti (analisi costi-benefici, e tariffe), la determinazione dei tempi di esecuzione, del periodo e delle modalità di gestione.

Questi elementi di dettaglio sono oggetto dello studio di fattibilità predisposto dal promotore ai sensi dell'art. 37-*bis*, per cui in ogni caso, ove inseriti nello studio di fattibilità allegato al programma triennale, non possono considerarsi vincolanti ai fini della formulazione della proposta.

Risultano inevitabili le sovrapposizioni tra gli studi di fattibilità dell'amministrazione e quello del promotore, tuttavia una differenziazione appare necessaria, nonostante la non univocità delle disposizioni, in primo luogo per un principio di economia dei mezzi giuridici.

Se, infatti, i dettagliati contenuti dello studio di fattibilità previsti dal comma 2 dell'art. 14, fossero integralmente applicabili anche agli interventi realizzabili con il *project financing*, si avrebbe una inutile duplicazione di attività, in quanto gli stessi studi dovrebbero essere realizzati prima dall'amministrazione, in sede di

predisposizione del programma e poi dal promotore, unitamente alla proposta. In tal modo si finirebbe, in caso di amministrazioni particolarmente efficienti, per svuotare una delle ragioni giustificatrici del *project financing*, che è rappresentata dall'apporto, non soltanto economico ma anche ideativo, e quindi in termini di capacità tecnica e professionale, dei privati, mentre nel caso di amministrazioni inefficienti il privato verrebbe ad assumere funzioni di supplenza dell'amministrazione colmando le lacune della stessa nell'attività preliminare alla formazione del programma.

Peraltro mentre lo studio di fattibilità e le altre attività propedeutiche alla formazione del programma sono finalizzate alla valutazione dell'interesse pubblico alla realizzazione di un certo tipo di intervento, che sfocia nella attività di programmazione, per ciò che concerne il *project financing* vi è un'ulteriore valutazione a valle, oggetto di un apposito procedimento, quello disciplinato dall'art. 37-ter, tendente all'individuazione della rispondenza all'interesse pubblico, delle modalità con cui si intende realizzare l'intervento, che attiene all'aspetto dimensionale, qualitativo, gestionale, tariffario etc..., cioè agli elementi che definiscono compiutamente l'opera²⁹.

Ciò induce a ritenere necessaria una differenziazione tra lo studio predisposto dall'amministrazione e quello del promotore anche per evitare di ingenerare interferenze tra l'esercizio del potere di programmazione, che appartiene alla sfera di competenza degli organi elettivi, e l'esercizio delle potestà pubbliche relative alla scelta del soggetto che dovrà realizzare l'intervento programmato, di competenza, come ogni procedura di gara, degli organi tecnici³⁰. La valutazione della proposta ai sensi dell'art. 37-ter, che rappresenta la prima fase del procedimento che sfocia nell'individuazione del concessionario, finirebbe altrimenti per risolversi in una mera verifica della corrispondenza della stessa ai contenuti dello studio predisposto dall'amministrazione.

La separazione tra la sfera politico-amministrativa propria del pubblico potere e quella propositiva tecnica ed economica di competenza del promotore, passa attraverso il diverso livello degli studi propedeutici all'inserimento dell'opera nel programma.

In sostanza se il grado di approfondimento e quindi il quadro delle esigenze e degli scopi da perseguire con l'esecuzione dell'opera, è definito in maniera adeguata, l'amministrazione per realizzare l'opera con il ricorso al capitale privato, dovrebbe ricorrere all'istituto della concessione *ex art. 19*, procedendo direttamente alla predisposizione della progettazione preliminare e del piano economico-finanziario,

²⁹ Cfr. F. CARINGELLA, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Commentario a cura di F. Caringella, Milano, 1999, 1263, il quale opera un confronto con il disegno di legge Di Pietro nella parte in cui disponeva che la valutazione delle proposte fosse finalizzata unicamente all'individuazione delle operazioni di *project financing* che risultassero prioritarie nell'ambito della programmazione di cui all'art. 14 e conclude che "stabiliti, in sede di programmazione, i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziati con capitali privati, l'individuazione dei lavori strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni avviene con il concorso determinante del promotore".

³⁰ L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con l'Atto di regolazione del 18 luglio 2000, n. 34, in *Ed. e Terr.*, n. 28/2000, 104, riprendendo quello che era il criterio del disegno di legge Di Pietro (cfr. la nota precedente), ha sottolineato che la legge "non ha inteso sostituire le scelte dell'amministrazione con quelle del privato: oltre al fatto che l'opera deve essere già inserita in uno strumento di programmazione, l'amministrazione è l'unico soggetto deputato a decidere quale sia il momento opportuno per partire con la realizzazione dell'opera stessa e quali opere rivestano un carattere prioritario. L'intento del legislatore è dunque quello di rispettare le scelte di priorità degli interventi effettuata dall'amministrazione, nel cui ambito possono essere avanzate proposte da parte del privato promotore".

riservando la procedura di cui all'art. 37-*bis* a quegli interventi frutto dell'elaborazione del promotore³¹.

A tale logica risponde l'art. 3 comma 5 del decreto ministeriale sul programma triennale, che, nei casi in cui il progetto preliminare sia disponibile, consente l'inserimento dell'opera nel programma triennale anche in assenza degli studi di fattibilità o degli studi sintetici di cui ai precedenti commi 4 e 3.

Sotto tale profilo per evitare le sovrapposizioni sarebbe stato forse più opportuno, quantomeno per le opere realizzabili con finanziamento integralmente privato, consentire l'intervento a prescindere dalla previsione nel programma triennale, come segnalato da uno dei primi commentatori³².

Tuttavia l'inserimento dell'opera nel programma triennale circoscrive la discrezionalità dell'amministrazione nella fase di valutazione della proposta, che, sotto il profilo dell'opportunità di realizzazione dell'intervento, finisce per ridursi al momento in cui realizzarlo, offrendo maggiore certezza al promotore.

D'altra parte la differenziazione comporta anche delle sinergie positive.

Uno studio di fattibilità modulato sull'inserimento dell'opera in un programma, presenta il vantaggio di offrire al promotore un quadro di insieme del territorio, non limitato alla singola opera, agevolando la predisposizione di un'offerta maggiormente rispondente alle vocazioni ed alle linee di sviluppo dell'area interessata, quindi in ultima analisi, al pubblico interesse.

Lo studio predisposto dall'amministrazione è rilevante anche per un altro motivo. Poiché la proposta di cui all'art. 37-*bis* comprende uno studio di inquadramento territoriale ambientale, uno studio di fattibilità ed un piano economico-finanziario, le componenti dello studio dell'amministrazione ai fini della formazione del programma triennale, che toccano tali aspetti, pur non essendo vincolanti, rappresentano un elemento per la valutazione della proposta.

Lo studio di fattibilità inserito nel programma in sostanza, da un punto di vista contenutistico e funzionale, pur senza anticiparla, rappresenta uno strumento per la successiva analisi della proposta di cui all'art. 37-*bis*, in ordine agli aspetti di sostenibilità ambientale, urbanistica e socio-economica nelle sue varie componenti.

Le risultanze dello studio dovrebbero inoltre consentire una valutazione sulla congruità dei costi, delle tariffe da applicare, delle modalità di aggiornamento ed eventualmente, a seconda del livello di approfondimento dello studio, sul valore economico-finanziario del piano fornito dal promotore, e sulle caratteristiche dei servizi e della gestione, elementi in cui si sostanziano i contenuti della proposta di cui alla richiamata norma.

Il legislatore della 166 del 2002, con la modifica all'art. 37-*bis*, come vedremo in seguito³³ ha adottato una soluzione che, ferma restando la separazione della fase della programmazione da quella della proposta, consente di attenuare il rischio di

³¹ Cfr. l'Atto di regolazione del 18 luglio 2000, n. 34 dell'Autorità, cit., che sottolinea come presupposto dell'istituto della concessione vera e propria è l'iniziativa dell'amministrazione aggiudicatrice, mentre l'istituto del *project financing* si basa su un'iniziativa del privato, individuando il tratto comune delle due fattispecie nella scelta pubblica effettuata nel programma triennale.

³² Cfr. N. D'ALESSANDRO, *Project financing: entra in scena il promotore*, in *Guida al diritto*, n. 49/1998, 126, il quale sottolinea: "imporre ai promotori di opere pubbliche con capitali privati di limitare le proposte alle previsioni del programma triennale dei lavori pubblici significa mantenere un'impostazione eccessivamente dirigista e impedire ai privati di individuare settori in cui la domanda di servizi pubblici ha una certa consistenza e la stessa può essere soddisfatta senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione".

³³ Baldi M., Cap. V, par. 3 sui rapporti tra la proposta e la programmazione.

sovrapposizioni ed incongruenze, ammettendo la possibilità per i soggetti privati (e pubblici) interessati di elaborare studi di fattibilità di supporto alla programmazione pubblica.

La rilevanza dello studio induce a ritenere che lo stesso debba considerarsi quale atto di indirizzo più che atto di gestione, e pertanto la relativa approvazione non possa rientrare nelle competenze dei dirigenti ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29.

Per gli Enti Locali si pone il problema se esso debba essere approvato dal Consiglio oppure dalla Giunta. In considerazione del carattere tassativo dell'elenco degli atti di competenza del Consiglio, di cui all'art. 42 del D.Lgs. n. 267 del 2000, e della natura di atto di indirizzo e politico-amministrativo dello studio di fattibilità, deve ritenersi che la relativa competenza spetti alla Giunta in base al combinato disposto degli artt. 48 e 107 del D.Lgs. n. 267 del 2000.

4. L'attuazione del programma e gli interventi di *project financing*.

L'utilizzazione del programma, quale metodo ordinario di realizzazione delle opere pubbliche, implica il venir meno della vecchia logica, che ha portato all'esecuzione di opere pubbliche non sulla base di necessità obiettive e programmate e della preventiva individuazione delle risorse, ma assumendo la necessità di utilizzare gli stanziamenti disponibili quale esclusivo parametro di realizzabilità dell'intervento, per cui spesso l'opera doveva eseguirsi perché era disponibile un finanziamento, non perché fosse stata programmata in quanto rispondente ad un'esigenza specifica.

Il programma assume rilevanza procedimentale ai fini dell'attivazione del *project financing*, sia in quanto la proposta *ex art. 37-bis* deve essere volta a realizzare un intervento da esso previsto (o in altri strumenti di programmazione), sia in quanto la sua approvazione rappresenta un presupposto per la successiva attivazione dei procedimenti per la realizzazione delle opere pubbliche, anche in relazione alle priorità ed ai rapporti - per le previsioni di spesa - con l'elenco annuale.

In base ai commi 3 e 5 dell'art. 14 il programma è vincolante in senso preclusivo, non essendo ammessa la concessione di alcun finanziamento per la realizzazione dei lavori non ricompresi nel programma (salvo le eccezioni indicate) o che non ne rispettino le priorità.

La gerarchia degli interventi nell'ambito del programma è, infatti, frutto di una apposita istruttoria volta ad individuare un ordine di priorità per categorie di opere e, all'interno di ogni categoria, in base all'utilità delle stesse, (accertata valutando gli interessi pubblici da soddisfare), le caratteristiche generali degli stessi interventi, la stima sommaria dei relativi costi, nonché i benefici economico-sociali conseguibili.

La predeterminazione per legge dell'ordine di priorità comporta tuttavia una compressione delle autonomie locali, dovendosi l'Ente Locale obbligatoriamente uniformare alla programmazione centrale, per non essere escluso dai finanziamenti e penalizza la possibilità di modificare i tempi di realizzazione, in vista di sopravvenute esigenze evidenziate in fase di gestione.

Una volta individuate le priorità, gli interventi realizzabili con lo strumento del *project financing*, già delineati nella fase propedeutica alla formazione del programma - in base agli studi di fattibilità - costituiscono priorità fissate direttamente dalla legge unitamente alla manutenzione, al recupero del patrimonio esistente ed al completamento di lavori già iniziati.

La priorità da attribuire ai fini della formazione del programma alle opere alle opere eseguibili con capitale privato maggioritario, risulta con maggiore chiarezza in

seguito alle modifiche apportate dalla legge n. 166 del 2002 all'art. 14 comma 3, in quanto è stato eliminato l'ordine di priorità tra categorie, e tra singoli interventi all'interno di ogni categoria, semplificando l'applicazione della norma.

Il comma 2 prevede l'individuazione con priorità dei bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica, senza specificazioni ulteriori.

La disposizione, in sostanza, impone un metodo di analisi che si traduce nella preliminare verifica, una volta individuati i bisogni (ad es. di parcheggi, di impianti sportivi etc...), sulla possibilità di realizzare i lavori destinati a soddisfarli con il concorso finanziario privato, a prescindere dall'entità dello stesso.

Il successivo comma 3 invece si riferisce unicamente a quelli tra i lavori che presentano tale caratteristica, che possono essere eseguiti con finanziamento privato maggioritario, condizione quest'ultima che ne determina la priorità nell'ordine di realizzazione.

Il legislatore ha inteso, quindi, riferirsi alle società miste *ex art. 12* della legge 23 dicembre 1992, n. 498 ed alle società di trasformazione urbana di cui all'art. 17, comma 59 della legge 15 maggio 1997, n. 127. In base all'interpretazione letterale dovrebbero poi essere compresi nella previsione, gli interventi realizzabili con la concessione, sia nella forma tradizionale di cui all'art. 19 comma 2, sia nella forma introdotta dall'art. 37-bis, ed in tale ultimo caso solo nell'ipotesi in cui il finanziamento pubblico, cioè il prezzo di cui all'art. 19 comma 2, sia inferiore al 50 per cento dell'importo totale dei lavori, in quanto solo in questo caso si realizzerebbe la condizione del finanziamento con capitale privato maggioritario.

In sostanza, il legislatore, in una logica di economicità, alla quale appare ispirata anche la precedenza data ai lavori di manutenzione, di recupero e di completamento di interventi già iniziati, ai fini della priorità delle realizzazioni previste dal programma triennale, ha ritenuto di dover valorizzare, con la previsione di tale ulteriore priorità, una volta individuate le categorie prioritarie di interventi, quelle opere in cui l'onere finanziario pubblico sia minore, incentivando in tal modo il ricorso all'istituto del *project financing* nella sua forma pura.

Alla stessa logica di riduzione del *deficit* di bilancio appare ispirata la disposizione di cui al successivo comma 4, che, al fine di consentire il ricorso all'istituto della realizzazione di opere pubbliche tramite la permuta di beni, introdotto dai commi 5-ter e 5-quater dell'art. 19, specifica che il programma triennale indica i beni immobili pubblici che possono essere oggetto di diretta alienazione, anche per il solo diritto di superficie. Per l'inserimento nel programma è necessaria una preventiva valutazione di tali beni sotto il profilo della rilevanza storico-artistica, architettonica, paesaggistica ed ambientale, oltre che ovviamente l'accertamento che gli stessi non assolvono più a funzioni di pubblico interesse.

5. L'elenco annuale.

Nel testo dell'art. 14 precedente la legge n. 415 del 1998, la condizione minima per l'inserimento di un intervento nel programma era la disponibilità di un progetto preliminare, che rappresentava la base per l'individuazione dei singoli settori e dei relativi piani finanziari, costituenti nel loro insieme il piano finanziario complessivo del programma nonché delle priorità degli interventi, con i tempi di attuazione.

Con l'entrata in vigore della legge n. 415 del 1998 tale funzione è ormai assolta dallo studio di fattibilità, mentre la preconditione della disponibilità di un progetto preliminare è stata trasferita sull'elenco annuale.

In seguito alle modifiche apportate dalla legge n. 166 del 2002 all'art. 14 comma 6 la rigidità del sistema imperniato sulle tre fasi (studio di fattibilità - programma triennale - elenco annuale) risulta ulteriormente attenuata.

In base al nuovo testo dell'art. 14 comma 6 infatti ai fini dell'inclusione nell'elenco annuale è necessaria la preventiva approvazione del progetto preliminare solo per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro, mentre per le opere inferiori a tale soglia è sufficiente l'approvazione dello studio di fattibilità.

Nonostante il silenzio della legge, deve ritenersi che per gli Enti Locali la condizione per l'inserimento nell'elenco annuale si realizza con l'approvazione del progetto da parte della giunta.

Quanto al momento in cui deve attuarsi la disponibilità di un progetto preliminare, il D.M. 4 agosto 2000 di interpretazione autentica del decreto 21 giugno 2000, ha specificato che l'approvazione del progetto preliminare ai fini dell'inclusione nell'elenco annuale, deve essere verificata nel momento in cui l'elenco viene sottoposto all'approvazione dei competenti organi, vale a dire, non al momento della adozione dell'elenco (30 settembre unitamente al programma triennale), ma in quello dell'approvazione di cui all'art. 14, comma 9, della legge, coincidente con il 31 dicembre.

La legge richiede peraltro la conformità urbanistica del programma, prevedendo, onde assicurare la necessaria correlazione con gli strumenti urbanistici, che gli Enti Locali che siano sprovvisti di strumenti urbanistici, debbano adottarli entro un anno, restando altrimenti esclusi dai finanziamenti in materia (art. 14 comma 8).

Tuttavia il nuovo testo dell'art. 14 non richiede più ai fini dell'inclusione di un'opera nel programma triennale la disponibilità di un progetto preliminare, salva la possibilità, in base all'art. 3, comma 5, del decreto del 21 giugno 2000, di inserire l'opera nel programma triennale anche in assenza degli studi di fattibilità nei casi in cui sia disponibile un progetto preliminare.

Pertanto la conformità del programma alla normativa urbanistica deve interpretarsi in senso ampio, in combinato disposto con il comma 8 dell'art. 14, che prevede l'obbligo di conformità alla disciplina urbanistica dei singoli progetti inseriti nell'elenco annuale e non più del programma triennale, che si riferisce all'insieme delle opere da realizzare.

La conformità del programma va quindi riferita alla disciplina urbanistica nel suo insieme, considerando anche la possibilità del ricorso alle varianti, prevista dalla stessa norma che richiama l'art. 1, commi 4 e 5, della legge n. 1 del 1978 (modificato dalla stessa legge n. 415 del 1998 e successivamente abrogato dal D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327³⁴) e la possibilità del ricorso all'accordo di programma di cui all'art. 27 della legge n. 142 del 1990, nonché, per ciò che concerne le opere di interesse statale, alla disciplina di cui all'art. 81 D.P.R. n. 616 del 16 luglio 1977, come modificato dall'art. 2 del D.P.R. n. 383 del 18 aprile 1994, sull'intesa Stato-Regione e fermo restando i limiti relativi all'inedificabilità assoluta³⁵.

In sostanza la conformità urbanistica del programma è limitata alle linee di indirizzo essenziali dello strumento urbanistico, mentre la verifica vera e propria è rinviata all'aggiornamento annuale, coincidente con l'elenco annuale in base all'art. 13 del regolamento.

In base al D.M. 4 agosto 2000, in fase di prima applicazione, la conformità agli

³⁴ V. *infra* par. 7.

³⁵ Cfr. A. CRISAFULLI, *La programmazione delle opere pubbliche*, in *Urb. e App.*, n. 3/1999, 237.

strumenti urbanistici dei progetti dei lavori degli Enti Locali compresi nell'elenco annuale, ove non sussista al momento dell'approvazione del bilancio, dovrà essere verificata nel corso dell'anno al quale si riferisce la programmazione stessa e, comunque, prima dell'avvio della fase di attuazione del programma stesso.

L'elenco annuale segna il passaggio dalla fase programmatica alla fase operativa di realizzazione del programma. L'esecuzione delle opere è, infatti, subordinata:

- al rispetto delle priorità indicate nel programma,
- alla disponibilità di un progetto preliminare,
- alla conformità del progetto agli strumenti urbanistici vigenti o adottati (nei limiti specificati),
- alla disponibilità delle risorse finanziarie.

Per ciò che concerne gli interventi realizzabili con il *project financing*, considerato che il progetto preliminare viene redatto dal promotore, il punto critico è dato, oltre al rischio amministrativo connesso alla conformità urbanistica, per cui l'art. 37-*quater* rinvia all'art. 14, comma 8, proprio dalla disponibilità delle risorse finanziarie, in relazione a quella parte del costo dell'opera che non viene coperta dai proventi della gestione e quindi è a carico dell'amministrazione.

La stretta inerenza della fase di attuazione degli interventi alla disponibilità finanziaria si esprime nell'obbligo di approvazione dell'elenco annuale unitamente al bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante.

La proposta del promotore, completa di progetto preliminare, dovrà quindi essere inserita nell'elenco annuale relativo all'anno successivo a quello di presentazione della proposta, da approvare, in base all'art. 14, comma 1, unitamente al bilancio preventivo.

Il termine del 31 dicembre per l'indizione della gara di cui all'art. 37-*quater*, finisce quindi per coincidere, per gli Enti Locali, con quello relativo all'approvazione del bilancio preventivo (art. 151, t.u. n. 267 del 2000).

In sostanza un'opera suscettibile di realizzazione con il *project financing* inserita nel programma triennale, se pervengono proposte nel termine del 30 giugno fissato dall'art. 37-*bis*, realizzandosi la condizione della disponibilità del progetto preliminare, andrà inserita nell'elenco annuale unitamente a "tutti i lavori che l'amministrazione ritiene di dover realizzare nel primo anno di riferimento del programma triennale" (art. 9 del D.M. 21 giugno 2000).

Pertanto, nell'ipotesi in cui per la realizzazione dell'opera sia comunque necessario un contributo pubblico, la necessità dell'inserimento dell'intervento nell'elenco annuale, si configura quale ulteriore vincolo procedimentale ai fini dell'attivazione della procedura di scelta del concessionario, non potendo procedersi all'erogazione di danaro pubblico in mancanza di inserimento nell'elenco annuale, ai sensi dell'art. 14, comma 10.

Ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale di un'opera pubblica, realizzabile in tutto o in parte con capitale pubblico è necessaria la disponibilità, che dovrà essere indicata nell'elenco, oltre che delle risorse finanziarie private anche di quelle pubbliche, e cioè:

- risorse proprie dell'amministrazione stanziare sullo stato di previsione o sul bilancio,
- contributi o risorse dello Stato, delle Regioni a statuto ordinario o di altri Enti Pubblici, già stanziati nei rispettivi stati di previsione o bilanci.
- per gli Enti Locali, risorse acquisibili tramite l'alienazione del proprio patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 3 del D.L. 31 ottobre 1990 n. 310, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 1990 n. 403.

All'elencazione prevista dal comma 9 dell'art. 14 si devono aggiungere:

- le risorse derivanti dall'alienazione all'appaltatore di beni immobili quale corrispettivo totale o parziale dell'appalto, ai sensi dell'art. 19, comma 5-ter, che può riguardare anche il solo diritto di superficie; la disposizione appare applicabile in via analogica anche al prezzo previsto per le concessioni di cui all'art. 19 comma 2;
- altre risorse finanziarie, quali ad esempio rientri da economie sugli stanziamenti non vincolati, rientri derivanti da residui dell'anno precedente (scheda 2 del D.M. 21 giugno 2000) oppure disponibilità acquisite in seguito a ribassi d'asta;
- per gli Enti Locali le risorse indicate nell'art. 199 del t.u. n. 267 e quindi mutui passivi, ricorso al mercato finanziario, avanzi di amministrazione, alienazione di diritti patrimoniali, riscossione di crediti, proventi da concessioni edilizie³⁶.

In relazione agli oneri finanziari per gli studi di fattibilità ed in generale per gli studi propedeutici alla formazione ed attuazione del programma, va considerato che nel quadro economico degli interventi, dovranno essere inseriti anche gli oneri relativi agli studi ed alle ricerche connesse alla progettazione, in base all'art. 16 comma 7, che prescrive di comprendere tali oneri negli stanziamenti previsti per la realizzazione dei singoli lavori negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle amministrazioni, nonché, in base all'art. 17 del regolamento, gli oneri relativi alle attività preliminari alla progettazione, e le spese per attività di consulenza o di supporto³⁷.

Inoltre in base all'art. 18 comma 2-bis viene destinata, a valere sugli stanziamenti iscritti nei capitoli delle categorie X e XI del bilancio dello Stato una quota complessiva non superiore al 10% del totale degli stessi, alle spese necessarie alla stesura dei progetti preliminari, definitivi ed esecutivi, incluse le indagini geologiche, geognostiche, studi di impatto ambientale o altre rilevazioni, alla stesura dei piani di sicurezza e di coordinamento e dei piani generali di sicurezza, ed agli studi per il finanziamento dei progetti, precisazione quest'ultima che può riferirsi anche agli studi necessari per una verifica preliminare della possibilità di finanziamento con ricorso al capitale privato.

L'elenco annuale è suscettibile di adeguamento in fasi intermedie, con le procedure stabilite da ciascuna amministrazione, per garantire, in relazione al monitoraggio dei lavori, la corrispondenza agli effettivi flussi di spesa (art. 8 D.M. 21 giugno 2000), allo scopo di evitare le nefaste conseguenze del venir meno dei flussi finanziari in corso d'opera, fonte di contenzioso con le imprese appaltatrici e concausa dello stato di incompiutezza di numerose opere.

Il rispetto della congruità ed efficacia dell'azione amministrativa sotto il profilo della coincidenza tra i flussi di spesa e l'esecuzione dei lavori, ispira anche il successivo

³⁶ In base all'art. 4-bis del decreto del Ministero del tesoro 7 gennaio 1998, per un periodo di tre anni, pari alla durata del programma, sulla base di una deliberazione contenente la quantificazione del fabbisogno finanziario e la descrizione delle spese di investimento da finanziare, gli Enti Locali possono fruire della possibilità di ottenere dalla Cassa Depositi e Prestiti, il formale impegno alla messa a disposizione dell'ammontare di opere di rilevante entità, programmi di opere ed altri investimenti di cui all'art. 1 lett. d) del decreto. Tali disposizioni consentono agli Enti Locali la certezza dell'individuazione delle fonti di finanziamento in coerenza con gli obiettivi del programma triennale (cfr. pure il testo della Circolare della Cassa DD. e PP. 17 aprile 2000 n. 1237 in *Ed. e Terr.*, n. 17/2000, 17).

³⁷ In base all'art. 7 del D.M. 21 giugno 2000, il quadro delle disponibilità finanziarie del programma deve tener conto degli accantonamenti per far fronte alle esigenze finanziarie relative agli accordi bonari di cui agli artt. 31-bis della legge e 12 del regolamento, per l'esecuzione dei lavori urgenti di cui agli artt. 146 e 147 del regolamento e per l'esecuzione delle indagini e degli studi necessari a predisporre l'aggiornamento del programma triennale e dell'elenco annuale.

comma 2 dello stesso art. 8 D.M. 21 giugno 2000, in base al quale, allo scopo di limitare la formazione di residui passivi, le amministrazioni operano le opportune compensazioni finanziarie tra i diversi interventi e in caso di impossibilità sopravvenuta a realizzare un lavoro inserito nell'elenco annuale, procedono all'adeguamento dello stesso elenco, o, ove indispensabile, del programma triennale.

La norma non specifica se tali adeguamenti debbano essere sottoposti alle stesse forme di pubblicità previste per il programma; tale necessità è stata esclusa, salvo per le integrazioni di carattere sostanziale, dal D.M. 4 agosto 2000, che rimette la valutazione alla discrezionalità degli organi competenti e chiarisce che l'adeguamento non comporta un riavvio del relativo procedimento³⁸.

Il comma 9 dell'art. 14³⁹ prevede che la realizzazione di un lavoro non inserito nell'elenco annuale può attuarsi solo sulla base di un autonomo piano finanziario, e purché non vengano utilizzate risorse già previste rese disponibili tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, con l'eccezione dei ribassi d'asta e delle economie.

Il successivo comma 10 dispone che i lavori non ricompresi nell'elenco annuale o non ricadenti nelle ipotesi derogatorie previste dal comma 5, non possono ricevere alcuna forma di finanziamento (comprendente non solo mutui e contributi diretti, in conto capitale o interessi, ma anche forme diverse di agevolazioni fiscali) da parte di pubbliche amministrazioni.

Il divieto di finanziamento di cui al comma 10 presenta difficoltà interpretative in relazione alla disposizione del precedente comma 9. Esso dovrebbe intendersi con riferimento unicamente alle amministrazioni diverse rispetto a quella cui spetta la realizzazione delle opere, per cui ad esempio le opere non comprese nell'elenco predisposto da un Comune non potrebbero essere finanziate da amministrazioni diverse (Stato o Regione), dovendosi in tal senso interpretare l'uso del termine "ricevere" riferito ai finanziamenti.

Pertanto un intervento di *project financing* può essere realizzato, anche se non inserito nell'elenco annuale, soltanto nelle ipotesi, marginali, in cui il costo sia interamente a carico del capitale privato.

Tuttavia poiché il comma 9 si riferisce alle "risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco", potrebbe ritenersi possibile il finanziamento dell'opera non compresa nell'elenco purché il piano finanziario utilizzi somme non previste dall'amministrazione nella formulazione originaria dell'elenco, cioè che non utilizzi somme già incluse nello stesso.

La norma potrebbe quindi interpretarsi nel senso di limitare la sanzione al divieto di erogare i finanziamenti già concessi, e quindi al caso di opere che abbiano già ottenuto il finanziamento da parte di enti sovraordinati per le quali l'amministrazione abbia omissis l'inclusione nell'elenco.

In tal caso potrebbero utilizzarsi anche contributi pubblici provenienti da amministrazioni diverse, oppure prevarrebbe il comma 10 e quindi questi lavori potrebbero realizzarsi solo con fondi propri dell'amministrazione che li esegue.

6. Funzioni e compiti del responsabile del procedimento.

³⁸ Il decreto ha pure chiarito che l'assolvimento degli oneri di informazione e comunicazione nei confronti dell'Osservatorio dei lavori pubblici e di altre amministrazioni avviene dopo la definitiva approvazione del programma triennale, non al momento dell'adozione.

³⁹ Le previsioni della norma sono ripetute nell'art. 9, comma 2, del D.M. 21 giugno 2000.

L'attività istruttoria propedeutica alla formazione del programma e dei relativi aggiornamenti annuali e la formulazione delle relative proposte all'organo competente per l'adozione, spettano, in base all'art. 7, commi 1 e 3, della legge n. 109 del 1994 al responsabile del procedimento⁴⁰.

Con la nuova formulazione dell'art. 7 è venuta meno la figura del coordinatore unico, soggetto preposto alle attività necessarie per la predisposizione del programma nel suo insieme, mentre al singolo procedimento di attuazione dell'intervento presiedeva il responsabile del procedimento.

Il quadro di riferimento dei rispettivi ambiti di competenza era dato dalla correlazione tra il profilo programmatico, rappresentato dal programma, cui era preposto il coordinatore, e quello operativo, che si manifestava nei singoli interventi, affidato alla cura del responsabile del procedimento.

Erano tuttavia inevitabili le sovrapposizioni e le confusioni di ruoli e funzioni, le difficoltà di coordinamento e quindi di attribuzione di responsabilità, per cui il legislatore della Merloni-ter, in un'ottica di semplificazione, ha abolito la figura del coordinatore⁴¹.

Tuttavia nel nuovo sistema non viene meno la distinzione tra l'ambito della programmazione e quello che si riferisce alle fasi strettamente inerenti al processo realizzativo, solo che al coordinatore unico viene sostituito, in base all'art. 7, comma 3 del regolamento, il dirigente al quale è affidato il programma triennale.

La stessa norma specifica che il responsabile del procedimento deve essere nominato prima della fase di predisposizione del progetto preliminare, in ciò aderendo ad un'osservazione operata dal Consiglio di Stato⁴², in considerazione della rilevanza delle attività che il responsabile del procedimento è chiamato a svolgere in relazione alla progettazione preliminare.

L'art. 7, comma 3, del regolamento definisce anche i rapporti tra il responsabile del procedimento e il dirigente preposto al programma triennale dei lavori pubblici.

Le funzioni svolte dai due soggetti sono complementari e riguardano l'intero arco del procedimento di realizzazione dell'opera, dalle fasi relative all'aggiornamento del programma triennale e quindi antecedenti all'elaborazione del progetto, sino

⁴⁰ Sulla figura del responsabile del procedimento cfr., T. TESSARO, *Il responsabile unico dei lavori pubblici dopo la Merloni-ter*, Rimini, 1999; G. PANASSIDI, *Il coordinatore unico e il responsabile del procedimento nel settore dei lavori pubblici*, in *Nuova rass.*, 1998, 1887; G. MARCHIANÒ, *Misure per l'adeguamento della funzionalità della pubblica amministrazione*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo – A. Clarizia, Padova, 177 e ss.; F. CARINGELLA – C. MEZZABARBA, in AA.VV., *La nuova legge quadro cit., Commento all'art. 7*, 217 e ss.; C. ANGELETTI, *Il responsabile del procedimento* in D. Tassan Mazzocco – C. Angeletti – M. Zoppolato, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-ter) – Commento alla Legge 18 novembre 1998, n. 415*, Milano, 1999, 162, nonché L. CARBONE – F. CARINGELLA – M. D'ADAMO – C. SILVESTRO, *Organi del procedimento*, in *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di L. Carbone - F. Caringella – G. De Marzo, in relazione alla disciplina del regolamento.

⁴¹ Cfr. Relazione del Ministero dei Lavori pubblici di accompagnamento al regolamento ex art. 3 della legge 109/1994, parte c) – Titolo II: "Il responsabile del procedimento è la figura centrale del nuovo sistema di realizzazione dei lavori pubblici, soprattutto dopo le modifiche introdotte da legge 415/1998 che ha soppresso la - invero, mai del tutto nata - figura del coordinatore unico ed ha restituito al responsabile del procedimento la pienezza e l'effettività dei compiti di un vero e proprio "project manager", sull'esempio del modulo organizzativo che più è diffuso all'estero, e che ha comportato l'attribuzione di una larga parte dei compiti che già il precedente ordinamento aveva assegnato all'ingegnere capo. Il regolamento ha cercato di tradurre in disciplina specifica il ruolo protagonista del responsabile procedimento attraverso una puntuale elencazione delle sue attribuzioni."

⁴² Cons. Stato, parere Ad. Gen., 12 luglio 1999, n. 123/99.

all'esecuzione ed al collaudo dei lavori, passando attraverso le fasi concernenti l'affidamento, l'elaborazione, l'approvazione del progetto preliminare, definitivo ed esecutivo, le procedure di scelta del contraente, il controllo periodico del rispetto dei tempi programmati e dei livelli di prestazione, qualità e prezzo.

La mancata concentrazione in capo ad un unico soggetto delle funzioni precedentemente attribuite al coordinatore, implica il rischio di sovrapposizioni che appare accentuato dalla lacunosità delle disposizioni regolamentari circa le reciproche sfere di competenza e le conseguenti responsabilità.

Al responsabile del procedimento, cui spetta pure la scelta del sistema di affidamento dei lavori, sulla base delle caratteristiche degli stessi, ed il controllo sull'osservanza delle prescrizioni relative ai bandi, sono poi attribuiti ulteriori compiti sulla base di varie disposizioni della legge: l'integrazione delle prescrizioni dei progetti (art. 16, comma 2), la comunicazione all'Osservatorio e al progettista del manifestarsi di errori ed omissioni del progetto che possano giustificare l'adozione di varianti (art. 25, comma 1, lett. d), l'accertamento e la relativa certificazione di carenze di organico ai fini dell'affidamento all'esterno della direzione lavori e della collaudazione (artt. 27 comma 2 e 28 comma 4), la vigilanza sull'esecuzione delle concessioni (art. 28, comma 8), la proposta di accordo bonario sulle riserve (art. 31-*bis*).

Al regolamento di attuazione è demandata la disciplina delle ulteriori funzioni del responsabile del procedimento ed il coordinamento con la figura ed i compiti del direttore lavori, e dei coordinatori in materia di salute e di sicurezza, ed in base all'art. 3, comma 6 quella sulla ripartizione dei compiti dell'ingegnere capo fra il responsabile del procedimento ed il direttore dei lavori.

Il regolamento dedica gli artt. 7 e 8, costituenti il capo I del titolo II, alla definizione del ruolo, delle funzioni e dei compiti del responsabile del procedimento, in relazione alle vari fasi dell'intervento (programmazione, affidamento della progettazione, scelta del contraente, esecuzione del contratto e collaudo) e "rende palese che in realtà nell'intera procedura volta alla realizzazione dei lavori pubblici il responsabile del procedimento è il vero *dominus*, il vero centro unitario di imputazione delle funzioni di scelta, controllo e vigilanza"⁴³.

Le funzioni del responsabile del procedimento legate all'attivazione della disciplina sulla programmazione, si sono definite con sufficiente chiarezza solo con le previsioni del regolamento ed in seguito all'adozione della preventiva predisposizione del programma di cui all'art. 14 quale sistema ordinario per la realizzazione delle opere pubbliche. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento l'amministrazione poteva infatti avvalersi, ai sensi dell'art. 7 comma 2, della facoltà di fare coincidere il responsabile del procedimento con il progettista ed il direttore dei lavori. Il regolamento (art. 7 comma 4) prevede che tale facoltà potrà esercitarsi per singoli interventi, purchè di importo non superiore a 500.000 Euro e con esclusione dei lavori di cui all'art. 2, comma 1, lett. h) ed i)⁴⁴.

Il peso del responsabile del procedimento risulta accentuato con la nuova formulazione dell'art. 7 che per ogni lavoro pubblico impone la nomina di un unico

⁴³ Relazione del Ministero dei Lavori pubblici di accompagnamento al regolamento *ex art.* 3, cit.

⁴⁴ Si tratta di opere ed impianti di speciale complessità o di particolare rilevanza sotto il profilo tecnologico, o complessi o ad elevata componente tecnologica, secondo le specificazioni di cui alla lett. h) nn. 1 - 6 e di lavori da eseguirsi in base a progetti integrali comprendenti cioè, secondo la definizione della lett. i) tutte le componenti dell'opera, architettoniche, strutturali ed impiantistiche.

responsabile del procedimento per tutte e tre le fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione. La possibilità di deroga è contemplata, in ragione della particolare struttura gerarchica, solo per l'amministrazione della difesa, che può avere tre distinti responsabili per ciascuna delle distinte fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione.

Al responsabile del procedimento sono comunque attualmente attribuiti tutti i compiti inerenti l'attività istruttoria che precede la formazione del programma, e quella di attuazione degli interventi ed in particolare:

- l'acquisizione dei dati e delle informazioni e la formulazione delle proposte necessarie per la predisposizione del programma triennale (reg. art. 7, comma 3);
- il controllo, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria ed ai tempi di realizzazione del programma;
- il controllo sul corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- l'accertamento di eventuali disfunzioni, impedimenti o ritardi nell'attuazione degli interventi e l'accertamento della libera disponibilità delle aree e degli immobili necessari;
- l'acquisizione dei dati e delle informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento del processo attuativo necessarie per l'attività di coordinamento, di indirizzo e di controllo;
- la formulazione di proposte all'amministrazione ai fini della conclusione di un accordo di programma (art. 27 della legge 142 del 1990) o di una conferenza di servizi (art. 14 della legge 241 del 1990).

L'art. 7 in sostanza si propone di dare un assetto razionale, all'insieme dei procedimenti amministrativi e dei rapporti contrattuali, in cui si articolano i lavori pubblici, che vanno dall'ideazione all'esecuzione delle opere, sia sotto il profilo della trasparenza e dell'efficienza dell'azione amministrativa, sia sotto quello della responsabilità e della gestione dei rapporti con i singoli soggetti, amministrazioni, progettisti ed esecutori.

Ne consegue un'articolazione dei procedimenti e delle relative fasi, legate fra loro ai fini dell'ottimale perseguimento dell'interesse pubblico, caratterizzata dalla presenza "di un unico regista che controlli e segua l'attività, sia sotto il profilo formale, sia nel rispetto dei principi di efficienza e di corretto uso dei poteri discrezionali"⁴⁵.

L'insieme dei compiti previsti dalla legge ed in particolare, il riferimento a tutte le attività propedeutiche alla formazione del programma, che come sopra esposto, si incentrano sugli studi di fattibilità, risulta coerente con gli obiettivi di razionalizzazione del sistema, perseguiti con la valorizzazione della figura.

I maggiori oneri e responsabilità in ordine a tali attività ricadono sul responsabile del procedimento, cui spettano in base all'art. 8 del regolamento (comma 1, lett. a-b) le funzioni di promozione e supervisione circa gli accertamenti e le indagini preliminari finalizzati alla verifica della fattibilità tecnica, economica ed amministrativa degli interventi, nonché di verifica, seppure con la precisazione "in via generale" della conformità ambientale, paesistica, territoriale ed urbanistica degli interventi, e l'eventuale conseguente promozione dell'avvio delle procedure di variante urbanistica.

⁴⁵ O. SEPE – C. GALTIERI, *La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici - Commento alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, in I contratti dello Stato e degli enti pubblici*, supplemento al n. 2/1994, commento all'art. 7, 38.

Al responsabile del procedimento spettano i compiti di propulsione e verifica al fine di disporre di tutti gli studi di fattibilità, necessari per la predisposizione del programma delle opere che si intendono realizzare nel triennio.

Sempre nell'ambito delle attività necessarie per la attuazione del programma, in relazione ai lavori eseguibili per lotti al responsabile del procedimento è demandato pure l'accertamento e l'attestazione circa la quantificazione, nell'ambito sia del programma che dei relativi aggiornamenti, dei mezzi necessari per appaltare l'intero lavoro nonché l'idoneità dei singoli lotti a costituire parte funzionale, fattibile e fruibile dell'intero intervento (reg. art. 8, comma 1, lett. p).

Oltre al rapporto a monte, con l'attività di programmazione, rileva anche in tema di *project financing*, il rapporto a valle con l'attività di progettazione.

Il momento di collegamento tra programmazione e progettazione, è rappresentato dal documento preliminare alla progettazione previsto dall'art. 15, comma 5 del regolamento. Si tratta di un documento che rappresenta il riferimento futuro dell'attività del responsabile del procedimento, al quale è demandata la redazione, ed il parametro della verifica degli obiettivi e delle funzioni dell'opera da realizzare, senza il quale non è possibile effettuare la validazione di cui all'art. 30, comma 6 della legge e all'art. 47 del regolamento. Il metodo è indubbiamente innovativo, consentendo una consapevolezza organizzativa fin dalla fase dell'ideazione dell'opera destinata a riflettersi positivamente su tutte le fasi successive, in quanto concretizza gli obiettivi della programmazione, traducendo le indicazioni programmatiche in un approfondimento per ogni singolo intervento, che fornisca il quadro del "cosa fare" e "come fare" per le successive fasi di progettazione.

Trattandosi di un attività che precede quella di progettazione preliminare, il documento dovrà essere redatto anche per gli interventi di *project financing*, rispetto ai quali dovrà offrire gli elementi per la verifica della conformità amministrativa, sotto tutti gli aspetti, dell'intervento, in relazione alle norme applicabili (disposizioni urbanistiche, di sicurezza, ambientali etc...) degli obiettivi generali da perseguire, delle esigenze e dei bisogni da soddisfare, quindi delle prestazioni richieste, e delle relative funzioni.

In particolare in sede di documento preliminare andrà operata la scelta definitiva del sistema di realizzazione da impiegare, andranno individuati i limiti finanziari e la stima dei costi con la specificazione delle fonti di finanziamento pubbliche o private (art. 15, comma 5, lett. m e n).

Il documento preliminare andrà poi inserito nel disciplinare di gara per l'aggiudicazione della concessione ai sensi dell'art. 19 e per la gara di cui all'art. 37-*quater*.

Il sistema tuttavia presenta delle sovrapposizioni che comportano il rischio di un appesantimento del ciclo di progettazione e di incongruenze con le risultanze degli studi di fattibilità.

In base all'art. 46 del regolamento i progetti preliminari sono sottoposti, a cura del responsabile del procedimento ed alla presenza dei progettisti, ad una verifica in rapporto alla tipologia, alla categoria, all'entità e all'importanza dell'intervento.

La verifica "è finalizzata ad accertare la qualità concettuale, sociale, ecologica, ambientale ed economica della soluzione progettuale prescelta e la sua conformità alle specifiche disposizioni funzionali, prestazionali e tecniche contenute nel documento preliminare alla progettazione, e tende all'obiettivo di ottimizzare la soluzione progettuale prescelta", comportando oltre ad un esame sulla regolarità formale, "il controllo della coerenza esterna tra la soluzione progettuale prescelta e il contesto socio economico e ambientale in cui l'intervento progettato si inserisce" e

“la valutazione dell’efficacia della soluzione progettuale prescelta sotto il profilo della sua capacità di conseguire gli obiettivi attesi, ed infine la valutazione dell’efficienza della soluzione progettuale prescelta intesa come capacità di ottenere il risultato atteso minimizzando i costi di realizzazione, gestione e manutenzione”.

Si tratta di una serie di valutazioni che in parte già costituiscono oggetto dello studio di fattibilità e che si sono tradotte in elementi valutati in sede di approvazione del programma triennale.

Per cui la rimessione ad una successiva fase di tali valutazioni non giova né alla speditezza del procedimento, né alla certezza dei risultati acquisiti, finendo per demandare ad un organo tecnico, il responsabile del procedimento che ai sensi dell’art. 48 del regolamento provvede all’attività di verifica con il supporto tecnico dei propri uffici, una valutazione sugli obiettivi di carattere socio-economico del progetto, che nel sistema della legge è invece riservata agli organi politici all’atto della approvazione del programma triennale, rispetto al quale la progettazione e le connesse attività di verifica e di attuazione, rappresentano il momento attuativo.

L’attuazione del sistema di programmazione-esecuzione prefigurato dal legislatore, presuppone la presenza nell’organizzazione degli Enti Locali di tecnostrutture funzionali e moderne in grado di svolgere un’analisi sul territorio, volta ad individuare i bisogni della collettività, tramite approfonditi studi di fattibilità, e tradurli nella programmazione.

La maggior parte degli uffici tecnici dei comuni italiani, specie di quelli minori, non risulta in possesso delle risorse umane e tecniche sufficienti a gestire i processi di programmazione e di esecuzione delle opere pubbliche, che presuppongono una serie di conoscenze specialistiche di carattere economico-finanziario, geologico, urbanistico, ambientale, di indagini di mercato, di legislazione sui lavori pubblici etc...

La riforma rischia quindi di rimanere sulla carta, quanto agli obiettivi, per quegli Enti Locali che non adotteranno un nuovo modello di organizzazione, incentrato sul *project management* in grado di organizzare, dirigere e controllare i processi di programmazione ed esecuzione degli interventi.

7. Le attività di supporto.

Nell’attesa di una piena riqualificazione delle amministrazioni, il legislatore, consapevole del fatto che le gravose incombenze previste in capo al responsabile del procedimento presuppongono l’esistenza nella struttura dell’ente di personale, dotato di competenze tecnico-amministrative, idoneo ed in numero sufficiente, che nella realtà spesso manca, specie nei Comuni minori, appresta taluni rimedi.

Il nuovo testo dell’art. 7, comma 5, dispone che il responsabile del procedimento, che nella precedente versione della norma poteva anche essere un amministrativo, deve essere un tecnico, pur presentando molte delle sue attività un carattere spiccatamente giuridico e amministrativo⁴⁶. Nella legge n. 415/98 era anche venuta meno la limitazione in ordine alla scelta "nell’ambito del proprio organico" del soggetto cui affidare il ruolo; tale limite è stato poi ripristinato dall’art. 7, comma 1, del regolamento.

E’ stato abolito il limite temporale triennale per l’affidamento all’esterno delle attività di supporto, mentre resta fermo il presupposto delle carenze di organico o di professionalità adeguate, accertate dal dirigente competente alla formazione ed allo

⁴⁶ In tal senso espressamente Relazione del Ministero dei Lavori pubblici di accompagnamento al regolamento *ex art. 3*, cit.

svolgimento del programma, in relazione alle caratteristiche dell'intervento.

Allorché le amministrazioni aggiudicatrici non siano in grado di svolgere le necessarie attività di supporto al responsabile del procedimento, la norma consente di affidare tali attività a professionisti, singoli o associati, nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, (ma il riferimento deve intendersi anche a professionisti associati in raggruppamento), alle società di professionisti di cui all'art. 17, comma 6, lett. a) della legge 109, alle società di ingegneria di cui, alla successiva lett. b).

Società di professionisti e società di ingegneria hanno in comune l'oggetto dell'attività che si identifica nell'esecuzione di studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale

Le prime sono società costituite esclusivamente da professionisti iscritti negli appositi albi, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile oppure in forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI. Si tratta di un'anticipazione delle società previste dalla legge 266 del 1997, cosiddetta "legge Bersani", il cui art. 24 ha abrogato l'art. 2 della legge n. 1815 del 1939 che prevedeva il divieto di esercitare le libere professioni in forma societaria ed ha rimesso alla disciplina regolamentare *ex art.* 17, comma 3, della legge n. 400 del 1988, il compito di stabilire i requisiti per l'esercizio in forma societaria delle attività professionali.

L'espressa previsione normativa contenuta nella *Merloni-ter*, superando le perplessità determinate dal carattere secondario della fonte normativa che dovrebbe disciplinare il regime di tali società in relazione alle previsioni del codice civile, consente alle predette società di operare nel settore dei lavori pubblici, in attesa di una effettiva liberalizzazione dell'esercizio professionale⁴⁷.

L'art. 17 porta a compimento un processo iniziato con l'adozione di una serie di disposizioni di legge (art. 13, legge 2 maggio 1976, n. 183; art. 1, D.L. 30 gennaio 1979, n. 20, convertito con modificazioni nella legge 31 marzo 1979, n. 92; art. 11, legge 12 febbraio 1981, n. 17), che aveva condotto alla legittimazione delle società per azioni aventi ad oggetto attività di progettazione di impianti industriali esercitata in forma industriale, mediante una complessa organizzazione tecnico-amministrativa, ovvero attività di studi e progettazioni che richiedono speciali competenze tecniche e scientifiche, con conseguente modifica o parziale abrogazione del divieto di cui all'art. 2 legge n. 1815 del 1939⁴⁸.

⁴⁷ Risulta ancora irrisolto, in mancanza del regolamento di attuazione della legge n. 266 del 1997, il nodo della partecipazione di soci non professionisti alle società di questo tipo, soluzione osteggiata dalle associazioni professionali sul rilievo della possibile limitazione della libertà della professione. Attualmente quindi la costituzione di società di capitali il cui oggetto preveda attività riconducibili alle professioni protette, è possibile solo per le prestazioni ingegneristiche. In altri ordinamenti europei è invece possibile l'esercizio dell'attività professionale nella forma delle società di capitali, con la possibilità di partecipazione non solo di soci non professionisti, ma anche di persone giuridiche (legge francese 90-1258 del 31 dicembre 1990, cfr. G. SCHIANO DI PEPE, *Verso la legittimazione delle società professionali; l'esperienza francese*, in *Società*, 1991, 1165).

⁴⁸ In questo contesto veniva riconosciuta la legittimità delle società di professionisti con rilevanza meramente «interna» e delle c.d. «società di mezzi» (v. in proposito Trib. Modena 4 aprile 1991, in *Foro it.*, 1992, I, 2252, con nota di N. Cosentino; Trib. Milano 16 maggio 1991, *id.*, *Rep.* 1991, voce Professioni intellettuali, n. 166, con nota di P. Montalenti in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 737; Cass. 21 marzo 1989, n. 1405, in *Foro it.*, *Rep.* 1989, voce cit., n. 182). La Corte di cassazione ha tuttavia sempre affermato l'incompatibilità dell'attività libero-professionale con qualunque forma societaria (Cass. 12 marzo 1987, n. 2555, in *Foro it.*, 1988, I, 554, con nota di L. Mantineo; 30 gennaio 1985, n. 566, *id.*, 1985, I, 2959; 4 luglio 1974, n. 1936, *id.*, 1974, I,

Le società di ingegneria, configurate quali società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, risultano quindi definitivamente legittimate, sia alla redazione dei progetti che ad una serie di prestazioni tecnico-amministrative propedeutiche e collaterali alla progettazione.

Non viene, tuttavia, intaccato il principio della responsabilità personale dei professionisti per i singoli atti della progettazione, in quanto la redazione di progetti ad opera di società di ingegneria, esige che l'attività di progettazione ed i singoli progetti siano eseguiti da uno o più professionisti iscritti negli appositi albi nominativamente indicati e personalmente responsabili, nel rispetto, quindi, della normativa civilistica in materia di professioni intellettuali.

L'art. 53 del regolamento specifica i requisiti minimi delle società di ingegneria, attribuendo un peso notevole al direttore tecnico, cui spetta il compito di approvare e controfirmare gli elaborati tecnici inerenti le prestazioni oggetto dell'affidamento ai fini dell'assunzione della responsabilità solidale, unitamente alla società di ingegneria, nei confronti della stazione appaltante. Nella norma regolamentare il direttore tecnico assume un ruolo fondamentale, dovendo essere necessariamente consultato dall'organo di amministrazione della società per la definizione degli indirizzi relativi alle partecipazioni a gare o in tutti i casi in cui sorgono questioni relative alle attività della società (art. 53, comma 2). La norma non prevede meccanismi per verificare che tale partecipazione sia effettiva, né d'altra parte sarebbe stato ipotizzabile un penetrante controllo da parte dell'amministrazione sulla gestione interna dell'organismo societario. E' quindi possibile unicamente un controllo indiretto attraverso la responsabilità del direttore tecnico in solido con la società di ingegneria, collegata all'obbligo gravante sullo stesso di approvare e controfirmare gli elaborati tecnici relativi alle prestazioni affidate, prevista dal comma 1 dell'art. 53, in attuazione dell'art. 17, comma 8, della legge nella parte in cui prevede che l'esecuzione dell'incarico di progettazione, anche nel caso in cui l'affidatario sia una società di ingegneria, è riservata a professionisti iscritti negli appositi albi che sono personalmente responsabili e nominativamente indicati.

Il ruolo centrale conferito alla figura del direttore tecnico, risponde all'esigenza di conciliare la natura societaria del soggetto con il tradizionale carattere personale delle attività di progettazione, che costituiscono il nucleo essenziale dell'attività della società di ingegneria.

Sia le società di ingegneria che le società professionali sono tenute a predisporre ed aggiornare l'organigramma dei soci, dei dipendenti o dei collaboratori coordinati e continuativi impiegati nello svolgimento di funzioni professionali e tecniche, nonché di controllo della qualità, indicando le specifiche competenze e responsabilità, con l'obbligo di comunicazione dei relativi dati all'Autorità, obbligo che comprende anche l'indicazione delle attività diverse da quelle appartenenti ai servizi di natura tecnica. (reg. art. 53, commi 3 e 54).

La stessa norma prevede che, la verifica delle capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative ai fini della partecipazione alle gare sia effettuata unicamente con riferimento alla struttura dedicata alla progettazione. Infatti, se la società svolge

3050); mentre la giurisprudenza di merito si è ripetutamente pronunciata per l'ammissibilità dell'esercizio delle professioni protette nella forma della società semplice (Trib. Milano 14 febbraio 1991, in *Foro it., Rep.* 1991, voce cit., n. 165) o, più in generale, nella forma delle società di persone (Trib. Bari 21 marzo 1983, *id., Rep.* 1984, voce Società, n. 841), giungendo fino a consentire la forma della società a responsabilità limitata per la gestione dei laboratori medici (Trib. Roma, decr. 27 ottobre 1987, *id.*, 1988, I, 3432; Trib. Ariano Irpino 4 gennaio 1982, *id., Rep.* 1985, voce cit., n. 630).

attività diverse dai servizi di ingegneria definiti dall'art. 50 del regolamento (cioè servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, altri servizi tecnici concernenti la redazione del progetto, e le attività tecnico-amministrative connesse alla progettazione), la struttura organizzativa e le capacità professionali espressamente dedicate allo svolgimento di tali servizi vanno isolate, onde consentirne l'immediata individuazione, anche sotto il profilo dei costi che devono essere evidenziati in apposito allegato al conto economico.

Si tratta quindi di requisiti minimi prescritti direttamente dalla legge, ulteriori rispetto ai requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che l'amministrazione, nel rispetto delle ordinarie regole di parità di trattamento e pubblico interesse, può individuare per ogni singola gara.

In ragione della diversità di struttura societaria solo le società di ingegneria, in base all'art. 37-bis, sono comprese tra i soggetti promotori, mentre le società di professionisti, nell'attivazione degli interventi di *project financing*, possono assumere un ruolo di supporto all'amministrazione.

Il comma 5 dell'art. 7 specifica che i soggetti cui possono essere affidati gli incarichi di supporto devono essere in possesso delle necessarie competenze specifiche di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo e legale e devono aver stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.

La disposizione rappresenta il dovuto temperamento tra quella linea di tendenza che ammetteva la possibilità che il responsabile del procedimento venisse scelto fra esterni alla pubblica amministrazione e che si era tradotta in un emendamento al Senato poi caduto, e quella, accolta nella disciplina finale come risultante dal regolamento (art. 7, comma 1), che riteneva essenziale per la delicatezza dei compiti ed il carattere pubblicistico degli stessi, l'appartenenza all'amministrazione di tale figura.

L'elencazione delle competenze richieste ai fini dell'affidamento dell'attività di supporto presenta, riguardo ai professionisti, la difficoltà di individuare una priorità nelle stesse ai fini dell'affidamento del servizio di supporto, non essendo ipotizzabile una specifica competenza in ordine a tutti i settori indicati. In proposito soccorre la caratterizzazione dei compiti del responsabile del procedimento, come sopra delineati, e rispetto ai quali si deve svolgere l'attività di supporto esterno, caratterizzazione che, a fronte della specificazione della qualificazione tecnica di cui al nuovo comma 5 dell'art. 7, vede una prevalenza del profilo tecnico, confermata dal regolamento e dall'ulteriore previsione della stessa norma, in base alla quale il responsabile del procedimento può coincidere, nei limiti indicati, con il direttore dei lavori e con il progettista.

Deve pertanto ritenersi che l'elencazione di cui all'art. 7 comma 5 non sia casuale, ma identifichi una gerarchia nelle specifiche competenze che deve essere tenuta presente dall'amministrazione ai fini della scelta dei soggetti cui affidare il servizio, (salvo le ipotesi in cui le carenze di organico, che rappresentano il presupposto per l'affidamento del servizio, non riguardino particolari settori, nel qual caso potrebbe ipotizzarsi la necessità di una diversa gradazione dell'incidenza di singole competenze specifiche), per soddisfare in maniera adeguata le esigenze dell'amministrazione. Resta aperto il problema della valutazione dei titoli di studio o professionali e dei servizi prestati ai fini della dimostrazione della capacità tecnica (art. 14 D.Lgs. 157/95), e della stessa aggiudicazione in quanto, ove effettuata con il criterio dell'offerta più vantaggiosa (art. 23 D.Lgs. n. 157/95), la qualità ed il merito tecnico del servizio, date le peculiari caratteristiche dello stesso, dipendono in larga

misura dalla qualificazione professionale.

Avuto riguardo alle funzioni del responsabile del procedimento deve inoltre ritenersi che l'elencazione delle specifiche competenze di cui all'art. 7 comma 5, abbia carattere cumulativo e non alternativo, nel senso che devono ricorrere tutte nel soggetto affidatario del servizio di supporto. Da un punto di vista pratico ciò implica che difficilmente un singolo professionista possa riuscire a cumulare i requisiti necessari, senza ricorrere al raggruppamento con altri professionisti, singoli o associati o con società.

L'oggetto delle attività di supporto in sostanza deve riguardare tali attività o gruppi di attività globalmente considerate, in relazione all'insieme dei compiti del responsabile del procedimento. Da una parte, infatti, non appare ammissibile scorporare una parte delle funzioni di quest'ultimo per affidarle all'esterno, dall'altra non rientra nella lettera e nello spirito della disciplina, la sua estensione a tutti i casi in cui, in materie comprese o connesse ai lavori pubblici, l'amministrazione intenda avvalersi di risorse esterne.

Le attività di supporto si configurano in sostanza quali attività di project management, con una accentuata caratterizzazione tecnica, che, valorizzando il riferimento al D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157⁴⁹, sono identificabili nelle attività di cui numeri 11 e 12 della tabella IA) allegata al decreto.

Nel contesto delle prestazioni di supporto, va sottolineata la stretta connessione tra gli studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei bisogni di cui all'art. 14 comma 1, volti ad individuare con priorità quelli che possono essere soddisfatti tramite interventi di *project financing*, quali attività strumentali alla formazione ed allo svolgimento del programma triennale e le attività riconducibili alla sfera del responsabile del procedimento.

La realizzazione di studi e di ricerche necessari per la predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici, allorché il relativo importo superi la soglia di applicazione del D.Lgs. n. 157 del 1995 è sottoposta all'applicazione delle procedure ivi previste.

Si tratta infatti di prestazioni di valutazione, indagine o ricerca, i cui contenuti anche se implicanti attività di consulenza e di supporto tipicamente intellettuali, rientrano nell'ambito dell'allegato IA della direttiva n. 92/50 CEE.

Per questo motivo, nel testo definitivo dell'art. 6 della 415 che ha modificato l'art. 17 della legge n. 109, è venuta meno la possibilità di affidare direttamente tali prestazioni ad università ed enti pubblici di ricerca, che era stata contemplata nella versione originariamente approvata dal Senato⁵⁰.

⁴⁹ Come modificato dal D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 65, che ha dato attuazione alle direttive 97/52/CE e 98/4/CE, che modificano ed integrano, rispettivamente, le direttive 92/50/CEE, in materia di appalti pubblici di servizi, e 93/38/CEE, limitatamente ai concorsi di progettazione, sul quale cfr. R. DAMONTE, *Brevi cenni sull'ambito di applicazione del dlgs. n. 157/95 alle luce delle modifiche introdotte dal D.Lgs. 65/2000*, in *Urb. e App.*, n. 9/2000, 933.

⁵⁰ Nel testo originariamente approvato dal Senato il quinto capoverso dell'art. 6 era così formulato: « Ad università ed enti pubblici di ricerca può essere affidata, nell'ambito di apposite convenzioni, la sola realizzazione di studi e di ricerche necessari ai soggetti di cui al comma 1 per la predisposizione esclusivamente del programma triennale dei lavori pubblici». Cfr. sul punto D. TASSAN MAZZOCCO, *L'affidamento degli incarichi di progettazione*, in D. Tassan Mazzocco – C. Angeletti – M. Zoppoloto, cit., 214: «Il riferimento era, per quanto concerne in particolare la Università, alla previsione di cui all'art. 66 del D.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, ammissivo della possibilità, per le strutture universitarie, di eseguire attività di ricerca e consulenza mediante contratti e convenzioni con enti pubblici e privati, purché compatibile con lo svolgimento della funzione scientifica e didattica loro assegnata. Le motivazioni sottese alla scelta della Camera, diretta a rimuovere una patente disarmonia nel sistema della concorsualità

Peraltro la previsione dell'art. 7 sull'attività di supporto, nella sostanza, non rappresenta una novità della Merloni. Da un punto di vista funzionale già la concessione c.d. di "committenza", cui erano assimilabili quelle di "servizi" e di "ufficio tecnico", - figure accomunate dal fatto che le prestazioni del concessionario non si estendono alla materiale esecuzione dei lavori, - comprendeva, tra i propri contenuti caratteristici, un'assistenza all'amministrazione.

Le carenze dell'amministrazione si sono manifestate con maggiore evidenza nella realizzazione di complessi programmi costruttivi conseguenti alla dilatazione dei compiti e dei settori di intervento della pubblica amministrazione, rispetto ai quali, soprattutto a livello degli Enti Locali, gli uffici tecnici si sono rivelati inadeguati. Questa situazione ha portato sino al recente passato (ma l'insufficienza dei progetti predisposti dall'amministrazione ed il conseguente diffuso ricorso alle varianti era un fenomeno già manifestatosi agli albori del secolo⁵¹) ad una serie di degenerazioni, per cui venivano affidati al concessionario compiti non di supporto, ma di vera e propria supplenza dell'amministrazione, con conseguente abdicazione di prerogative fondamentali per la trasparenza e la garanzia della concorrenza.

In questo contesto le società di ingegneria hanno finito per assumere un ruolo sempre più rilevante nella realizzazione delle opere pubbliche, anche tramite il ricorso allo strumento della concessione⁵².

Il legislatore della Merloni-ter all'art. 17, comma 6, lett. b) ha definito dettagliatamente l'oggetto delle prestazioni delle società di ingegneria, limitandolo alle prestazioni di *consulting engineering*, che si identificano negli incarichi di progettazione e di altre attività strumentali e propedeutiche, quali indagini di mercato, studi di fattibilità e di pianificazione gestionale e finanziaria, escludendo le attività più strettamente connesse alla fase realizzativa dell'opera, secondo lo schema del contratto "chiavi in mano", in quanto la relativa definizione non comprende attività volta alla produzione di beni⁵³.

Ai sensi dell'art. 19, comma 3, della legge n. 109, non è più ammissibile

pubblica, creata dalla disposizione soppressa, ben si comprendono alla luce di quanto affermato, ancora di recente, dalla Corte dei Conti (sez. contr. Stato, 18 gennaio 1997, n. 4, in *Cons. Stato*, 1997, II, 663), pronunciatisi nel senso di ritenere applicabile la normativa comunitaria in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di servizi anche nelle ipotesi di affidamento ad istituti universitari od organismi pubblici di ricerca di convenzioni aventi ad oggetto servizi di ricerca e consulenza nelle materie di competenza dell'amministrazione interessata.

Secondo la Corte, le convenzioni aventi per oggetto prestazioni di valutazione, indagine o ricerca, pur implicando un'attività di consulenza e di collaborazione tipicamente intellettuale, rientrano senz'altro nelle tipologie prestazionali di cui all'allegato della direttiva n. 92/50, e quindi soggiacciono all'applicazione della disciplina comunitaria quanto alle relative procedure di aggiudicazione. Gli appalti di tale natura possono essere esclusi dalla normativa comunitaria solo in «casi del tutto particolari, come quello di prestazioni infungibili o rese in posizioni monopolistiche e, comunque, fattispecie dalle quali non può restare estranea la considerazione della qualità del soggetto» (V. Corte conti, sez. contr., 22 novembre 1993, n. 152, in *Cons. Stato*, 1994, II, 704; Corte conti, sez. contr., 22 novembre 1993, n. 153, in *Cons. Stato*, 1994, II, 707).

⁵¹ Cfr. in proposito BELLESI, *Governo, appalti e appaltatori*, Firenze, 1904, 74.

⁵² Cfr. sul punto, S. RICCI, *Società di ingegneria e concessione di opere pubbliche*, in *Giust. civ.*, 1987, II, 450 e ss.; A. GALLUPPI, *Ancora sul collegamento tra società di ingegneria concessione di opere pubbliche*, *ibidem*, 1988, II, 130 e ss.; L. CAPONE, *Le società di engineering e la concessione di opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1989, 705.

⁵³ Sul contratto di *engineering*, cfr. G. ALPA, *I contratti di "engineering"*, in *Tratt. Rescigno*, vol. XI, *Obbligazioni contratti*, tomo III, Torino, 1984, 71; R. CAVALLO BORGIA, *Il contratto di engineering*, Padova, 1992; G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1990, 27.

l'attribuzione al concessionario dei compiti tipici dell'amministrazione, con il conseguente accollo dei rischi dell'organizzazione del programma costruttivo e connessi all'andamento delle offerte, avvalendosi dei poteri propri dell'amministrazione in materia di ammissione ed esclusione dalle gare etc.... Non era invece ravvisabile alcuna attribuzione di compiti o poteri propri dell'amministrazione nei casi in cui la prestazione del concessionario si caratterizzava come una tipica prestazione di servizi, sostanziandosi in una attività di assistenza all'amministrazione per cui il concessionario, più che come sostituto si configurava come ausiliare dell'amministrazione (un'ipotesi del genere era prevista dalla legge 5 giugno 1990, n. 135, in materia di interventi urgenti per il programma di lotta contro l'AIDS).

Nella fattispecie di cui all'art. 7, che pure si fonda sul presupposto della necessità dell'amministrazione di avvalersi di risorse esterne per l'esercizio dei propri compiti, il margine di discrezionalità dell'amministrazione risulta notevolmente ridotto, in quanto la possibilità di avvalersi di prestazioni esterne è circoscritta ai casi di accertate carenze di organico o di mancanza di adeguate competenze professionali, da valutarsi in considerazione delle caratteristiche dell'intervento, da parte del dirigente competente alla formazione e allo svolgimento del programma.

Ma soprattutto l'istituto disciplinato dalla Merloni-ter presenta rispetto alla vecchia commissione di committenza, la rilevante differenza di una regolamentazione delle modalità dell'affidamento, superando così uno dei motivi che, con l'avvento dell'ordinamento comunitario, determinarono la crisi dell'istituto della concessione.

Sotto il profilo contenutistico il legislatore della Merloni-ter ha inoltre inteso limitare l'ambito delle prestazioni del soggetto esterno ad un'attività di supporto pura, senza interferenze con le funzioni e i compiti della stazione appaltante, non delegabili né affidabili all'esterno, segnatamente in relazione alla progettazione (che può essere affidata all'esterno ma con diversa procedura), alle operazioni di scelta dell'esecutore materiale delle opere ed alla direzione lavori, stante l'operatività del divieto di cui all'art. 19.

Le amministrazioni locali, pur lamentando carenze di organici e di mezzi, sembrano tuttavia restie ad utilizzare gli strumenti previsti per supplirvi, in relazione alla fase connessa alla programmazione ed in generale alle attività del responsabile del procedimento, per le possibili interferenze con le funzioni proprie, che effettivamente si sono registrate nell'esperienza delle concessioni, a causa della concentrazione di poteri nelle mani dei concessionari.

Vero è che le indicazioni del legislatore sono contraddittorie, in quanto da una parte si richiede alle amministrazioni un grado di specializzazione sempre maggiore, reso necessario dalla complessità dei compiti pubblicistici, dall'altro si taglia la spesa per il pubblico impiego, incidendo sulle nuove assunzioni, sulla riqualificazione e sulla formazione professionale.

La Circolare del Ministero dei Lavori Pubblici 4488/UL del 7 ottobre 1996 sembra consapevole di questa contraddizione; così sottolinea che le funzioni di programmazione, direzione e gestione del procedimento realizzativo dell'opera pubblica, debbano far capo all'amministrazione, salvo auspicare un potenziamento e una riqualificazione del personale che dovrà svolgere i compiti di *project management*, nell'evidente presupposto dell'inadeguatezza attuale.

Nel *project financing* appare particolarmente rilevante l'attività di ausilio alla stazione appaltante nella valutazione dei progetti e nel controllo dell'iniziativa, che rappresenta un presupposto indispensabile per il buon esito di un'operazione di tale

tipo, che difficilmente può essere svolta all'interno dell'amministrazione⁵⁴.

Il risultato di queste oscillazioni e della dicotomia tra i precetti legislativi e la concreta possibilità di attuazione degli stessi è che le amministrazioni locali, soprattutto quelle minori, strette tra il timore di perdere le proprie prerogative in tema di gestione esclusiva degli interessi collettivi e la necessità di conformarsi al dettato legislativo, procedono con interventi tampone, senza alcun disegno organico ed unitario.

Occorre quindi un ripensamento del ruolo e delle funzioni delle amministrazioni, segnatamente quelle locali, che prenda atto della necessità di elevate professionalità conseguenti alla complessità dei compiti pubblici, superando il rischio che coloro che sono in possesso di tali professionalità, siano essi soggetti pubblici o privati, tendano ad acquisire attitudini decisionali nei settori di intervento.

Nel nuovo assetto degli Enti Locali scaturito dalla riforma, la selezione del personale politico, onde consentire la piena utilizzazione degli strumenti di governo conferiti, va di pari passo con la tendenza (giacché per ora solo di tendenza si può parlare), al conseguimento di obiettivi di efficienza ed efficacia, propri del *project management*, che si registra nel pubblico impiego, parallelamente alla graduale privatizzazione del settore.

In tale ambito il ruolo delle amministrazioni resta insostituibile, purché si sviluppi l'aspetto collegato all'aggregazione ed organizzazione delle capacità di diversi soggetti pubblici e privati rispetto a quello, tradizionale, ma ormai recessivo, che si manifesta nel mero esercizio delle potestà pubbliche, in una logica di valorizzazione del profilo dell'attività rispetto a quello dell'autorità.

Questo vale con particolare evidenza nel settore delle opere pubbliche, in quanto l'intervento del capitale privato può delinearsi come uno strumento per uscire dalla crisi conseguente alle restrizioni della spesa pubblica, senza ripetere le tristi esperienze del passato, e senza limitare il confronto agli interessi maggiormente in grado di "rappresentarsi"⁵⁵, solo se le amministrazioni si rendano garanti, in ragione ed in forza della funzione di rappresentanza esclusiva degli interessi delle comunità, della reciproca non interferenza tra le scelte politiche, alle stesse riservate, e le scelte tecniche, che ne costituiscono attuazione e che proprio perché subordinate alle prime (e naturalmente alle norme regolatrici dell'attività amministrativa), possono essere adottate anche avvalendosi di soggetti privati.

⁵⁴ Cfr. L'Atto di regolazione n. 34/2000 della Autorità, cit., che configura tale attività come tipico servizio di consulenza offerto dagli istituti di credito nelle operazioni di *project financing* a livello internazionale, unitamente ai servizi di finanziamento, sottolineando che "tale tipo di attività, in linea teorica, può essere svolta anche da soggetti diversi dagli istituti di credito, poiché si concretizza in una prestazione di servizi di consulenza tecnica, legale e finanziaria, che non richiedono la disponibilità di notevoli mezzi finanziari. Tuttavia, nell'attività di consulenza, il ricorso ad una banca è comunemente ritenuto indispensabile in ragione della conoscenza del mercato da essa posseduta che influisce sulle scelte progettuali allo scopo di rendere l'operazione realizzabile". Peraltro si tratta di un inquadramento relativo alle definizioni del duplice ruolo di consulente e finanziatore degli istituti di credito, che però appare riferito al rapporto con il promotore, per cui l'Autorità non affronta il problema delle modalità di affidamento di tali servizi da parte dell'amministrazione.

⁵⁵ Sul fenomeno che i politologi chiamano neocorporativismo, inteso quale interazione strategica tra gruppi di interesse e potere politico, cfr. A. MUTTI, *Introduzione ai risultati della ricerca. Processi decisionali di pianificazione urbanistica e opere pubbliche*, in *Le decisioni di urbanistica e di opera pubblica nelle città*, in I.S.A.P., Milano 1994, 529.

8. Il *project financing* e l'amministrazione consensuale.

Nella legislazione recente si assiste ad una progressiva espansione di moduli consensuali tra soggetti pubblici e privati, quali strumenti per l'utilizzazione degli apporti collaborativi del privato anche nella fase di programmazione territoriale, che si traducono in accordi o contratti aventi ad oggetto potestà pubbliche, da cui derivano reciproci obblighi per i soggetti che vi partecipano, nei quali la cooperazione si attua sia nei rapporti tra più amministrazioni che tra amministrazioni e privati⁵⁶.

Già nelle ipotesi di urbanistica consensuale, contemplate dalla legge n. 1150/1942 (art. 28), si ha una compenetrazione tra il profilo provvedimentale ed il profilo negoziale, in quanto si attua la disciplina urbanistica non mediante provvedimenti autoritativi, ma con un procedimento nel quale l'atto di approvazione del piano è geneticamente e funzionalmente subordinato alla stipulazione di una convenzione, rispetto alla quale le parti si trovano in una posizione di pariteticità.

Rileva, infatti, l'autonomia di determinazione delle rispettive volontà e degli effetti che ne conseguono, che si configurano a vantaggio ed a carico delle parti, come posizioni correlative di diritti soggettivi e di obbligazioni.

Il problema della determinazione degli effetti nasce dalla natura ibrida di tali accordi urbanistici, che da un lato si configurano come espressione dello strumento privatistico per eccellenza, il contratto, e dunque implicano obbligazioni a carico di entrambi i contraenti, dall'altro costituiscono pur sempre manifestazione di una tipica potestà pubblica: il governo del territorio.

La questione è stata tuttavia affrontata nell'ottica dello *ius aedificandi* del privato, soprattutto in relazione al piano di lottizzazione, quale strumento di conformazione dell'assetto di una parte del territorio comunale, in sostituzione del piano particolareggiato, cui è collegata una posizione di supremazia del Comune nei confronti dei privati in ragione del perseguimento dei propri fini istituzionali.

In questa logica, l'ente, addivenendo alla stipula dell'accordo, non può impegnarsi ad esercitare una propria pubblica funzione con determinate modalità, precludendosi un migliore perseguimento dei propri fini istituzionali, anche attraverso una nuova valutazione dell'assetto di interessi ed in contrasto con le regole proprie dell'attività amministrativa.

Le convenzioni urbanistiche, infatti, anche se proposte da privati, trovano la propria causa nell'attuazione concreta dei programmi urbanistici e quindi nell'azione

⁵⁶ Sull'amministrazione consensuale cfr.: G. BERTI, *Il principio contrattuale dell'attività amministrativa*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988, 49; V. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; G. CORSO, *Sui principi dell'attività degli Enti Locali: fra provvedimento e contratto*, in *Amm.*, 1989, 97; G. PASTORI, *Accordo e organizzazione amministrativa*, in *L'accordo nell'azione amministrativa*, a cura di A. Masucci, Roma, 1988; G. FALCON *Convenzioni amministrative*, in *Enc. giur.*, 1988; A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione di interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 21; A. RALLO, *Appunti in tema di rinegoziazione degli accordi sostitutivi di provvedimenti*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 298; A. D'AMICO, *Considerazioni in ordine all'art. 11, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 1992, 2456; R. MARONE, *Gli accordi di programma nella l. 142/1990*, in *Corriere giur.*, 1991, 1345 e ss.; F. GUALANDI, *L'accordo di programma nella disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 27; R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso: dalla "specialità" amministrativa a un diritto amministrativo di garanzia?*, in *Dir. amm.*, n. 2/1997, 225; A. CIMELLARO – A. FERRUTI, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma*, Rimini, 1998; S. NICODEMO, *Riforma amministrativa e lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, n. 1/2000, 123 e ss.

dell'amministrazione, che mira all'esplicazione dei suoi poteri pubblicistici di disciplina dell'assetto del territorio e di regolamentazione urbanistica.

Questi caratteri hanno indotto una parte della dottrina civilistica ad escludere l'applicabilità della disciplina contrattuale alle convenzioni urbanistiche, sul rilievo che mancherebbero i necessari presupposti e requisiti che caratterizzano *ex art.* 1321 c.c. il contratto⁵⁷.

L'unico limite al potere dell'amministrazione di modificare le proprie scelte in sede di pianificazione è rappresentato dall'onere di esplicita ed esauriente motivazione sulle ragioni di pubblico interesse, che inducono a ritenere superato l'assetto negoziale costituito con la convenzione e prevalente il nuovo interesse pubblico rispetto a quello del privato proprietario.

In sostanza lo *jus variandi*, relativo alle prescrizioni del piano regolatore generale o del programma di fabbricazione, include uno *jus poenitendi*, o se si vuole un diritto di recesso, relativo ai vincoli assunti dall'amministrazione con la convenzione urbanistica⁵⁸.

La sopravvenienza di nuovi strumenti urbanistici, determina in questi casi la sopravvenuta impossibilità del Comune di adempiere agli obblighi assunti e quindi il "difetto funzionale" sopravvenuto della causa del negozio⁵⁹.

Per l'attuazione degli interventi di *project financing* si pone un problema analogo ma opposto rispetto alle convenzioni urbanistiche, cioè di assicurare al promotore la fattibilità amministrativa ed in particolare urbanistica dell'intervento, in relazione alle previsioni di piano, al fine di contemperare l'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica o di pubblica utilità, con quello relativo all'assetto urbanistico del territorio.

Il dato comune rispetto all'urbanistica consensuale è rappresentato dalla valorizzazione dei moduli convenzionali, per assicurare le precondizioni necessarie per l'implementazione di un intervento in *project financing*.

Nell'ambito della realizzazione delle opere pubbliche si è affermato quale strumento di snellimento, in un primo momento, e di cooperazione pubblico-privata nella successiva evoluzione della legislazione, l'accordo di programma.

La diffusione delle iniziative di *project financing* è legata alla proficua utilizzazione dell'amministrazione consensuale, conferenze di servizi ed accordi di programma, quali strumenti acceleratori, di snellimento e di efficienza delle procedure per la realizzazione di opere pubbliche, in coerenza con il sempre più compiuto affermarsi dell'amministrazione per obiettivi, e pur nella salvaguardia della completa ponderazione degli interessi coinvolti⁶⁰.

L'attuale evoluzione legislativa induce a considerare ormai l'accordo come strumento di ordinaria amministrazione⁶¹.

⁵⁷ Cfr. F. CARRESI, *Il contratto*, Milano, 1987, 12; M. BESSONE, *Natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in *Convenzioni urbanistiche e tutela nei rapporti tra privati* a cura di M. Costantino, Milano, 1978, 231 ss.; id. *Sul problema della natura giuridica dei piani di lottizzazione*, in *Riv. not.*, 1977, 543 ss.; G. PERICU, *Diritto amministrativo, L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, Monduzzi, 1992, 1343; F. SPANTIGATI, *Le ragioni della difficoltà di studiare le convenzioni urbanistiche*, in *Riv. trim. pubbl.*, I, 194 e ss..

⁵⁸ Cons. Stato, sez. IV, 13 luglio 1993 n. 711, in *Foro it.*, 1994, III, 290.

⁵⁹ Cass. 30 gennaio 1985, n. 580, in *Riv. giur. ed.*, 1985, I, 426.

⁶⁰ C. PIACENTINI, *La conferenza di servizi: considerazioni generali*, in *Riv. trim. app.*, 1989, 1131.

⁶¹ Cfr. G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa, in Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazione dell'amministrazione*, a cura di Trimarchi, Milano, 1990, 85: "non solo parrebbero mancare ragioni consistenti che si

L'art. 34 del t.u. n. 267 del 2000, che ha sostituito senza sostanziali novità l'art. 27 della legge 142 del 1990, si riferisce alla "*definizione e l'attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata e coordinata*" di Enti Locali o di altre amministrazioni pubbliche e prevede la possibilità, su richiesta di uno di detti soggetti, della sottoscrizione di un accordo inteso al "*coordinamento delle azioni*" nonché alla determinazione dei "*tempi, modalità, finanziamento ed ogni connesso adempimento*" (comma 1), da raggiungersi in una "*conferenza tra rappresentanti di tutte le amministrazioni interessate*" (comma 3). La norma prevede, altresì, la possibilità di inserire nell'accordo procedimenti arbitrali per la soluzione di eventuali conflitti (comma 2) e di provvedere alla vigilanza della sua esecuzione tramite un collegio tra i rappresentanti delle amministrazioni interessate, al quale spetteranno anche poteri sostitutivi (comma 6). Per il perfezionamento dell'accordo è necessario il consenso di tutte le amministrazioni interessate.

La promozione dell'accordo spetta all'Amministrazione titolare della competenza primaria o prevalente sull'opera, sugli interventi o sui programmi di intervento.

Competenza primaria è la competenza dell'amministrazione riguardo alla specifica opera, intervento o programma, mentre il riferimento a quella prevalente, introduce un criterio sussidiario configurabile quale parametro "economico-quantitativo, in relazione a una distribuzione delle parti dell'opera"⁶² o comunque in relazione alla fase più importante dell'*iter* realizzativo.

Viene, pertanto, in rilievo non solo il territorio (ovvero gli aspetti urbanistico-edilizi) se si tratta di enti territoriali, ma anche l'importo dell'opera, per cui potrebbe ravvisarsi la competenza prevalente nel soggetto economicamente più interessato come destinatario dei finanziamenti.

Nell'ipotesi in cui l'accordo sia assunto con decreto del Presidente della Regione, esso produrrà gli effetti dell'intesa *ex art.* 81 D.P.R. n. 616 del 1977, quando tale effetto sia necessario, cioè allorché si tratti di realizzare opere statali⁶³, determinando, conseguentemente e previo consenso del Comune interessato la variazione degli strumenti urbanistici, salva la ratifica del Consiglio comunale.

A seguito delle innovazioni apportate dalla legge n. 127 del 1997, che ha introdotto il comma 5-*bis* nell'art. 27 della legge n. 142 del 1990 (attuale comma 6 dell'art. 34 t.u. n. 267/2000), la procedura dell'accordo è obbligatoria nel caso in cui siano disponibili finanziamenti ed il progetto dell'opera pubblica sia compreso nei programmi dell'amministrazione. Nella ricorrenza di tali presupposti l'approvazione dell'accordo determina la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere.

Poiché l'accordo di programma può essere strumentale sia all'attuazione che alla definizione di programmi di intervento o di singoli interventi, sotto il profilo oggettivo finisce per coincidere con l'ambito della conferenza di servizi di cui all'art.

oppongono al riconoscimento dell'accordo come strumento di ordinaria amministrazione, ma sembrerebbero anzi esservi ragioni che sollecitano l'ammissibilità ampia e generalizzata del contratto d'oggetto pubblico".

⁶² V. G. GRECO, *Art. 27*, in ITALIA - BASSANI (a cura di), *Le autonomie locali. Commento alla legge 142/1990*, Milano, 1990, 390.

⁶³ L'accertamento di conformità di cui all'art. 81 del progetto di opera pubblica statale alla pianificazione urbanistica è rimesso al solo concerto tra autorità statali e regionali "mentre l'intervento dei Comuni interessati, e quindi la rilevanza dell'avviso da questi espresso nella procedura, è previsto soltanto quando l'opera da realizzare sia in contrasto con le norme di pianificazione urbanistica" (T.A.R. Lazio 24 ottobre 1980, n. 958, in *Trib. amm. reg.* 1980, I, 3466).

14 della legge n. 241 del 1990, come di recente modificato dall'art. 9 della legge 24 novembre 2000, n. 340⁶⁴, venendo a confluire nell'accordo le determinazioni delle amministrazioni che sono titolari di potestà coinvolte nel programma o progetto dell'accordo.

In sostanza il contenuto dell'accordo copre non soltanto l'approvazione dell'amministrazione competente in via principale ma anche gli atti di assenso ed i pareri necessari⁶⁵.

L'assimilazione dei due strumenti, quanto alle possibilità di utilizzazione non può tuttavia portare a negare le differenze tra i due istituti. La conferenza di servizi esaurisce la sua funzione in termini di modulo procedimentale quale unico procedimento preordinato (nel caso di conferenza decisoria) all'adozione di un provvedimento, mentre nell'accordo di programma si ravvisa oltre alla conclusione del procedimento un *quid pluris*, che connota l'accordo in termini contrattualistici, determinato dall'effetto costitutivo e di regolazione di un nuovo rapporto giuridico tra le parti di cui è fonte lo stesso accordo di programma, regolando tempi e modalità di azioni future che lo stesso accordo postula⁶⁶.

Inoltre mentre l'art. 34 del t.u. n. 267 si riferisce alla "definizione ed attuazione" di "opere", e ad "opere, interventi o programmi di intervento", l'art. 14 della legge n. 241 si riferisce all'esame contestuale di vari interessi pubblici coinvolti e quindi non ha nessuna limitazione di oggetto.

Nell'ambito urbanistico la conferenza di servizi si è affermata quale strumento ordinario per il conseguimento dell'intesa ex art. 81 del D.P.R. n. 616 del 1977, in seguito alla disciplina introdotta dal D.P.R. n. 383 del 1994 che ha abrogato i commi 2 e 3 dell'art. 81, - i quali prevedevano in modo generico la possibilità di acquisire le intese per opere di interesse statale - ed ha disciplinato il procedimento per l'acquisizione delle intese stesse mediante una conferenza di servizi nel caso di difformità urbanistica, la cui indizione è anticipata e non condizionata all'esito negativo del riscontro, in quanto può essere convocata prima o nel corso dell'accertamento di conformità⁶⁷.

Le modifiche introdotte all'istituto dalla legge n. 127 del 1997 e, da ultimo, con la legge di semplificazione n. 340 del 2000, ne hanno accentuato il carattere di strumento di coordinamento.

In particolare il nuovo art. 14-*quater* della legge n. 241, come sostituito dall'art. 12 della legge n. 340 del 2000, abbandona il complesso meccanismo di superamento del

⁶⁴ Disposizioni per la delegificazione di norme e per la semplificazione di procedimenti amministrativi, in G.U. n. 275 del 24 novembre 2000.

⁶⁵ V. G. GRECO, *op. ult. cit.*, 379 e ss.

⁶⁶ Sulla distinzione tra accordi di programma e conferenza di servizi cfr. V. PERULLI, *Conferenza di servizi e accordi di programma*, in *Lo snellimento dell'attività amministrativa. Commento alla L. 127/97*, (a cura di V. Italia), Milano, 1997, 239 e ss.; G. GRECO, *Accordi di programma e procedimento amministrativo*, in *Dir. ed econom.*, 1991, 330 e ss.; R. SCIULLO, *Sintonie e dissonanze tra le L. 8 giugno 1990 n. 142 e 7 agosto 1990 n. 241*, in *Foro amm.*, 1990, p. 2198; L. PERFETTI, *L'amministrazione per accordi dell'esecuzione dei lavori pubblici. Conferenza di servizi ed accordo di programma nella l. 109/94*, in *Dir. amm.*, n. 4/1997; A. CIMELLARO - A. FERRUTI, *La conferenza di servizi e l'accordo di programma*, cit., 91.

⁶⁷ Con argomentazioni che appaiono estensibili anche alla procedura di cui al D.P.R. n. 383 del 1994, il Consiglio di Stato ha ritenuto sussumibili sotto l'art. 81, comma 2, anche le opere di interesse statale di cui al comma 3, in quanto i commi 2 e 3 vanno considerati in *continuum*, appartengono ad uno stesso contenuto logico e corrispondono alla medesima finalità di assicurare un meccanismo di soluzione ai potenziali conflitti tra autorità statali e locali in merito alla localizzazione di opere pubbliche sovra regionali (Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 1985, n. 197, in *Foro it.*, 1985, III, 359).

dissenso, previsto dalla precedente formulazione dell'art. 14 (comma 3-bis), imperniato sul potere di sospensione degli organi di vertice dell'amministrazione dissenziente, il cui mancato esercizio determinava l'esecutività della deliberazione assunta, consentendo più semplicemente la possibilità deliberare sulla base della maggioranza delle posizioni espresse in sede di conferenza di servizi.

Nel regime previgente il ricorso alla conferenza di servizi era obbligatorio solo nelle ipotesi di programmazione, progettazione, localizzazione, decisione o realizzazione di opere pubbliche o programmi operativi di importo iniziale complessivo superiore a lire 30 miliardi (art. 14-*bis* della legge n. 241 del 1990, introdotto dalla legge n. 127 del 1997), configurandosi nella generalità dei casi l'indizione della conferenza come una facoltà dell'amministrazione, alla quale era riservata un'ampia discrezionalità in ordine all'opportunità di valersi di tale strumento procedimentale⁶⁸.

Con la nuova formulazione dell'art. 14 comma 2, come risultante dalla legge annuale di semplificazione, il ricorso alla conferenza di servizi (decisoria) è obbligatorio in tutti i casi in cui le intese, concerti, nulla osta o assensi comunque denominati, formalmente richiesti dall'amministrazione precedente, non siano stati ottenuti entro quindici giorni dall'inizio del procedimento, valorizzando la finalità di strumento di accelerazione.

L'utilizzazione dell'istituto è prevista anche per l'esame contestuale di interessi coinvolti in più procedimenti amministrativi connessi, riguardanti medesime attività o risultati (conferenza istruttoria interprocedimentale), con una maggiore semplificazione relativamente all'indizione cui potrà provvedere, anche su richiesta di qualsiasi altra amministrazione coinvolta, previa informale intesa, una delle amministrazioni che curano l'interesse pubblico prevalente (art. 14, comma 4-*bis* nel testo risultante dalla legge n. 127 del 1997 – art. 14, comma 3 nel testo modificato dall'art. 9 dalla legge n. 340 del 2000).

Nel nuovo testo, introdotto dalla legge n. 340 del 2000, è venuto meno il riferimento, ai fini dell'indizione, all'amministrazione competente a concludere il procedimento che cronologicamente deve precedere gli altri connessi, mentre, per i lavori pubblici, vi è un richiamo all'art. 7 della legge n. 109 del 1994, che implica l'indizione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

La legge n. 127 del 1997 ha esteso l'applicazione degli strumenti di semplificazione anche alle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesistico territoriale e della salute, con la previsione di superabilità della loro opposizione, allorché sia comunque intervenuta una valutazione di impatto ambientale positiva⁶⁹.

⁶⁸ T.A.R. Puglia, Lecce, 26 novembre 1993, n. 573, in *Foro amm.*, 1994, I, 1248.

⁶⁹ Il Cons. Stato, con il parere n. 1622 del 5 novembre 1997 (sez. I, in *Riv. giur. ed.* 1998, I, 435 con nota di F. Basile) ha tuttavia sancito l'inapplicabilità di talune novità introdotte da quest'ultima legge (c.d. Bassanini 2) alla conferenza di servizi di cui al D.P.R. n. 383/1994 e precisamente delle seguenti disposizioni dell'art. 17 modificative dell'art. 14 della legge n. 241: comma 2 che introduce il comma 3-*bis* dell'art. 14 (sulla possibilità di superare il dissenso di una delle amministrazioni partecipanti tramite comunicazione al Presidente del Consiglio, se si tratti di amministrazioni statali, o al Presidente della Regione o al Sindaco), comma 3 che sostituisce il comma 4 dell'art. 14 (sulla possibilità di superare il dissenso di una delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute, purchè non vi sia stata una precedente V.I.A. negativa, tramite determinazione di conclusione del procedimento da parte del Presidente del Consiglio), comma 4 che introduce il comma 4-*bis* dell'art. 14 (sulla possibilità di indire la conferenza da parte di una delle amministrazioni che curano l'interesse pubblico prevalente o dall'amministrazione competente a concludere il procedimento che cronologicamente deve precedere gli altri connessi) ed 11 (che stabilisce che le disposizioni di cui ai commi 2-*bis*, 3-*bis* e 4 dell'art. 14 della legge n. 241, introdotte dall'art. 17 della Bassanini, si applicano anche

L'art. 14-*quater* (comma 3), come riformulato dall'art. 12 della legge n. 340 del 2000, conferma la superabilità del motivato dissenso tramite la rimessione al Consiglio dei ministri, ove l'amministrazione dissenziente o quella precedente sia un'amministrazione statale, ovvero ai competenti organi collegiali esecutivi degli enti territoriali, nelle altre ipotesi, precisando i termini di assunzione delle decisioni. Quanto all'ambito soggettivo di applicazione, mentre l'art. 14 della legge n. 241 ha portata generale, l'accordo di programma, in base al comma 8 dell'art. 27 della legge n. 142 del 1990, sembrava limitato alle opere, interventi o programmi di intervento di competenza delle Regioni, delle Province o dei Comuni.

La formulazione della disposizione pareva riferibile non a tutti gli accordi comprendenti gli Enti Locali, ma solo a quelli relativi ad interventi in cui la competenza di questi enti fosse "primaria o prevalente"⁷⁰.

Nonostante il tenore letterale della disposizione e benché le amministrazioni statali siano escluse dal potere di iniziativa, poteva comunque ritenersi l'ambito oggettivo dell'accordo esteso alle opere pubbliche di interesse statale, non comprendendosi altrimenti il richiamo agli effetti dell'art. 81 D.P.R. n. 616 del 1977, di cui al comma 4 dell'art. 27⁷¹.

L'art. 34 del t.u. n. 267 non ha, tuttavia, ripetuto la previsione del comma 8 dell'art. 27.

Inoltre, con l'entrata in vigore della legge n. 109 del 1994, il richiamo all'accordo di programma di cui all'art. 27 della legge n. 142 da parte dell'art. 7 comma 6, implica la possibilità di applicare la norma anche se l'accordo non sia promosso da un Ente Locale.

L'art. 7 della legge n. 109 del 1994, a differenza dell'art. 34 del t.u. n. 267, che individua il soggetto competente alla promozione dell'accordo nel Presidente della Provincia o della Regione ovvero nel Sindaco del Comune, si riferisce, infatti, all'amministrazione aggiudicatrice, consentendo la possibilità di promuovere l'accordo di programma anche da parte di un soggetto diverso dall'Ente Locale, allorché si tratti di un accordo finalizzato alla realizzazione di un'opera pubblica, in coerenza con il processo di estensione dei moduli procedurali consensuali avviato già dalla legge n. 127 del 1997.

L'art. 14 della legge n. 340 del 2000 ha, poi, abrogato i commi da 7 a 14 dell'art. 7 della legge n. 109, come da ultimo sostituito dall'art. 5 della legge 18 novembre 1998, n. 415, riconducendo ad unità il sistema, mediante l'eliminazione delle specifiche disposizioni ivi contemplate, applicabili alla conferenza di servizi per la realizzazione delle opere pubbliche, che si sovrapponevano alla disciplina generale prevista dagli artt. 14 e seguenti della legge n. 241.

Le nuove disposizioni introdotte dalla legge n. 340 recepiscono tuttavia gran parte delle innovazioni apportate dall'art. 7 della legge n. 109, come l'obbligatorietà del ricorso alla conferenza di servizi, già prevista dal comma 7 e generalizzata dall'art. 14 comma 2, nuova versione della legge n. 241, e la possibilità di portare in conferenza di servizi anche il progetto preliminare.

L'art. 14 della legge n. 241 si riferisce infatti a una fase procedimentale non definita; tuttavia l'acquisizione di intese, nullatosta, o atti di assenso di solito si rileva necessaria quando vi è già un progetto, tant'è che in base all'abrogato comma 8 dell'art. 7 della legge 109, in sede di conferenza di servizi le amministrazioni si

alle altre conferenze di servizi previste dalle vigenti disposizioni di legge.

⁷⁰ In tal senso G. MANFREDI, *Modelli contrattuali dell'azione amministrativa: gli accordi di programma* in *Le Regioni*, 1992, 359.

⁷¹ Così G. GRECO, *Accordi di programma e procedimento amministrativo*, cit., 339.

esprimono sul progetto definitivo, che, ai sensi dell'art. 16 "contiene tutti gli elementi necessari ai fini del rilascio delle prescritte autorizzazioni ed approvazioni". Anche dopo l'abrogazione del richiamato comma 8 dell'art. 7 è comunque sempre il progetto definitivo l'oggetto della conferenza decisoria.

La disposizione abrogata già contemplava la facoltà di esprimersi in conferenza di servizi anche sul progetto preliminare al fine di concordare le condizioni per ottenere, sul progetto definitivo, le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e gli assensi necessari⁷², configurando la conferenza come istruttoria.

Il comma 2 dell'art. 14-*bis*, nella nuova formulazione, rende obbligatorio, nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico, il ricorso alla conferenza di servizi già sul progetto preliminare, specificando che la conferenza "si esprime" (mentre la disposizione previgente prevedeva che la conferenza "può esprimersi") sul progetto preliminare, e muta in parte il carattere istruttorio della conferenza. Il fine della conferenza sul preliminare è sempre quello "di indicare quali siano le condizioni per ottenere, sul progetto definitivo, le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e gli assensi, comunque denominati, richiesti dalla normativa vigente". Con la nuova formulazione della norma, in sede di conferenza, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute, se la documentazione consente già un esame adeguato "si pronunciano, per quanto riguarda l'interesse da ciascuna tutelato, sulle soluzioni progettuali prescelte", indicando, entro quarantacinque giorni, le condizioni e gli elementi necessari per l'emanazione degli atti di assenso di propria competenza in sede di presentazione del progetto definitivo, che in base al successivo comma 5, sarà oggetto della conferenza di servizi decisoria.

Dal tenore della disposizione sembra, inoltre, che tale pronuncia possa configurarsi quale esercizio del potere di autorizzazione, nell'ipotesi in cui vi siano elementi preclusivi della realizzazione del progetto, abilitando le predette amministrazioni al diniego del consenso, in una prospettiva di economia procedimentale, confermata dal successivo comma 3.

L'intento del legislatore di indurre comunque le amministrazioni a pronunciarsi anche in assenza di tutti gli elementi per l'espressione degli atti definitivi di assenso rimessi alle stesse, che si avranno solo con la progettazione definitiva, trova conferma nel comma 4 dell'art. 14-*bis*, a tenore del quale la conferenza di servizi "si esprime allo stato degli atti a sua disposizione". Le relative indicazioni si configurano come un autovincolo per l'emanazione dei provvedimenti definitivi, in quanto "possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nelle fasi successive del procedimento, anche a seguito delle osservazioni dei privati sul progetto definitivo", rendendo necessaria una puntuale motivazione sulle ragioni, riconducibili unicamente a circostanze sopravvenute, che inducono a discostarsi dalle valutazioni operate in sede di conferenza sul progetto preliminare.

⁷² La nuova formulazione dell'art. 14-*bis*, comma 1, introdotta dall'art. 10 della legge n. 340 del 2000, generalizza tale possibilità, estendendola anche alle attività dei privati (art. 14, comma 4), prevedendo che la conferenza di servizi può essere convocata per progetti di particolare complessità, su motivata e documentata richiesta dell'interessato, prima della presentazione di una istanza o di un progetto definitivo, al fine di verificare quali siano le condizioni per ottenere, alla loro presentazione, i necessari atti di consenso. In tale caso la conferenza si pronuncia entro trenta giorni dalla data della richiesta e i relativi costi sono a carico del richiedente.

Anche la relazione tra la conferenza di servizi e la pronuncia sull'impatto ambientale risponde alla logica di accelerazione che ispira il nuovo intervento legislativo.

In base all'art. 2 del D.P.C.M. 10 agosto 1988, n. 377 si intendono per progetti delle opere, oggetto della valutazione di impatto ambientale, i progetti di massima delle opere stesse, prima che i medesimi vengano inoltrati per i pareri, le autorizzazioni, i nulla-osta e gli altri atti previsti dalla normativa vigente. Coerentemente con tale disposizione l'art. 7 comma 8 della legge 109 disponeva che la conferenza di servizi sul progetto definitivo, seguiva la pronuncia sulla valutazione d'impatto ambientale, da rendersi nel termine di novanta giorni dalla richiesta, trascorso il quale l'amministrazione competente doveva esprimersi in sede di conferenza di servizi. Tale principio è confermato dall'art. 14-ter, comma 4, nella nuova formulazione introdotta dall'art. 11 della legge n. 340, a tenore del quale la conferenza di servizi si esprime dopo aver acquisito la valutazione d'impatto ambientale. Tuttavia per consentire l'espressione della conferenza sul progetto preliminare anche con riguardo ai casi in cui è richiesta la VIA, in base al comma 3 dell'art. 14-bis, la conferenza di servizi si esprime entro trenta giorni dalla conclusione della fase preliminare di definizione dei contenuti dello studio d'impatto ambientale. La dizione poco chiara della norma lascia spazio a varie ipotesi circa l'identificazione della fase procedimentale richiamata, che non è agevolmente identificabile in base al rinvio a "quanto previsto in materia di Via". Una delle possibili soluzioni, ma si tratta di mera ipotesi interpretativa, è il riferimento alla conclusione della fase istruttoria con parere motivato, sulla base degli studi effettuati dal proponente, di cui all'art. 6 del D.C.P.M. del 27 dicembre 1988, che precede la pronuncia sulla compatibilità ambientale di cui all'art. 6 della legge n. 349 del 1986⁷³.

Il comma 3 dell'art. 14-bis prevede che nel caso di mancata conclusione di tale fase preliminare entro novanta giorni, la conferenza di servizi si esprime comunque entro i successivi trenta giorni e la procedura di Via si innesta nella conferenza, dovendosi l'autorità competente pronunciarsi sulle condizioni per la elaborazione del progetto e dello stesso studio di impatto ambientale. Le valutazioni operate in conferenza di servizi confluiscono nella procedura di Via, costituendone parte integrante ed avendo ad oggetto l'esame, da parte dell'autorità competente alla pronuncia di compatibilità ambientale, di tutte le possibili alternative, compresa l'alternativa zero, e l'incompatibilità, anche con riferimento alla localizzazione prevista dal progetto, con l'obbligo di specificare, nei casi in cui non ricorrano tali ipotesi, - nello stesso ambito della conferenza di servizi - le condizioni per ottenere, in sede di presentazione del progetto definitivo, i necessari atti di consenso.

Il nuovo regime degli atti di consenso delle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute ed alla Via, appare ispirato ad esigenze di economia procedimentale e di accelerazione, consentendo di anticipare alla fase di esame del progetto preliminare i contenuti dell'esercizio dei poteri autoritativi delle amministrazioni alle quali spetta il rilascio degli atti di assenso, che possono bloccare la realizzazione delle opere pubbliche. L'intento del legislatore è quello di evitare il passaggio alla successiva

⁷³ L'art. 21 del regolamento include, tra i documenti che compongono il progetto preliminare, lo studio di prefattibilità ambientale che, nel caso di interventi ricadenti sotto la procedura di valutazione di impatto ambientale, contiene le informazioni necessarie allo svolgimento della fase di selezione preliminare dei contenuti dello studio di impatto ambientale. Tuttavia, a parte la non coincidenza tra lo studio di prefattibilità ambientale e quello di impatto ambientale vero e proprio, non si tratterebbe di una disposizione rientrante nelle previsioni in materia di Via, per cui non sarebbe operante il richiamo operato dal comma 3 dell'art. 14-bis della legge n. 241.

fase di progettazione definitiva, restringendo le possibilità di integrare o modificare le indicazioni rese in sede di esame del progetto preliminare (art. 14-*bis* comma 4) e nel contempo di evitare il conseguente dispendio di risorse e tempi, allorché già in sede di conferenza sul progetto preliminare non emergano le condizioni per la realizzabilità dell'opera.

La nuova formulazione dell'art. 14-*quater* risultante dall'art. 12 della legge n. 340 del 2000, riproduce il contenuto dell'art. 7, comma 13 della legge n. 109, sulla necessità che il dissenso oltre che motivato, congruamente, deve, a pena di inammissibilità, recare le specifiche indicazioni delle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'assenso, con l'ulteriore limitazione in ordine all'oggetto del dissenso, che deve essere "pertinente" cioè non può riferirsi a questioni connesse, non potendo la valutazione richiesta all'amministrazione esulare dall'ambito dello specifico oggetto della conferenza.

L'innovazione di maggior rilievo è costituita dalla possibilità, introdotta dal comma 2 dell'art. 14-*quater*, di assumere comunque la determinazione di conclusione del procedimento a maggioranza, salve le ipotesi in cui il dissenso provenga da un'amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute, in cui si applica la specifica procedura prevista dal successivo comma 3.

Le modifiche apportate dalla legge n. 340 del 2000 all'art. 7 della legge n. 109, non hanno interessato la possibilità di ricorso all'accordo di programma, prevista dal comma 6.

Secondo un'opinione⁷⁴ il comma 4-*quinqüies* dell'art. 7 della legge n. 109, modificato dalla legge n. 549 del 1995 e poi abrogato dalla legge n. 415 del 1998, che però ne ha trasfuso i contenuti nel richiamato comma 6 - nella parte in cui prevede che ove si renda necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni statali, regionali e locali, l'amministrazione aggiudicatrice su proposta del responsabile unico del procedimento provvede alla promozione della conclusione di un accordo di programma ai sensi dell'art. 27 della legge n. 142 del 1990 - dispiega il suo ruolo soprattutto nella fase dell'esecuzione dell'opera, riferendosi specificamente al progetto esecutivo, essendo la possibilità di dar corso all'accordo di programma prevista "per la realizzazione del lavoro pubblico".

L'accordo di programma interverrebbe, quindi, nella fase di approvazione del progetto esecutivo, consentendo l'eventuale rilascio della concessione edilizia anche se non conforme al piano regolatore comunale, in coerenza con la modifica urbanistica oggetto della conferenza.

La necessità di procedure concertate appare tuttavia rilevante, ed anche in misura maggiore rispetto alla fase esecutiva, già in sede di programmazione, come risulta dai recenti sviluppi della legislazione, in particolare dalla legge n. 663 del 1996⁷⁵.

D'altra parte l'accordo di programma si pone "in rapporto di *species a genus* rispetto alla più generale fattispecie di accordo organizzativo di cui all'art. 15 della legge n. 241 del 1990"⁷⁶, nei confronti del quale si caratterizza per la maggiore complessità strutturale ed al contempo per la "più incisiva effettualità, rappresentata dall'idoneità

⁷⁴ L. PERFETTI, *L'amministrazione per accordi dell'esecuzione dei lavori pubblici*, cit., 624.

⁷⁵ Cfr. S. AMOROSINO, *Gli accordi di programma tra amministrazioni (ed i contratti di programma) nelle pianificazioni di sviluppo*, in *Stato ed economia. Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Milano, 1984, 23, che distingue tra accordo che interviene nella fase programmatoria e contratto inserito in quella esecutiva.

⁷⁶ Così R. FERRARA, *Gli accordi di programma*, Padova, 1993, 132.

a produrre effetti tipici in materia urbanistica e di edilizia⁷⁷, assimilandosi all'accordo organizzativo per il suo carattere programmatico.

Non sembra invocabile, per escludere il ricorso all'accordo di programma quale strumento di pianificazione, l'art. 13 della legge n. 241 del 1990 che ha il limitato scopo di precludere, nei casi di attività programmatica e pianificatoria, quel particolare tipo di partecipazione previsto dalla legge n. 241, in ragione della specialità del sistema di emersione degli interessi e quindi di partecipazione, disciplinato in relazione ai diversi procedimenti di pianificazione.

In più la possibilità di ricorrere all'accordo sui provvedimenti di pianificazione deriva dalla disciplina urbanistica, quindi "dalle particolari norme che ne regolano la formazione" (art. 13, comma 1, ultima parte).

Trattandosi di ipotesi di accordo sul contenuto del provvedimento, potranno peraltro applicarsi per analogia le previsioni dell'art. 11 e quindi la disciplina del recesso per sopravvenienza di motivi di pubblico interesse, che comporta la corresponsione di un indennizzo in relazione ai danni causati al privato.

Nell'originaria impostazione legislativa dell'accordo di programma, scaturente dalle norme anteriori alla legge n. 142 del 1990, in particolare dall'art. 25 della legge n. 210 del 1985 (Istituzione dell'Ente ferrovie dello Stato), dall'art. 7 della legge n. 64 del 1986 sull'intervento straordinario nel Mezzogiorno, dall'art. 4 della legge n. 305 del 1989 (Programmazione triennale per la tutela dell'ambiente), dall'art. 7 della legge n. 385 del 1990 (Disposizioni in materia di trasporti), vi era una stretta correlazione tra la programmazione e l'accordo di programma finalizzato proprio a soddisfare le esigenze di coordinamento insite nella funzione programmatica, che consiste appunto nel coordinamento dell'attività di pubblici poteri⁷⁸.

In particolare nel sistema di cui alla legge n. 64 del 1986, secondo un metodo che ha in qualche misura ispirato il legislatore della Merloni, la programmazione è articolata sul programma triennale di sviluppo, approvato dal CIPE e sul piano annuale di attuazione, da approvarsi contestualmente all'aggiornamento del programma triennale ed il livello di coordinamento relativo alla fase di gestione della programmazione, si attua con gli accordi di programma, che si atteggiano quindi quali strumenti di programmazione esecutiva⁷⁹.

Soltanto con la legge n. 142 del 1990 l'accordo di programma assume per obiettivo non solo la "definizione o attuazione" di programmi di intervento, ma anche singoli interventi ed opere.

L'accordo di programma può quindi avere ad oggetto anche la mera programmazione e localizzazione dell'intervento, nonché la pianificazione urbanistica, generale ed attuativa, che può rientrare nell'ampia dizione di programmi di intervento, adottata

⁷⁷ Così S. FANTINI, *Posizione del terzo rispetto agli effetti dell'accordo di programma e sistemi di tutela*, in *Giust. civ.*, 1996, 196.

⁷⁸ Cfr. M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1989, 284.

⁷⁹ Sulla programmazione e gli accordi di programma nella legislazione sull'intervento straordinario nel Mezzogiorno, cfr. A. AMOROSINO, *I procedimenti di programmazione degli interventi straordinari nel Mezzogiorno: profili organizzatori e precettivi*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, vol. I, Milano 1988, 23; A. QUARANTA, *Gli accordi di programma di cui alla legge 1 marzo 1986 sul Mezzogiorno*, in *Cons. Stato*, 1987, II, 291; G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale – Tecniche e garanzie*, Milano, 1996, 258, il quale evidenzia la portata razionalizzante dell'accordo di programma quale "momento negoziale che può variamente accedere tanto al livello della pianificazione di massima preliminare, quanto a quello della pianificazione attuativa annuale, secondo una logica non già di prefigurazione rigida con la quale si vedono normalmente realizzati i fenomeni di programmazione nel nostro ordinamento, ma secondo un criterio elastico di funzionalità che ha riguardo esclusivamente alla utilità da assicurare nei singoli contesti concreti."

dal comma 1 dell'art. 34 del t.u. n. 267 del 2000, accanto alle opere ed interventi, per definire il campo di applicazione dell'istituto.

Rispetto al sistema classico di localizzazione delle opere pubbliche di cui all'art. 81 del D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616, l'accordo di programma consente la preliminare considerazione ed acquisizione dei diversi interessi di settore cui sono preposte amministrazioni differenti da quelle titolari delle competenze in materia di pianificazione urbanistica⁸⁰.

In giurisprudenza⁸¹ è stata affermato che la modifica di un piano territoriale paesistico può rientrare nel contenuto di un accordo di programma, proprio sul presupposto della portata generale dello strumento dell'accordo di programma, i cui limiti oggettivi devono essere individuati con il solo riferimento all'ampia definizione contenuta nel primo comma dell'art. 34 cit., che evidenzia l'intenzione del legislatore di rendere il più possibile generale l'istituto.

D'altra parte il limite dell'utilizzazione dell'accordo di programma per procedimenti di pianificazione urbanistica si identifica nelle esigenze di partecipazione e contraddittorio degli interessati che, ove previste da una specifica disciplina legislativa, non potrebbero essere pretermesse in ragione della concentrazione procedimentale in cui si sostanzia l'accordo.

Dopo le pronunce della Corte costituzionale⁸², nel senso della legittimità delle norme che nell'ambito degli accordi di programma o delle conferenze di servizi, consentono l'introduzione di varianti automatiche alle previsioni urbanistiche, il problema attiene al rispetto della procedura prevista per l'adozione, in sede ordinaria, delle varianti, ove è prevista una partecipazione della collettività⁸³.

Prima dell'entrata in vigore del D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327⁸⁴, una possibile soluzione era costituita dall'individuazione, all'interno del procedimento in cui si articola l'accordo di programma, di meccanismi idonei ad assicurare lo stesso livello

⁸⁰ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1985, 4 e ss.

⁸¹ Cons. Stato, VI, sez. 5 gennaio 2001, n. 25; la sentenza richiama l'art. 15 della legge n.241/90, configurando l'accordo di programma come una *species* degli accordi organizzativi di cui all'art.15, una sotto-categoria relativa ad un'individuata fattispecie, chiarendo che la partecipazione all'accordo di un organo non competente comporta "*l'impegno da parte di questi a sottoporre la questione all'organo competente, la cui decisione dovrà essere istruita e motivata anche con specifico riferimento all'accordo di programma (nel senso che un eventuale decisione in senso diverso da quanto previsto nell'accordo dovrà essere supportata da adeguata istruttoria e motivazione).*"

⁸² Corte cost., sent. 31 gennaio 1991, n. 37; Corte cost., sent. 16 febbraio 1993, n. 62; Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 348.

⁸³ Sul punto cfr. G. GRECO, *Accordi di programma e procedimento amministrativo*, cit., 344; nel senso dell'ammissibilità di accordi di programma aventi ad oggetto la pianificazione urbanistica, cfr. pure G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 275; E.M. MARENGHI, *Il sistema amministrativo locale*, in *Tratt. Santaniello*, vol. XXIV, Padova, 1994, 180, esclude l'esistenza di una regola assoluta che vieti o consenta l'utilizzazione dell'accordo per i procedimenti urbanistici. In giurisprudenza cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 gennaio 2001, n. 25, in *Urb. e App.*, n. 3/2001, 305, con nota di commento di Mucio, che, ammettendo la possibilità del ricorso all'accordo di programma per la variante ai piani territoriali paesistici, considera l'accordo di programma strumento di portata generale, i cui limiti oggettivi devono essere individuati con il solo riferimento all'ampia definizione, contenuta nel comma 1 dell'art. 27 della legge n. 142/1990, sul rilievo che l'individuazione dell'ambito oggettivo in modo ampio ed anche generico, evidenzia l'intenzione del legislatore di rendere tale strumento il più possibile generale

⁸⁴ Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità. (Testo A), modificato con il D.Lgs. 27 dicembre 2002, n. 302.

di partecipazione pubblica che si riscontra nell'adozione della pianificazione urbanistica con i procedimenti ordinari, sull'esempio di alcune legislazioni regionali⁸⁵.

⁸⁵ La legge regionale Emilia-Romagna n. 6 del 1995 (art. 14) disciplina una fase intermedia tra le trattative e la conclusione dell'accordo, che rappresenta una fase procedimentale analoga a quella prevista per l'approvazione in via ordinaria del piano regolatore, configurandosi il progetto di accordo alla stregua di una variante già adottata dal Consiglio comunale. La norma prevede la pubblicazione del progetto di accordo di programma corredato da adeguata rappresentazione grafica con la possibilità per gli interessati di presentare osservazioni, di cui le amministrazioni interessate devono tener conto al momento della conclusione dell'accordo.

In termini analoghi la legge regionale Toscana n. 5 del 1995, all'art. 36 ("Accordi di pianificazione") prevede la nomina da parte del soggetto promotore dell'accordo, all'atto dell'avvio del procedimento, di un garante dell'informazione, il deposito dell'accordo di pianificazione dopo la conclusione presso la sede degli enti interessati e la correlativa pubblicità sul B.U.R. e sulla stampa locale, cui consegue la possibilità per gli interessati di prendere visione dell'accordo, di presentare osservazioni delle quali le amministrazioni interessate dovranno tener conto, motivando espressamente le determinazioni conseguenti, in sede di approvazione e ratifica.

Sul problema della partecipazione nel procedimento di espropriazione, che scaturisce dalla dichiarazione di pubblica utilità implicita, vi sono state due recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (Ad. plen., 15 settembre 1999, n. 14; 24 gennaio 2000 n. 2, con nota di commento di Alesio M., *Il giusto procedimento espropriativo, secondo gli orientamenti dell'Adunanza Plenaria*, in www.giustizia.it, n. 4/2000, su cui cfr. pure, Cons. Stato, sez. IV, ord. 23 maggio 2000 n. 2466, con nota di A. Biamonte), che pur essendo riferite alla procedura di cui all'art. 1 della legge n. 1 del 1978, assumono una portata estensibile a tutti i casi di dichiarazione di pubblica utilità implicita. L'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 14 del 1999, ha statuito che la legge n. 241 del 1990 "tra l'altro, ha esteso il giusto procedimento, anzi la partecipazione, perché applicabile anche ai procedimenti diversi da quelli restrittivi della sfera giuridica degli interessati, per l'innanzi adottata soltanto per singoli procedimenti, alla generalità dei procedimenti amministrativi, (...). Pertanto, la tesi secondo cui la norma sull'avviso di procedimento non si applicherebbe alla dichiarazione di pubblica utilità implicita equivale ad espungere dall'ambito del giusto procedimento, fuori dai casi previsti dalla legge, un procedimento amministrativo autonomo. Né ora, nell'attuale contesto normativo diretto a garantire la partecipazione potrebbe valere a tal fine una partecipazione differita, successiva alla dichiarazione di pubblica utilità ed all'occupazione d'urgenza. Questa, infatti, oltre a intervenire in una situazione di fatto irreversibile resterebbe comunque esterna allo sviluppo procedimentale della dichiarazione di pubblica utilità, che risulterebbe priva di garanzia partecipativa. (...). Ciò posto, va richiamato che il procedimento di dichiarazione di pubblica utilità non è del tutto carente di disciplina di partecipazione, in quanto gli artt. 10 e 11 della legge n. 865 del 1971, ne regolano la forma esplicita secondo il consueto modulo: deposito atti – osservazioni – decisione sulle stesse. In presenza del criterio orientativo del "giusto procedimento", non par dubbio che le norme previste per la dichiarazione di pubblica utilità esplicita debbano valere, in quanto compatibili, per la dichiarazione implicita. A parte ciò, non vi sono ostacoli a che, prima dell'approvazione del progetto definitivo, che equivale a dichiarazione di pubblica utilità, urgenza ed indifferibilità, si svolga dinanzi all'organo competente, secondo la sequenza: deposito atti – osservazioni – decisioni sulle stesse, il giusto procedimento; quest'ultimo, infatti, resiste alla sostituzione di una decisione pluristrutturata con una monostrutturata, come già nella vicenda della soppressione dell'approvazione regionale sugli strumenti urbanistici attuativi (art. 24, legge n. 47 del 1985), che ha devoluto all'organo comunale la competenza a decidere le osservazioni degli interessati." La successiva sentenza del 24 gennaio 2000 n. 2 ha confermato che, poiché l'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 ha l'effetto sul procedimento di approvazione dell'opera pubblica di orientare all'applicazione analogica alla dichiarazione di pubblica utilità implicita - della disciplina sulla partecipazione nella dichiarazione di pubblica utilità esplicita (art. 101, legge n. 865/1971), anche l'approvazione del progetto dell'opera pubblica ex art. 1 legge n. 1/1978, nella quale è insita la dichiarazione di pubblica utilità, presuppone, quindi, le preventive misure di partecipazione (deposito e notificazione del progetto, osservazioni degli interessati, pronuncia sulle stesse) di cui all'art. 10 legge n. 865/1971. In senso critico, cfr. M.

Il T.U. 327 del 2001 risolve sia le questioni relative agli effetti di pianificazione urbanistica degli strumenti di amministrazione consensuale, sia, coerentemente quelle concernenti la partecipazione al procedimento.

L'art. 10 comma 1 dispone che in assenza di pianificazione urbanistica generale relativa all'opera pubblica o di pubblica utilità, il vincolo preordinato all'esproprio può essere disposto, su iniziativa dell'interessato ai sensi dell'art. 14, comma 4, della legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero su iniziativa dell'amministrazione competente all'approvazione del progetto, mediante una conferenza di servizi o un accordo di programma.

Viene quindi definitivamente sancita la possibilità per l'accordo di programma e la conferenza di servizi di produrre effetti di variante al piano urbanistico⁸⁶.

Il richiamo al comma 4 dell'art. 14 della legge n. 241 del 1990, vale ad estendere tale possibilità ad opere private, in quanto la disposizione richiamata consente il ricorso alla conferenza di servizi ai casi in cui l'attività del privato sia subordinata ad atti di consenso, comunque denominati, di competenza di più amministrazioni pubbliche.

Tale potenzialità è attribuita anche all'intesa ovvero ad ogni altro atto, «*anche di natura territoriale*», ma, per quest'ultima categoria, solo se l'effetto di variante sia espressamente previsto dalla disciplina specifica.

Il legislatore ha utilizzato un'espressione volutamente generica per contemplare, oltre alle intese, i vari strumenti di programmazione territoriale sovracomunale quali patti territoriali, accordi di programma quadro, senza che questo implichi una rottura del sistema in quanto, a differenza degli accordi di programma e delle conferenze di servizi, l'effetto di variante deve essere espressamente attribuito dalla normativa statale o regionale applicabile.

La valenza in termini di apposizione di vincolo preordinato all'esproprio dell'atto, è subordinata sia ai fini di responsabilizzazione dell'amministrazione che di conoscenza dell'interessato, alla circostanza che se ne dia atto espressamente.

Va tuttavia considerato che in base alla vigente formulazione dell'art. 14-*quater*,

BORGIO, *Il "giusto procedimento espropriativo". Prime riflessioni sulla sentenza 15 settembre 1999 n. 14 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in www.giustizia.it, cit., il quale osserva che “prevedere, infatti, che, prima dell'approvazione del progetto, si svolga il procedimento, alquanto lungo e farraginoso, di cui agli artt. 10 e ss. della legge n. 865/71, significa mettere una vera e propria zavorra ai piedi dell'*iter* realizzativo dell'opera pubblica”.

⁸⁶ Cfr. L. MARUOTTI, in F. Caringella - G. De Marzo - R. De Nictolis - L. Maruotti, *L'espropriazione per pubblica utilità - Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 come modificato dal D.Lgs. 302/2002*, II ed., Milano, 2003, 134, il quale rileva che in il comma 1 dell'art. 10 pur non avendo rinnovato il procedimento di perfezionamento della conferenza dei servizi, dell'accordo di programma e dell'intesa, ha sancito il principio per cui ognuno di questi atti è idoneo a imporre vincoli preordinati all'esproprio, nel rispetto della delega di cui alla legge n. 59 del 1997, derivante dal rilievo attribuito a tali istituti nell'ambito del procedimento espropriativo e dalle strettissime interferenze tra tali procedimenti e gli aspetti della pianificazione del territorio. R. DAMONTE, *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico - D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 - Commentario* a cura di F. Caringella - G. De Marzo, Milano, 2002, 134, ritiene che la conferenza di servizi prevista dal testo unico, seppure di carattere facoltativo in quanto compete all'amministrazione che deve approvare il progetto la scelta di utilizzare tale procedura, pare doversi ricondurre alla tipologia obbligatoria ogniqualvolta l'ente procedente debba necessariamente acquisire il consenso di altre amministrazioni pubbliche per poter legittimamente apporre sul bene un vincolo espropriativo che comporti variante al piano urbanistico. L'Autore considera l'art. 10 una disposizione di natura palesemente speciale rispetto al sistema normativo di cui al capo IV della legge 241/1990, seppure, risultando gli elementi peculiari della prima assai limitati, la relativa disciplina deve essere completata con riferimento a quella posta dalla legge n. 241.

comma 2, della legge n. 241/2000, l'atto conclusivo della conferenza di servizi può anche essere assunto a maggioranza, per cui in teoria potrebbe giungersi ad una approvazione della variante con il dissenso del soggetto dotato della competenza principale in materia, la regione, e peraltro fornito anche della relativa potestà legislativa.

Tale possibilità risulta esclusa, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale, 26 giugno 2001, n. 206 che ha sancito l'insuperabilità delle competenze regionali in materia urbanistica sulla base di accordi o conferenze, anche se assunti a maggioranza da altri soggetti⁸⁷.

Il successivo art. 11 impone l'avviso dell'avvio del procedimento, in tutti i casi in cui per la realizzazione di una singola opera pubblica sia necessaria la variante urbanistica.

Peraltro le modalità di partecipazione del privato interessato al procedimento di approvazione del progetto sono regolate dall'art. 16; tuttavia l'art. 11 specifica il termine entro il quale deve essere inviato l'avviso di avvio del procedimento, che nei casi in cui con l'approvazione del progetto si determina anche la costituzione del vincolo espropriativo, dovrà precedere di venti giorni la delibera di conclusione procedimento, ovvero l'emanazione dell'atto conclusivo se il progetto viene approvato con il ricorso ad uno strumento di amministrazione consensuale e dovrà contenere un riferimento al duplice effetto della variante urbanistica e dell'imposizione del vincolo.

Nel caso in cui la variante costituisca un effetto della conferenza di servizi, dell'accordo di programma o di uno degli altri atti di pianificazione territoriale di cui al comma 1 dell'art. 10, la comunicazione deve essere effettuata almeno venti giorni prima dell'emanazione dell'atto, salvo che la particolare urgenza non renda tale termine incompatibile con le esigenze di celerità del procedimento.

Il comma 4 dello stesso art. 11 richiama il D.P.R. n. 554 del 1999, circa le forme dell'avviso dell'avvio del procedimento delle conferenze di servizi in materia di lavori pubblici.

Il regolamento di attuazione della legge n. 109, per la conferenza dei servizi, ha infatti colmato la lacuna della legge n. 241 sul punto, prescrivendo forme di pubblicità anteriori allo svolgimento e successive alla conclusione della conferenza (art. 9).

⁸⁷ La Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 25, comma 2, lett. g), del D.Lgs. n. 112 del 1998 che demanda ad uno o più regolamenti la disciplina del procedimento in materia di autorizzazione all'insediamento di attività produttive, stabilendo che essi debbono prevedere che, nel caso in cui il progetto sia in contrasto con uno strumento urbanistico, si possa ricorrere alla conferenza di servizi, la cui determinazione, se vi è accordo sulla variante costituisce proposta di variante, sulla quale si pronuncia definitivamente il consiglio comunale. Il regolamento in materia di sportelli unici per gli impianti produttivi, approvato con D.P.R. 7 dicembre 2000, n. 440, all'art.1 dispone, per l'ipotesi di pronuncia definitiva del consiglio comunale sulla proposta di variante dello strumento urbanistico, che "*non è richiesta l'approvazione della regione, le cui attribuzioni sono fatte salve dall'art. 14, comma 3-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241*". La Corte ha rilevato che l'art. 14-*quater* della legge 7 agosto 1990, viene in rilievo nella parte in cui prevede che la conferenza di servizi può adottare una determinazione positiva sul progetto, non conforme allo strumento urbanistico generale, anche quando vi sia dissenso di taluna delle amministrazioni partecipanti, con e dunque anche, in particolare, della regione. Pertanto la Corte ha ritenuto che la previsione secondo cui la proposta di variante può essere approvata definitivamente dal consiglio comunale, senza l'ulteriore approvazione regionale equivale a consentire che lo strumento urbanistico sia modificato senza il consenso della regione, con conseguente lesione della competenza regionale in materia urbanistica.

Sotto altro profilo il problema della partecipazione si innesta nei meccanismi del *project financing*, in quanto riguarda la partecipazione del privato promotore dell'intervento.

La posizione negativa in ordine alla possibilità di partecipazione dei privati all'accordo di programma, salvo nelle ipotesi esplicitamente contemplate dalla legge, appare il frutto della concezione tradizionale, di origine hegeliana, dello Stato che collocava l'amministrazione in una posizione antitetica rispetto al cittadino e quindi riteneva inconcepibile un rapporto contrattuale tra i due soggetti, per la posizione di parità e reciprocità insita nello strumento privatistico⁸⁸.

Pertanto il ricorso all'accordo veniva considerato quale eccezione all'ordinario agire dell'amministrazione in posizione di supremazia, configurandosi l'azione amministrativa come caratterizzata in termini di diritto speciale.

Tale posizione si è tradotta sul piano legislativo nella possibilità di sostituire il provvedimento con l'accordo (art. 11 della legge n. 241 del 1990), esclusivamente "nei casi previsti dalla legge", riconoscendo a tale sostituzione carattere eccezionale.

Secondo la tesi più restrittiva, potrebbero essere parti dell'accordo di programma solo soggetti pubblici⁸⁹, in quanto il comma 1 dell'art. 27 della legge n. 142 del 1990, individua quali parti dell'accordo, Comuni, Province, Regioni, amministrazioni statali ed altri soggetti pubblici.

La norma tuttavia definisce le parti necessarie in ragione delle varie competenze amministrative coinvolte, ma non preclude un'estensione della base soggettiva dell'accordo, in coerenza con lo specifico oggetto e con gli obiettivi di interesse pubblico che potrebbero essere perseguiti con l'intervento dei privati⁹⁰.

Il Consiglio di Stato⁹¹ peraltro ha ammesso l'utilizzabilità dell'istituto non solo per la realizzazione di opere o forme di intervento di natura "soggettivamente" pubblica, ma altresì per tutte quelle ad iniziativa privata "specie quando esse assumono rilevanza di interesse pubblico".

Il promotore privato è peraltro titolare di una posizione differenziata, derivante dalla qualificazione in termini di pubblico interesse della propria proposta, all'esito della fase di valutazione di cui all'art. 37-ter.

⁸⁸ Cfr. N. BOBBIO, *Contratto e contrattualismo nel dibattito attuale*, in *Il futuro della democrazia*, Torino, 1984, ed in particolare 125 e ss. sull'anticontrattualismo hegeliano.

⁸⁹ F. CAIAFFA, *Le nuove frontiere dell'attività amministrativa consensuale: gli accordi di programma*, in *Nuova rass.* 1993, 233; in tal senso tra gli *obiter dicta*, Cass., sez. un., 4 gennaio 1995, n. 91, in *Foro it.*, 1995, I, 1195 ove si afferma che i privati non possono in nessun caso partecipare all'accordo, ma solo essere coinvolti nella sua attuazione; secondo T.A.R. Lazio, sent. 20 gennaio 1995, n. 62, in *Foro it.*, 1995, III, 460 la partecipazione dei privati è ammissibile quale contributo informale, non rilevante per la formazione unanime del consenso finale.

⁹⁰ Cfr. G. PERICU, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca, II, Bologna 1993, 1351: "non è prevista in modo esplicito la partecipazione di soggetti privati, che peraltro deve ritenersi in molti casi necessaria (come accade in quelle ipotesi in cui l'obiettivo che le amministrazioni pubbliche si propongono di raggiungere, coordinando la loro reciproca azione, comporta anche l'intervento dei privati)". Nel senso dell'ammissibilità della partecipazione dei privati, cfr. G. PASTORI, *L'amministrazione per accordi nella recente progettazione legislativa*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo fra riforme amministrative e trasformazione dell'amministrazione*, Milano 1990, 77; V. BALDINI, *L'accordo di programma nella legislazione regionale*, in *Le Regioni* 1992, 1626; R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993, Torino, 543; G. MANFREDI, *Modelli contrattuali dell'azione amministrativa: gli accordi di programma*, in *Le Regioni* 1992, 353; A. PREDIERI, *Gli accordi di programma*, in *Quad. reg.*, 1991, 968.

⁹¹ Sez. VI, 7 febbraio 1996, n. 182.

Dal punto di vista urbanistico, la proposta, ove non conforme alle previsioni di piano, assume il contenuto di una variante al piano regolatore generale per rendere possibile l'intervento pubblico oggetto della stessa; per cui il promotore privato ha sicuramente interesse sia ad assicurarsi il consenso dell'amministrazione preposta alle competenze urbanistiche, sia a confrontarsi direttamente con le altre amministrazioni, diverse dall'amministrazione aggiudicatrice, ma comunque parti dell'accordo di programma, in quanto, in sede di formazione dell'accordo, potrebbero emergere divergenze tali da mutare anche i termini della proposta.

In questo senso è orientata la legislazione recente, che concepisce l'accordo di programma quale strumento ordinario per la realizzazione di interessi pubblici con il coinvolgimento dei privati, in particolare nel campo dello sviluppo del Mezzogiorno (legge n. 104 del 1995), della riqualificazione urbana (art. 11 della legge n. 493 del 1993 e D.M. Min. Il. pp. 30 ottobre 1997) e dei programmi di sviluppo, come nel caso della programmazione negoziata di cui all'art. 2 (commi da 203 a 209) della legge 23 dicembre 1996, n. 662⁹².

Il primo livello del procedimento di programmazione negoziata è costituito dall'intesa istituzionale di programma, che in base alla delibera CIPE del 21 marzo 1997 rappresenta "l'ordinaria modalità del rapporto tra governo nazionale e giunta di ciascuna Regione e Provincia autonoma per favorire lo sviluppo, in coerenza con la prospettiva di una progressiva trasformazione dello Stato in senso federalista".

I soggetti (parti) dell'intesa sono quindi le Amministrazioni centrali interessate e la singola Regione o Provincia autonoma, che con tale tipologia procedimentale regolano i reciproci rapporti per la realizzazione di un piano pluriennale di interventi di interesse comune, o funzionalmente collegati, da programmare sulla base di una ricognizione delle risorse finanziarie disponibili, private e pubbliche (nazionali e comunitarie).

Oggetto dell'intesa sono i programmi di intervento ed i relativi schemi di accordo di programma quadro, nonché le procedure di verifica ed aggiornamento, per le quali è prevista l'istituzione di un comitato di gestione e di un comitato paritetico di attuazione.

La successiva fase procedimentale è l'accordo di programma quadro, promosso dai sottoscrittori dell'intesa, che vede quali parti necessarie gli Enti Locali e gli altri soggetti pubblici e privati interessati, allo scopo di definire un programma esecutivo degli interventi oggetto dell'intesa⁹³.

Il patto territoriale⁹⁴ rappresenta l'ulteriore strumento programmatico di natura

⁹² Su cui vedi Baldi M., op. cit. Cap. I par. 1.

⁹³ In base all'art. 2 comma 203 lett. b) della legge 21 dicembre 1996 n. 662, l'accordo dovrà regolare e disciplinare tutti gli aspetti necessari per la attuazione degli interventi oggetto dell'intesa e quindi: 1) le attività e gli interventi da realizzare, con i relativi tempi e modalità di attuazione e con i termini ridotti per gli adempimenti procedimentali; 2) i soggetti responsabili dell'attuazione delle singole attività ed interventi; 3) gli eventuali accordi di programma ai sensi dell'art. 27 della legge 8 giugno 1990 n. 142; 4) le eventuali conferenze di servizi o convenzioni necessarie per l'attuazione dell'accordo; 5) gli impegni di ciascun soggetto, nonché del soggetto cui competono poteri sostitutivi in caso di inerzie, ritardi e inadempienze; 6) i procedimenti di conciliazione o definizione di conflitti tra i soggetti partecipanti all'accordo; 7) le risorse finanziarie occorrenti per le diverse tipologie di intervento, a valere sugli stanziamenti pubblici o anche reperite tramite finanziamenti privati; 8) le procedure ed i soggetti responsabili per il monitoraggio la verifica dei risultati.

⁹⁴ La legge 8 agosto 1995 n. 345, di conversione del D.L. 23 giugno 1995 n. 244, inseriva i Patti Territoriali, nati su iniziativa del CNEL nel marzo 1991 con l'accordo di concertazione annuale per lo sviluppo del sud, tra gli strumenti di programmazione negoziata e demandava al CIPE i poteri di indirizzo di approvazione dei patti stessi. Con due delibere del 10 maggio 1995

consensuale, caratterizzato da specifici obiettivi di promozione dello sviluppo locale ed assume i contenuti dell'accordo di programma quadro con le stesse procedure⁹⁵.

I patti territoriali possono riferirsi ad ambiti territoriali sub regionali dell'intero territorio nazionale, tuttavia, poiché le risorse ad essi destinate dal CIPE possono esser attribuite ai soli patti localizzati nelle aree depresse, in concreto la loro applicazione sarà più limitata nelle altre aree.

Il coordinamento tra la programmazione e la pianificazione urbanistica si manifesta nella possibilità, per entrambi gli strumenti, accordi di programma quadro e patti territoriali, di variazione degli strumenti urbanistici, allorché vi siano delibere congiunte di soggetti pubblici competenti sia per la realizzazione degli interventi che per la materia urbanistica.

Gli strumenti di concertazione di cui alla legge 23 dicembre 1996, n.662 sono richiamati anche dal Decreto del Ministro dei Lavori Pubblici 8 ottobre 1998, n. 1169 recante promozione di programmi innovativi in ambito urbano denominati "Programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio (P.R.U.S.S.T.)".

La promozione dei programmi innovativi in ambito urbano, è un'espressione del coordinamento nella programmazione verticale (tra amministrazione centrale, Regioni ed Enti Locali) ed orizzontale (tra diverse amministrazioni locali).

Obiettivo dei programmi è l'avvio di una sperimentazione sulle azioni amministrative e sui moduli operativi più efficaci per attivare i finanziamenti per gli interventi nelle aree urbane, previsti nel nuovo quadro comunitario di sostegno, armonizzandoli con le altre risorse finanziarie pubbliche disponibili e con le risorse private.

I programmi si articolano su ambiti territoriali flessibili in base alle caratteristiche fisiche, morfologiche, culturali e produttive (sub-regionale, provinciale, intercomunale, comunale), per favorire la realizzazione, l'adeguamento e il completamento di attrezzature, sia a rete che puntuali, di livello territoriale e urbano e la creazione di un sistema integrato di attività finalizzate a favorire nuovi insediamenti industriali e di servizi ed all'ampliamento di quelli esistenti, alla

(pubblicata sulla *GU*. n. 220 del 20 settembre 1995) e del 20 novembre 1995 (pubblicata sulla *GU*. n. 47 del 26 febbraio 1996), il CIPE regolamentava l'istituto specificandone il contenuto, i soggetti promotori e firmatari, gli effetti, la procedura, lo schema tipo, il soggetto responsabile e stabiliva i criteri ed indirizzi per il coordinamento, nelle aree depresse, degli investimenti pubblici oggetto delle singole forme di programmazione negoziata specificandone i contenuti minimi e prevedendo un'espressa dichiarazione da parte dei competenti organi regionali della conformità degli interventi previsti dal patto rispetto agli indirizzi di programmazione regionale e di pianificazione territoriale nonché rispetto agli obiettivi del quadro comunitario di sostegno e dei documenti unici di programmazione. Con successiva delibera del 12 luglio 1996 (pubblicata sulla *GU*. n. 70 del 25 marzo 1997) venivano disposte ulteriori integrazioni procedurali, criteri di priorità e vincoli.

⁹⁵ In base al combinato disposto delle lett. b), c) ed f) dell'art. 2 comma 203 lett. c) della legge 21 dicembre 1996, n. 662, per l'attuazione degli accordi di programma quadro e dei patti territoriali, in determinate ipotesi (cioè limitatamente alle aree di crisi indicate dal Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro del bilancio della programmazione economica e sentito il parere delle competenti Commissioni parlamentari ed alle aree di sviluppo industriale dei nuclei di industrializzazione situati nei territori di cui all'obiettivo 1 del regolamento CEE n. 2052/88, nonché alle aree industrializzate realizzate a norma dell'art. 32 della legge 14 maggio 1981, n. 219, che presentino requisiti di più rapida attivazione di investimenti, di disponibilità di aree attrezzate e di risorse private o derivanti da interventi normativi), è prevista la deroga alle norme ordinarie di amministrazione e contabilità, ferma restando l'esigenza di concorrenzialità e trasparenza nel rispetto alla normativa comunitaria in materia di appalti, di ambiente e di valutazione di impatto ambientale.

promozione turistico-ricettiva e alla riqualificazione di zone urbane centrali e periferiche interessate da fenomeni di degrado.

Sotto il profilo degli interventi pubblici e di interesse pubblico, costituiscono assi prioritari di intervento: a) quelli di dimensione e importanza tale da rappresentare una precondizione per progetti di investimenti o di maggiore produttività per operatori pubblici e privati; b) gli interventi finalizzati a favorire lo sviluppo locale e la valorizzazione del capitale fisso sociale, anche mediante una adeguata collocazione rispetto alle attrezzature a rete e a quelle puntuali; c) le azioni finalizzate ad ordinare sul territorio gli interventi previsti da altre iniziative avviate sulla base degli strumenti della programmazione negoziata (patti territoriali, contratti d'area) ovvero di affiancarle, anche in termine di finanziamento⁹⁶.

I programmi in esame (la cui promozione spetta ai Comuni e previa intesa con i Comuni interessati anche a Province e Regioni) devono essere coerenti con le previsioni degli strumenti di pianificazione e di programmazione territoriale, ove esistenti, ed integrati con le politiche settoriali assunte dagli altri enti pubblici competenti per territorio. In caso di non compatibilità con gli strumenti di pianificazione e di programmazione territoriale, i programmi vengono promossi dai Comuni d'intesa con l'amministrazione provinciale e regionale che ha la titolarità di tali strumenti.

L'esecuzione di opere pubbliche con il ricorso alla tecnica del *project financing* è contemplata nelle modalità di attuazione dei programmi, costituendo anche titolo di preferenza nell'ipotesi in cui si tratti di interventi pubblici realizzabili con risorse esclusivamente private, che prevedono corrispettivi di gestione⁹⁷.

La programmazione negoziata assurge, sia negli strumenti previsti dalla legge 23 dicembre 1996 n. 662 che nei programmi di riqualificazione urbana, - per

⁹⁶ In base all'art. 3, comma 2, del D.M. 1168 del 1998, gli interventi di cui alla lett. a), del comma 1 sono riconducibili, in via esemplificativa:

- a parti dell'attrezzatura a rete relativa al sistema stradale, ferroviario, aeroportuale, portuale, energetico, idrico, delle telecomunicazioni nonché alle opere necessarie per la difesa del suolo;

- ai porti, agli aeroporti, agli interporti, agli scambiatori di modalità e alle interconnessioni delle reti con il sistema urbano;

- a interventi di rilevanza tale da costituire poli di attrazione quali: sedi di tribunali, strutture ospedaliere, università, centri congressuali, strutture polifunzionali per lo sport, il turismo e il tempo libero, ecc;

mentre gli interventi di cui alla lett. b) dello stesso comma 1 sono riconducibili, in via esemplificativa:

a interventi pubblici quali:

- realizzazione, completamento e adeguamento delle opere di urbanizzazione primaria a servizio di aree produttive o di quartieri degradati;

- realizzazione, recupero e acquisizione di immobili da destinare a opere di urbanizzazione secondaria di livello almeno urbano;

a interventi privati quali:

- realizzazione e riqualificazione di insediamenti produttivi in grado di promuovere lo sviluppo, l'innovazione e la competitività tra imprese anche attraverso la diffusione di nuove tecnologie;

- realizzazione e recupero di edilizia residenziale al fine di innescare processi di riqualificazione fisica e sociale dell'ambito considerato;

- gestione di attività no-profit;

- ristrutturazione di edifici di rilevante valore storico-artistico, sviluppo di artigianato tipico, riconversione di complessi industriali con valenze culturali anche da destinare ad altri usi.

⁹⁷ Cfr. art. 10, comma 1, lett. c), del D.M. n. 1168 del 1998, che detta i criteri di valutazione.

l'attuazione dei quali è previsto il ricorso all'accordo quadro sottoscritto anche dalla Regione nel cui ambito territoriale sono compresi i programmi e dalle amministrazioni interessate, - a criterio generale per la promozione dello sviluppo sostenibile del territorio.

Il metodo della programmazione negoziata appare particolarmente proficuo ai fini della scelta della localizzazione delle opere pubbliche, scelta che coinvolge una serie di interessi pubblici, riferiti ad uno stesso territorio ma differenziati quanto alla titolarità, tra diverse amministrazioni centrali, regionali e locali, che trovano un riconoscimento legislativo stratificato, quanto alle materie ed alle fonti⁹⁸.

La questione del potenziale conflitto di interessi sottostante alla localizzazione delle opere pubbliche, è stata finora affrontata dal legislatore solo a livello di pianificazione urbanistica ricorrendo a meccanismi suscettibili di superare le scelte urbanistiche comunali (art. 81 D.P.R. n. 616 del 1977, legge n. 1 del 1978, legge n. 205 del 1989 etc...).

Anziché ricorrere ad una programmazione per obiettivi che tenesse conto delle linee di sviluppo delle comunità territoriali, si è preferito affrontare il problema del consenso con l'abuso delle cosiddette leggi-provvedimento, leggi che hanno la sostanza dei provvedimenti amministrativi, che sono state utilizzate per la realizzazione di programmi di opere pubbliche in deroga alle ordinarie competenze amministrative (edilizia sanitaria, edilizia penitenziaria, edilizia universitaria etc....)⁹⁹.

Nel nuovo contesto della programmazione va quindi valorizzato il ricorso agli strumenti di amministrazione consensuale, in particolare all'accordo di programma, che potrebbe essere già anticipato a livello di programmazione inserendosi in una fase della formazione del programma, su iniziativa del responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 7 comma 6 della legge n. 109 del 1994.

L'art. 34 del t.u. n. 267 del 2000, infatti, non specifica la fase del processo realizzativo dell'opera in cui si inserisce l'accordo di programma, a differenza di quanto previsto per la conferenza di servizi che si esprime sul progetto definitivo o sul preliminare.

L'accordo di programma potrebbe quindi essere utilizzato anche in fase di programmazione ed in assenza di un progetto preliminare, che non è richiesto ai fini dell'inserimento dell'opera nel programma triennale.

D'altra parte l'articolo unico del D.M. 4 agosto 2000, di interpretazione autentica del D.M. 21 giugno 2000, prevede che in fase di prima applicazione, la conformità agli strumenti urbanistici dei progetti compresi nell'elenco annuale, di cui al comma 8 dell'art. 14, ove non sussistente al momento dell'approvazione del bilancio, dovrà essere verificata nel corso dell'anno cui si riferisce la programmazione stessa e comunque prima dell'avvio della fase di attuazione del programma stesso.

⁹⁸ Cfr. V. CERULLI-IRELLI, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 441: "Il contenuto e l'oggetto della politica del territorio, e segnatamente della funzione di pianificazione territoriale generale (urbanistica), sono limitati dal fatto che una serie di attività (ad incidenza territoriale) e determinate specie di cose immobili, in quanto esprimono interessi pubblici differenziati rispetto alla politica (generale) del territorio, sono a loro volta oggetto di funzioni pubbliche differenziate rispetto a quest'ultima e imputate a soggetti od organismi espressamente preposti dalla legge alla loro cura".

⁹⁹ Cfr. N. ASSINI - P. MANTINI, *Localizzazione delle opere pubbliche e pianificazione urbanistica*, in *Quad. dir. urb.*, 1990, 1, 16, che sottolineano come l'uso di tale strumento determini la traslazione della valutazione del pubblico interesse dalla sede del merito amministrativo, soggetta ai controlli di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost., alla sede legislativa, per sua natura svincolata da tali controlli.

La norma considera come ipotesi ordinaria quella della conformità urbanistica o dell'adeguamento degli strumenti di pianificazione, in un momento anteriore all'avvio delle fasi di attuazione del programma, - che comprendono l'intero ciclo della progettazione, - specificando che solo "in fase di prima applicazione" potrà procedersi alla verifica di conformità, o alle azioni da intraprendere per ottenerla, in un momento successivo all'approvazione del progetto ed al suo inserimento nell'elenco annuale.

Non potrebbe ravvisarsi un ostacolo a tale soluzione nell'art. 34 comma 6 del t.u. n. 267, che, interpretato in combinato disposto con l'art. 14 ultimo comma della 109, presuppone la disponibilità di un progetto definitivo.

La norma si riferisce all'ipotesi in cui siano disponibili i finanziamenti, che a sua volta rappresenta la condizione per l'inserimento di un intervento nell'elenco annuale, determinando, proprio in ragione della disponibilità delle risorse finanziarie e dunque della "cantierabilità" dell'opera, il maggior effetto, connesso all'approvazione dell'accordo di programma, della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere, che cessa di aver efficacia se le opere non siano state iniziate entro tre anni¹⁰⁰.

In sostanza nell'ipotesi in cui i progetti di opere pubbliche siano inclusi nei programmi e siano immediatamente utilizzabili i relativi finanziamenti, si produrrà anche l'effetto tipico della dichiarazione implicita di pubblica utilità che, nei casi ordinari in base all'ultimo comma dell'art. 14 è riconducibile all'approvazione del progetto definitivo. Questo tuttavia non implica che non possano essere approvati mediante accordi programma progetti di opere pubbliche per i quali non siano disponibili i relativi finanziamenti, o che non siano elaborati al livello definitivo, con l'unica differenza che - in mancanza anche di una sola delle due condizioni - non si avrà l'effetto della dichiarazione di pubblica utilità di cui al comma 6 dell'art. 34 del D.Lgs. n. 267/2000¹⁰¹.

L'art. 17 del t.u. dispone infatti che il provvedimento che approva il progetto definitivo, ai fini della dichiarazione di pubblica utilità, indica gli estremi degli atti da cui è sorto il vincolo preordinato all'esproprio, che può essere conferenza di servizi, un accordo di programma, una intesa o un altro atto, anche di natura territoriale, ai sensi dell'art. 10 comma 1 del t.u.

Il richiamo dell'art. 14 comma 8 della legge 109 limitato agli accordi di programma di cui all'art. 27 legge 8 giugno 1990 n. 142 (attuale art. 34 comma 6 del del t.u. n. 267), non implica inoltre che non possa farsi ricorso all'art. 15 della legge 241 del 1990, relativo agli accordi "per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune".

In tal senso depone sia il carattere generale degli accordi previsti dall'art. 15 della legge 241, sia la circostanza - peraltro superata dall'estensione della possibilità di promuovere l'accordo, introdotta dall'art. 7 della legge n. 109 - che in base all'art. 27

¹⁰⁰ Sulla scindibilità, in relazione alla procedura di cui all'art. 1 della legge n. 1 del 1978 tra l'effetto di dichiarazione di pubblica utilità e quello di proposta di variante, cfr. T.A.R. Lazio, sez. Latina, 21 dicembre 1991 n. 1368, in *Foro amm.*, 1992, 2060: "L'approvazione di un progetto di opera pubblica ricadente su aree non destinate dallo strumento urbanistico a servizi pubblici ha una duplice valenza costituendo, insieme, dichiarazione di pubblica utilità e proposta di variante con la conseguenza che la scindibilità dei due aspetti fa sì che, ai fini dell'approvazione della variante, non sono rilevanti la mancata fissazione dei termini per l'inizio e il compimento dei lavori o la circostanza che gli stessi, pur fissati, siano eventualmente scaduti nelle more dell'approvazione regionale".

¹⁰¹ In tal senso, R. DAMONTE, *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico*, cit., 127.

legge n. 142 del 1990 l'iniziativa per la promozione dell'accordo di programma è rimessa unicamente alle Regioni, Province e Comuni, mentre l'esigenza del ricorso ai moduli di amministrazione consensuale vale anche per le amministrazioni statali, che pure sono tenute alla formazione del programma¹⁰².

D'altra parte il ricorso all'accordo di programma quale strumento di pianificazione urbanistica per la realizzazione di una singola opera pubblica o di pubblica utilità risulta espressamente riconosciuto dall'art. 10 comma 1 del t.u. n. 327 del 2001, che equipara l'istituto agli atti di intesa ed agli altri atti di natura territoriale menzionati nella stessa disposizione.

L'accordo di programma diventa allora il tipico modulo procedimentale di programmazione negoziata, valorizzandosi in quanto strumento di definizione di atti di programmazione¹⁰³, che comprende in sé la localizzazione, la pianificazione urbanistica, potendo conseguire l'effetto dell'adeguamento dello strumento urbanistico generale, e l'eventuale finanziamento dell'intervento¹⁰⁴.

Poiché in base all'art. 27 della legge n. 142 del 1990, l'accordo risulta finalizzato alla definizione ed attuazione "di opere, di interventi, di programmi di intervento che richiedono, per la loro completa realizzazione, l'azione integrata di Comuni, di Province e Regioni, di amministrazioni statali e di altri soggetti pubblici", può configurarsi sia quale strumento di attuazione del programma triennale di cui all'art. 14 della legge n. 109 del 1994¹⁰⁵, sia come modulo procedimentale da utilizzare ai fini della formazione del programma triennale stesso, per giungere ad una programmazione negoziata¹⁰⁶.

In tal modo si consente di anticipare alla fase della pianificazione dell'opera - in cui si inserisce il programma triennale - alcuni elementi del confronto, in ordine alla localizzazione dell'opera pubblica, tra i contrapposti interessi e del coordinamento tra le diverse amministrazioni coinvolte, che solitamente vengono in rilievo interamente nella fase dell'attivazione dell'intervento, allorché si tratta di acquisire i necessari atti di assenso o la conformità urbanistica. Quest'ultima, dovrebbe invece presupporre l'avvenuta acquisizione del consenso in ordine alla localizzazione dell'opera ed essere dedicata unicamente agli aspetti funzionali e strutturali.

¹⁰² In tal senso F. CARINGELLA - C. MEZZABARBA, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, *Commentario*, cit., 235; C. ANGELETTI, in D. Tassan Mazzocco - C. Angeletti - M. Zoppolato, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-ter) - Commento alla Legge 18 novembre 1998, n. 415*, Milano, 1999, 186.

¹⁰³ Così G.D. COMPORTE, *Il coordinamento infrastrutturale* cit., 329-330, il quale rileva che "gli accordi di programma si configurano, in ultima analisi, come strumenti di paritetica interazione tra soggetti portatori di interessi pubblici differenti per la definizione di un programma d'azione capace di cogliere la effettiva trama delle competenze compresenti in una medesima vicenda e di assorbirle e ridefinirle in funzione dell'obiettivo comune da realizzare".

¹⁰⁴ Sul punto cfr. L. GIAMPAOLINO - M.A. SANDULLI - G. STANCANELLI, *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni ter"*, Milano, 1999, 101.

¹⁰⁵ In tal caso l'accordo di programma assume la configurazione ravvisata da S. FANTINI, *Posizione del terzo rispetto gli effetti dell'accordo di programma e sistemi di tutela*, in *Giust. civ.*, 1996, 194 di atto di programmazione di secondo grado, in quanto concorre "a dare esecuzione ad un atto di programmazione più complesso".

¹⁰⁶ Cfr. l'acuta ricostruzione di G.D. COMPORTE, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 275, il quale osserva che la strumentalità dell'accordo per la definizione ed attuazione di interventi o programmi di intervento, esclude che esso debba necessariamente essere in ogni circostanza, atto di programmazione e di esecuzione di opere pubbliche, potendo avere ad oggetto l'una e l'altra possibilità variamente combinate, singole opere ed interventi, ovvero una pluralità di opere e interventi, l'intera fase di definizione e esecuzione, oppure limitarsi alla disciplina soltanto di alcune fasi della programmazione o esecuzione delle opere, senza contenere disposizioni in ordine all'intero procedimento.

Il ricorso all'accordo di programma consente altresì di superare in parte quella carenza di raccordo tra la programmazione locale e quella degli enti sovraordinati, che abbiamo visto costituire uno dei limiti del sistema di programmazione prefigurato dall'art. 14 della legge n. 109.

L'anticipazione della fase di valutazione degli effetti sull'ambiente di piani e programmi, introdotta con la direttiva 2001/42/CE, quale valutazione di impatto ambientale strategica (VAS), costituisce un significativo passo avanti per la creazione delle condizioni di certezza amministrativa necessarie per incentivare il ricorso alla finanza di progetto.

L'art. 1 individua l'obiettivo della direttiva nella garanzia di un elevato livello di protezione dell'ambiente attraverso l'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione dell'adozione di piani e programmi "al fine di promuovere lo sviluppo sostenibile, assicurando che, ai sensi della presente direttiva, venga effettuata la valutazione ambientale di determinati piani programmi che possono avere effetti significativi sull'ambiente".

In sede di programmazione l'amministrazione che intende adottare il piano o programma deve predisporre e pubblicare contestualmente all'adozione del piano, un "rapporto ambientale in cui siano individuati descritti e valutati gli effetti significativi che l'attuazione del piano o del programma potrebbe avere sull'ambiente nonché le ragionevoli alternative alla luce degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma" (art. 5). L'allegato I specifica gli aspetti che il rapporto ambientale deve trattare per evidenziare in particolare le "ragionevoli alternative".

La prima fase della procedura è la comunicazione alle autorità preposte alla tutela dell'interesse ambientale nonché la pubblicità, finalizzata a consentire la partecipazione al procedimento dei soggetti potenzialmente coinvolti dall'attuazione del piano, ivi comprese le organizzazioni non governative.

L'adozione del piano o del programma avviene tenendo conto degli esiti di tali consultazioni ai fini della verifica della sostenibilità, ma anche nelle fasi successive all'adozione è prevista una informazione successiva ed un monitoraggio sugli effetti concretamente prodotti dal piano o programma nel corso della sua attuazione pratica. La VAS tende a superare i limiti intrinseci alla valutazione di impatto ambientale sino ad ora conosciuta, rappresentati dall'intervento in una fase in cui le scelte dell'amministrazione risultano già formate e si sono tradotte in un progetto specifico e dalla limitazione della valutazione al singolo intervento.

Sotto il primo profilo muta radicalmente la dimensione procedurale della direttiva che interviene già sulle scelte pianificatorie e programmatore innestandosi nel procedimento di formazione del piano o programma, rientrando la tutela ambientale a pieno titolo nell'ambito degli interessi pubblici da valutare ai fini dell'assunzione delle determinazioni sull'assetto del territorio.

Anche il limite connesso alla impossibilità o comunque alla difficoltà di operare una verifica degli effetti ambientali determinati da un insieme di singoli interventi previsti in un'area, trova soluzione nell'introduzione della verifica già al livello di piano e programma¹⁰⁷.

¹⁰⁷ cfr. E. BOSCOLO, *La valutazione degli effetti sull'ambiente di piani programmi: dalla VIA alla VAS*, in *Urb. e App.*, 10/2002, 1121, che sottolinea la profonda evoluzione rispetto alla VIA, rilevando come "la VAS rappresenta il primo tentativo di dare concreta attuazione e principi contenuti negli artt. 2 e 6 (ex 3C) del Trattato UE in tema di integrazione tra la politica ambientale e le altre linee di intervento mediante un'azione che non sia puntata ex post soltanto sulla salvaguardia dell'ambiente, ma bensì ex ante direttamente sul versante delle scelte economiche e sociali."

Il testo del disegno di legge in tema di valutazione di impatto ambientale, che dovrà adeguare la normativa interna, prevede (art. 6) la definizione di una procedura di valutazione di impatto ambientale dei piani e dei programmi, che ovviamente dovrà incentrarsi, in assenza di un progetto anche preliminare, sulla localizzazione dell'opera, consentendo di evitare il passaggio alle successive fasi, con conseguente risparmio di risorse e costi, nell'ipotesi in cui già la prevista localizzazione, non soddisfi i requisiti di compatibilità ambientale¹⁰⁸.

Il problema è particolarmente avvertito nell'attivazione degli interventi di *project financing*, in quanto il mero inserimento dell'opera nel programma triennale dell'amministrazione aggiudicatrice, che rappresenta l'unica pre-condizione per l'attivazione del procedimento di cui agli artt. 37-*bis*, non è sufficiente a garantire l'eseguibilità del progetto, proprio in ragione dell'ordinaria interferenza con le competenze di diverse amministrazioni.

Una programmazione non negoziata, che non sia cioè il risultato di accordi e intese con altre amministrazioni, rischierebbe allora di ritardare o rendere impossibile l'esecuzione dell'opera, vanificando l'attività di progettazione preliminare e tutti gli altri studi necessari per l'elaborazione della proposta ai sensi dell'art. 37-*bis*, e compromettendo le esigenze di certezze sui tempi di realizzazione essenziali per il buon esito di ogni iniziativa di *project financing*.

9. L'adeguamento degli strumenti urbanistici in relazione al progetto del promotore.

L'art. 14 comma 8 della legge n. 109, allo scopo di assicurare la conformità agli strumenti urbanistici dei progetti dei lavori inseriti nell'elenco annuale, oltre all'art. 27 della legge 142 del 1990, richiama l'art. 1 commi 4 e 5 della legge n. 1 del 1978.

La norma si riferisce agli strumenti urbanistici "vigenti o adottati", per cui nell'ipotesi in cui l'Ente Locale sia sprovvisto di piano regolatore (sanzionata dalla stessa disposizione con l'esclusione da qualsiasi contributo o agevolazione dello Stato), è sufficiente ai fini della verifica la mera adozione del piano, anche se non sia ancora stato completato l'*iter* di perfezionamento ed efficacia del piano regolatore, con l'approvazione da parte della Regione.

La conformità delle opere pubbliche rispetto allo strumento urbanistico va valutata in relazione alla destinazione di zona ed agli indici di edificabilità stabiliti nei piani.

La destinazione indica la funzione dell'area prevista nella pianificazione territoriale¹⁰⁹, quale risultato della scelta urbanistica che a sua volta, pur nell'ampia

¹⁰⁸ Cfr. d.d.l. A.C. 5100, fermo all'esame della Camera. Il Ministero dell'Ambiente, con la Circolare del 8 ottobre 1996, ha evidenziato la necessità di una valutazione ambientale di piani e programmi, in una fase antecedente alla singola progettazione, perché più rispondente alla funzione ed agli scopi della VIA, in quanto nel momento della progettazione "un insieme di scelte di principio appare già definito, laddove sarebbe stato più logico prevedere la sua applicazione a monte, nella fase di piano o di programma, per tenere conto preventivamente, di tutte le alternative attivabili". La tendenza alla sottoposizione alla valutazione d'impatto ambientale di piani e programmi di lavori pubblici o di infrastrutture di rilievo nazionale e di interesse pubblico, è un'esigenza avvertita anche a livello di legislazione comunitaria.

¹⁰⁹ Sotto altro profilo, che non rileva in questa sede, la destinazione può essere intesa quale "destinazione d'uso", che indica la funzione cui è concretamente destinato l'immobile (residenza, commercio, industria, uffici etc..). Quanto alla rilevanza urbanistica delle destinazioni d'uso il Consiglio di Stato (Sez. V, 14 novembre 1996, n. 1368, in *Riv. giur. ed.*, 1997, I, 305) ha sostenuto che: "In linea astratta può convenirsi che la suddivisione del territorio in zone, che è diretta essenzialmente a salvaguardare l'assetto urbanistico e la tipologia edilizia, non implica di per sé né preclude determinate destinazioni d'uso dei

discrezionalità che caratterizza l'attività di programmazione dell'assetto del territorio, tende a contemperare la vocazione dell'area con le esigenze della collettività.

La scelta pianificatoria si traduce nella ripartizione del territorio comunale in zone omogenee, aggregate per destinazioni funzionali, secondo la vocazione delle aree e l'adeguatezza rispetto alle esigenze da soddisfare.

Il metodo della zonizzazione è consacrato nel D.M. n. 1444 del 2 aprile 1968 che indica le zone di aggregazione delle aree, all'interno delle quali sono individuate le porzioni destinate a spazi ed edifici pubblici

E' proprio la rigidità insita nel metodo della zonizzazione che ha indotto all'utilizzazione del meccanismo della variante implicita nell'approvazione del progetto per la realizzazione delle opere pubbliche, che si caratterizzano per l'immediatezza dei bisogni da soddisfare.

Gran parte delle opere pubbliche sono state, infatti, realizzate facendo ricorso agli strumenti derogatori, previsti dalla legge n. 1 del 1978 o da leggi specifiche di settore (quali l'art. 3 della legge 1 giugno 1971 n. 291 e l'art. 10 della legge 5 agosto 1975 n. 412, che in tema rispettivamente di edilizia ospedaliera e universitaria, e di edilizia scolastica, prevedono che la deliberazione comunale di scelta delle aree costituisce variante)¹¹⁰, metodo che si è diffuso quale reazione per i tempi eccessivamente lunghi necessari per l'adozione delle varianti con il procedimento ordinario, tanto da poter essere ormai considerato, nonostante l'evidente anomalia rispetto al sistema, lo strumento ordinario per la realizzazione delle opere pubbliche¹¹¹.

fabbricati. Tuttavia va considerato che le norme in materia urbanistica operano una chiara differenziazione fra insediamenti residenziali e insediamenti produttivi. Ciò emerge, oltre che dal predetto art. 2 del D.M. 7 novembre 1968, dal comma 8 del citato art. 41-*quinquies*, che distingue gli spazi riservati agli insediamenti residenziali e a quelli produttivi; dall'ultimo comma dell'art. 4 della legge 28 gennaio 1977 n. 10, che disciplina separatamente l'edificazione a scopo residenziale e quella diretta alla realizzazione di edifici o complessi produttivi; dal successivo art. 10 della stessa legge, che dà rilievo alla destinazione diversa da quella residenziale, ai fini della determinazione del contributo per il rilascio della concessione. Le previsioni di piano regolatore, adottate in conformità alla tipologia di cui all'art. 2 del D.M. 2 aprile 1968, non possono non riflettere siffatta differenziazione sancita dalla stessa norma e insita nel sistema normativo nel suo complesso, onde deve ritenersi che il principio che afferma l'estraneità della destinazione d'uso degli edifici dall'ambito funzionale della potestà di pianificazione urbanistica, incontri una deroga nel senso che l'utilizzazione, residenziale o industriale, degli immobili da costruire, è rilevante sia ai fini della suddivisione del territorio comunale in zone omogenee, sia, e necessariamente, giacché altrimenti verrebbero vanificate le scelte emerse in sede di pianificazione, ai fini del rilascio della concessione edilizia.”

¹¹⁰ Il modello di accelerazione peraltro è stato adottato anche per la realizzazione di insediamenti per attività produttive. Dal combinato disposto tra l'art. 25 del D.Lgs. n. 112 del 1998 e l'art. 5 del D.P.R. 20 ottobre 1998 n. 447, che consentono la possibilità del ricorso alla conferenza di servizi quando il progetto contrasti con le previsioni di uno strumento urbanistico, risulta delineato un procedimento cui si ricollega un effetto di variante allo strumento urbanistico, configurando un'ipotesi derogatoria analoga a quella prevista dall'art. 81 del D.P.R. n. 616 del 1977 e dal D.P.R. 18 aprile 1994, n. 383.

¹¹¹ In proposito appaiono significative le considerazioni del Consiglio di Stato (sez. V, 30 aprile 1997, n. 421, in *Giur. it.*, 1998, 171), che, nel negare l'applicabilità delle misure di salvaguardia previste dal secondo comma dell'articolo unico della legge 3 novembre 1952, n. 902 alle ipotesi di varianti implicite, rivolte in modo singolare all'approvazione di un progetto di opera pubblica ha osservato: “Al riguardo giova considerare che la variante implicita, anche quando nel provvedimento che la contiene non formi oggetto di una specifica manifestazione di volontà, è una qualificazione giuridica che l'atto di approvazione del progetto di opera pubblica acquista automaticamente col semplice richiamo della norma di cui all'art. 1 legge n. 1 del 1978 (come è accaduto nel caso di specie), e ciò anche quando il progetto sia in contrasto

La compatibilità urbanistica dell'opera pubblica appare condizionata dal diverso contenuto e puntualità delle prescrizioni di piano, che possono essere più rigidi per le zone urbanizzate ed edificate rispetto a quelle di sviluppo e trasformazione, affidate alla regolazione di dettaglio dei piani attuativi¹¹².

Quanto più scende nel dettaglio la suddivisione del territorio per zone omogenee, tanto meno risultano tollerabili insediamenti di caratteri e tipologie diverse.

Per superare le rigidità insite nel meccanismo della zonizzazione, derivanti dai contenuti sempre più penetranti della pianificazione e dai connessi tempi di elaborazione, sono state seguite diverse strade.

Nel campo delle opere pubbliche il problema è particolarmente sentito, in quanto esse, per loro natura, specie se destinate all'erogazione di servizi, introducono spesso una netta cesura rispetto ad un tessuto urbano che ha ricevuto una destinazione precisa, caratterizzata dalla concentrazione di aree qualificate da particolari aspetti apprezzati dall'amministrazione in sede di pianificazione urbanistica.

La giurisprudenza in alcuni casi ha ritenuto compatibili con la destinazione di determinate zone la costruzione di opere appartenenti a diverse tipologie, sul presupposto dell'esistenza di una connessione rilevante tra l'opera e le finalità sottese alla particolare zonizzazione dell'area¹¹³.

con le previsioni del piano urbanistico, e senza neppure l'obbligo di una previa verifica della sua compatibilità. La legge ha una sua precisa collocazione temporale e trova una sua giustificazione politica nella necessità, all'epoca avvertita, di accelerare i tempi di realizzazione dei progetti dei lavori pubblici, in una congiuntura nella quale si rendeva manifesta la necessità di un volano efficace che servisse ad imprimere una spinta produttiva all'economia del paese.

Tuttavia, così disponendosi, non si può non rilevare come si sia messo in crisi il principio di legalità dell'azione amministrativa, atteso che le Amministrazioni pubbliche sono rimaste praticamente svincolate, per tutta la durata della deroga, dall'osservanza delle previsioni urbanistiche per la realizzazione delle opere pubbliche di loro competenza. Questione certamente avvertita dal legislatore del 1978, il quale significativamente limitò a tre anni l'efficacia nel tempo della disposizione eccezionale.

In effetti quel che è avvenuto ha comportato il capovolgimento della gerarchia dei valori giuridici, in quanto l'atto approvativo del progetto, degradando la forza precettiva della norma primaria dello strumento urbanistico, dalla posizione di oggetto conformato è passato a diventare atto conformativo dell'ordinamento, dando luogo ad una grave anomalia giuridica. Ma con le superiori considerazioni sull'automatismo dell'effetto variante diventa più chiaro che lo scopo esclusivo, si vorrebbe dire la causa tipica del provvedimento approvativo del progetto, non è l'atto di programmazione urbanistica, bensì la realizzazione dell'opera pubblica. Rispetto a quest'ultimo, l'effetto variante, attribuito dalla legge indipendentemente da una specifica manifestazione di volontà dell'organo deliberante, ha carattere meramente formale e strumentale, e precisamente quello di conferire a posteriori veste legale ad un intervento che altrimenti sarebbe trasgressivo dell'ordinamento giuridico.”

¹¹² Sulle problematiche urbanistiche connesse alla realizzazione delle opere pubbliche cfr. S. AMOROSINO, *La competenza ad accertare la conformità delle opere statali alla pianificazione urbanistica locale*, in *Regioni* 1981, 349; N. ASSINI, *Urbanistica, opere pubbliche, espropriazioni*, Università degli studi di Firenze, Padova, 1987; G. CASTIGLIONE, *La concessione edilizia e la conformità della normativa urbanistica nelle opere pubbliche e di pubblico interesse*, in *Cons. Stato* 1982, II, 281; P. DE LISE, *Disciplina urbanistica e opere pubbliche*, in *Studi per il centocinquantesimo del Consiglio di Stato*, Roma, 1981; R. DELLI SANTI, *Le opere degli enti pubblici nell'attuazione della pianificazione territoriale*, in *Urb. e Ter.* n. 2/1983, 123.

¹¹³ *Le norme dello strumento urbanistico generale sulla zonizzazione infatti non devono essere interpretate in modo rigido, con esclusivo riferimento alle attività espressamente considerate nelle norme urbanistiche, ma devono consentire la collocazione di attività che non risultano espressamente contemplate in alcuna zona omogenea, che altrimenti verrebbero virtualmente precluse, con evidente compressione dei diritti costituzionalmente garantiti*

La compatibilità di usi non coincidenti con quelli principali della zona è stata tuttavia riconosciuta in quanto non alterino la destinazione della stessa, anche se in sé prevederebbero *standards* diversi, o potrebbero essere oggetto di specifica zonizzazione, valorizzando il concetto di zonizzazione negativa, quale criterio di conformazione delle zone promiscue, in cui l'indicazione delle attività vietate assume rilevanza maggiore rispetto a quelle permesse¹¹⁴.

Per cui soltanto l'incompatibilità dell'uso dovrebbe impedire l'ammissione di una nuova destinazione funzionale non principale, mentre anche le funzioni non espressamente contemplate potrebbero essere ritenute compatibili. L'elemento da valutare, che può costituire un ostacolo all'estensione del metodo, può essere dato dalla diversità degli *standards* prescritti per l'uso da introdurre, ove questa comporti lo scendere al di sotto del limite minimo dettato per l'attività prevalente e caratteristica della zona.

In dottrina è stato proposto un ripensamento delle funzioni del piano in termini di flessibilità, intendendo il piano quale strumento destinato ad indirizzare le linee generali di sviluppo territoriale, tramite prescrizioni limitate alle destinazioni urbanistiche prevalenti ed ai pesi insediativi sostenibili¹¹⁵.

In realtà già ai sensi della legislazione vigente (art. 7 della legge urbanistica fondamentale del 17 agosto 1942 n. 1150) le prescrizioni del P.R.G. dovrebbero essere di carattere programmatico, essendo rimessa ai piani attuativi la pianificazione di dettaglio ed esecutiva rispetto alle previsioni del P.R.G.¹¹⁶

La giurisprudenza¹¹⁷ ha tuttavia ritenuto ammissibile, perché rientrando nella sfera di discrezionalità amministrativa, l'assunzione da parte del P.R.G. di contenuti di dettaglio tipici dei piani attuativi, con il solo limite della motivazione che tuttavia, trattandosi di attività pianificatoria, appare di rilievo limitato¹¹⁸.

La legge n. 415 del 1998 affronta il problema dell'impatto dell'opera pubblica sul territorio, in un'ottica di maggiore sensibilità verso la salvaguardia dell'equilibrio scaturente dall'assetto di piano, in relazione all'incidenza dell'opera sugli *standards*. Gli standards urbanistici sono stati introdotti dalla legge 6 agosto 1967 n. 765, ed i relativi parametri di attuazione vennero approvati con il D.M. 2 aprile 1968, che

(T.A.R. Veneto, sez. II, 19 novembre 1986, n. 147, in *Foro amm.*, 1987, 1844).

¹¹⁴ Il concetto di zonizzazione negativa si trova espresso anche in giurisprudenza che ha ritenuto rilevante la non incompatibilità delle costruzioni con l'esercizio di attività principali della zona, per cui sono state considerate non incompatibili con la destinazione a verde agricolo di una determinata zona le attrezzature di interesse pubblico, definite tali in quanto pur non essendo destinate a scopi di diretta cura della pubblica amministrazione nelle sue molteplici espressioni, sono idonee a soddisfare i bisogni della collettività, e dunque la relativa ubicazione nell'ambito di tale zona, conforme alla finalità di un razionale assetto urbanistico dell'area (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 1975, n. 1000).

¹¹⁵ Cfr. G. PERICU, *Problematiche recenti nei rapporti pubblico-privati nella pianificazione territoriale*, in *Quaderni Regionali*, 1986, 45 e ss. Su questa linea si colloca il disegno di legge quadro in materia urbanistica riportato in P. STELLA RICHTER, *Ripensare la disciplina urbanistica*, Torino, 1997, 111 e ss.

¹¹⁶ G.C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, IV ed., Milano, 1997, 89.

¹¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 19 febbraio 1988, n. 79, in *Riv. giur. ed.*, 1988, I, 341; Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 1982, n. 122, in *Cons. Stato*, 1982, I, 125; Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 1979, n. 185, *ibidem*, 1979, I, 553.

¹¹⁸ E. FOLLIERI, *Rigidità e elasticità degli strumenti di pianificazione generale*, in *Urb. e App.*, n. 11/1999, 22, sottolinea l'evoluzione delle legislazioni regionali nel senso del contenimento del contenuto strutturale del P.R.G. con il possibile contenuto attuativo, dando vita ad un modello pianificatorio misto, la cui flessibilità consente una diversa caratterizzazione del piano a seconda delle esigenze.

individua le zone territoriali omogenee, per ognuna delle quali sono previsti determinati standards, salve le diverse determinazioni della legislazione regionale, in seguito al passaggio alle Regioni delle attribuzioni in materia urbanistica.

Essi si configurano, negli strumenti urbanistici generali, come concreta individuazione di aree sottratte all'edificazione privata e riservate all'utilizzazione per scopi pubblici e sociali, sulla base dei rapporti massimi tra spazi edificabili e spazi destinati ad attività collettive, verde pubblico e parcheggi, nonché al rapporto tra popolazione ed attrezzature sanitarie, ospedaliere, universitarie, parchi urbani e territoriali, previsti dal D.M. 1444 del 1968 e dalla legislazione regionale.

Nella grande maggioranza delle ipotesi gli standards si attuano tramite l'apposizione di vincoli sulle aree interessate, preordinati alla successiva espropriazione da parte della pubblica amministrazione e la realizzazione degli interventi per mano pubblica¹¹⁹.

Il ricorso all'accordo di programma per l'adeguamento dello strumento urbanistico con effetto di variante ai sensi dell'art. 27 comma 5 della legge n. 142 del 1990, è contemplato dall'art. 37-*quater* comma 1, in virtù del richiamo all'art. 14 comma 8, ultimo periodo.

Il nuovo testo dell'art. 14, comma 8, dispone che i progetti degli interventi debbano essere conformi agli strumenti urbanistici vigenti o adottati, prevede inoltre che per motivate ragioni di pubblico interesse si possa far ricorso alla procedura di cui all'art. 1, commi 4 e 5 della legge 3 gennaio 1978 n. 1, modificati dall'art. 4 comma 3 della legge 415 del 1998, e dell'art. 27 comma 5 della legge n. 142 del 1990.

In seguito all'entrata in vigore del t.u. n. 327 del 2001, in base all'art. 58, l'intero art. 1 della legge 1 del 1978 risulta abrogato, anche se le relative disposizioni risultano in gran parte riprodotte negli artt. 9, 10, 12, 17 del t.u. ed in particolare nell'art. 19 che disciplina l'ipotesi in cui l'opera da realizzare non risulti conforme alle previsioni urbanistiche.

L'art. 37-*quater* comma 1 dispone che dopo la fase di individuazione delle proposte di pubblico interesse e prima dell'indizione della gara, quando cioè vi è la disponibilità di un progetto preliminare, le amministrazioni aggiudicatrici, "applicano ove necessario le disposizioni di cui all'art. 14 comma 8, ultimo periodo" e quindi provvedono all'adeguamento degli strumenti urbanistici.

Pertanto, in base al combinato disposto dell'art. 14 comma 8 con l'art. 37-*quater*, le proposte di opere pubbliche con finanziamento privato devono, come tutti i progetti per la realizzazione di opere pubbliche, essere conformi allo strumento urbanistico, salva la possibilità di applicare, prima dell'entrata in vigore del t.u. n. 327 del 2001, le disposizioni di cui all'art. 1, commi 4 e 5 della legge 3 gennaio 1978 n. 1, ove sussistano specifiche e motivate ragioni di pubblico interesse, ed ora l'art. 19 del t.u. cit., ovvero l'art. 34 del t.u. n. 267 del 2000.

L'ipotesi di variante accelerata disciplinata all'art. 1 della legge n. 1/1978, viene sostanzialmente ripresa dall'art. 19, ed in parte dall'art. 9 comma 5 del t.u., per cui il richiamo operato dall'art. 14 comma 8 della legge n. 109/1994 alle disposizioni di cui all'art. 1 della legge n. 1/1978 deve intendersi sostituito da un rinvio, implicito nel sistema, all'analogo procedimento disciplinato dal t.u. n. 327 del 2001.

In sostanza, la proposta deve essere conforme alla pianificazione urbanistica, pur

¹¹⁹ In dottrina cfr. G. MENGOLI, *Manuale di urbanistica*, Milano, 1982; F. PAGANO, *Riflessioni relative a possibili ipotesi di revisione della disciplina degli standard*, in *Riv. giur. ed.* 1988, IV, 146; F. PAGANO, *Gli standard urbanistici: strumento della politica dei servizi*, in *Riv. giur. ed.* 1996, II, 185; G. PIFFERI, *Gli standard urbanistici*, in *Amm. it.* 1977, 1456.

potendo i privati promotori sollecitare l'adozione delle varianti necessarie per la realizzazione dell'intervento, presentando un progetto non conforme ma suscettibile di adeguamento ai sensi delle richiamate disposizioni, e fermo restando che è comunque riservata all'amministrazione la determinazione finale sull'opportunità della variante agli strumenti urbanistici.

La giurisprudenza¹²⁰ formatasi nel vigore dell'art. 1 della legge n. 1 del 1978, riteneva che le disposizioni di cui ai commi 4 e 5, quali norme eccezionali e dunque di stretta interpretazione, fossero applicabili solo alle opere pubbliche di competenza del Comune.

Poiché l'art. 14 comma 8 si riferisce ai progetti dei lavori "degli Enti Locali", deve ritenersi che con il richiamo alle predette disposizioni, il legislatore abbia inteso estendere il particolare meccanismo ivi previsto a tutte le ipotesi di approvazione dei progetti anche da parte degli Enti Locali diversi dai Comuni, purché ricorrano specifiche ragioni di pubblico interesse.

L'art. 19 comma 3 del t.u. n. 327 del 2001 chiarisce che se l'opera non è di competenza comunale, il progetto preliminare o definitivo è approvato dall'autorità competente che può dare impulso al procedimento di variante, trasmettendo il progetto approvato al consiglio comunale, che resta competente per l'adozione della conseguente variante allo strumento urbanistico.

In proposito è stato rilevato che l'opera non di competenza comunale non potrebbe identificarsi né con un'opera statale né con un'opera regionale. Per la prima categoria di opere ai fini dell'accertamento della conformità urbanistica vale infatti la disciplina di cui all'art. 81 del D.P.R. 616 del 1977 ed in particolare al D.P.R. 18 aprile 1994 n. 383. Per le regioni invece l'inapplicabilità deriverebbe da un'interpretazione sistematica con il successivo comma 4 dell'art. 19, e segnatamente dall'inconciliabilità logica con la parte della disposizione che subordina alla mancata espressione del dissenso entro novanta giorni l'acquisizione di efficacia della delibera comunale che dispone la variante¹²¹.

Le disposizioni dell'art. 1 della legge n. 1 del 1978, vigenti prima della modifica operata dalla legge n. 415 del 1998, prevedevano al comma 4 che l'approvazione di progetti di opere pubbliche da parte del Comune su aree già destinate a servizi pubblici, anche se gli stessi non erano conformi alle previsioni del piano, non comportava necessità di seguire le procedure per la variante, in quanto la modifica al piano si configurava automaticamente in caso di approvazione del progetto da parte del Comune.

La norma disciplinava le ipotesi in cui l'area era comunque destinata a pubblici servizi, seppure non coincidenti con quelli riferiti all'opera da realizzare.

Se per esempio l'area era stata destinata a verde pubblico, era possibile la

¹²⁰ Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 1988 n. 60, in *Foro it.*, 1988, III, 373. Il criterio della legge n. 1 del 1978, che assegna alla delibera consiliare di approvazione di un progetto di opera pubblica, l'efficacia di variazione agli strumenti urbanistici vigenti (senza necessità di preventiva autorizzazione regionale) si è poi diffuso anche con riferimento ad opere diverse da quelle comunali, in materia di impianti di smaltimento rifiuti (legge n. 441/1987), di localizzazione di impianti industriali (D.P.R. 203/1988), di costruzione o esercizio di centrali elettriche, (D.P.C.M. 27 dicembre 1988), di bacini idrografici (legge n. 183/1989), determinando l'effetto giuridico di formazione urbanistica "a cascata" e di sovrapposizione alle competenze comunali in materia di controllo edilizio. Cfr. N. ASSINI - P. MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997, 853 che sottolineano come " (...) gli strumenti urbanistici non rappresentano più dei vincoli a interventi ed opere, ma solo un presupposto, sempre modificabile in relazione ad esigenze sopravvenute".

¹²¹ R. DAMONTE, *L'espropriazione per pubblica utilità, cit.*, 115.

realizzazione di un'opera diversa soltanto se l'originaria previsione a verde fosse risultata eccedente rispetto alla dotazione minima prevista dalla legge.

L'art. 9 comma 5 del t.u. prevede ora che il Consiglio Comunale può motivatamente disporre di realizzare sul bene vincolato opere pubbliche o di pubblica utilità diverse da quelle originariamente previste in sede di pianificazione urbanistica generale, con permanenza del vincolo espropriativo. La stessa disposizione prevede però che l'efficacia della deliberazione consiliare è subordinata alla mancata espressione di dissenso da parte della Regione, da manifestarsi entro novanta giorni dalla ricezione della delibera, ed alla conferma a mezzo di ulteriore delibera comunale che ne dispone l'efficacia.

In sostanza nel caso in cui l'amministrazione, nel corso del periodo di efficacia del vincolo preordinato all'esproprio intenda realizzare un'opera che non rientra nella tipologia prevista al momento della pianificazione e localizzazione, potrà disporre la relativa variante avvalendosi della procedura accelerata, ma sarà necessaria una pronuncia regionale, anche con il meccanismo del silenzio assenso¹²².

Il vincolo espropriativo è specifico e riferito ad una tipologia di opere individuata in sede di pianificazione, il cui mutamento, fermo restando il periodo già trascorso ai fini della determinazione della durata, richiede la necessaria approvazione della variante, seppure con il procedimento accelerato.

Sostanzialmente coincidente è la disciplina prevista dall'art. 19 per l'ipotesi in cui l'opera da realizzare non sia conforme alle previsioni urbanistiche, risultando necessaria una variante.

Pertanto dal confronto delle disposizioni richiamate deve ritenersi che il testo unico equipara l'ipotesi di realizzazione di un'opera diversa da quella prevista ma pur sempre in un'area destinata a servizi pubblici, dall'ipotesi in cui la localizzazione riguardi un'area con una destinazione urbanistica totalmente diversa.

L'unica differenza tra le ipotesi in cui l'opera da realizzare ricade su un'area comunque destinata a servizi pubblici (art. 9 comma 5), seppure di tipologia diversa, e quella in cui la difformità rispetto alle previsioni urbanistiche sia radicale (art. 19), sembra essere data dalla circostanza che nel primo caso la variante può essere disposta direttamente, nel secondo caso l'amministrazione deve ricorrere ad uno strumento di amministrazione consensuale, in virtù del richiamo dell'art. 19 comma 1 all'art. 10 comma 1, oppure ricorrere al meccanismo della variante implicita nell'approvazione del progetto almeno di livello preliminare¹²³.

In sostanza la fattispecie di cui all'art. 19 non riguarda l'adozione di una variante al piano regolatore "per la realizzazione di una singola opera pubblica", che può essere anche diversa da quella originariamente prevista, ed è disciplinata dall'art. 9 comma 5, dall'art. 11 comma 1 e dagli artt. 16 e 17, in relazione alla fase di approvazione del progetto definitivo.

Il comma 5 dello stesso art. 1 stabiliva che in caso di approvazione di progetti di opere pubbliche in aree non destinate a pubblici servizi, l'adozione della variante seguiva una procedura accelerata che non comprendeva la preventiva autorizzazione

¹²² Secondo G. DE FRANCESCO - G. VALLA, *L'espropriazione per pubblica utilità, cit.*, 214, la nuova disciplina ha escluso la fungibilità delle opere pubbliche e richiede che l'amministrazione compia in sede di pianificazione del territorio, scelte localizzative più consapevoli e ponderate, precludendo la generica destinazione a servizi pubblici.

¹²³ Cfr. tuttavia, R. DAMONTE, *L'espropriazione per pubblica utilità, cit.*, 99, il quale sostiene che una interpretazione coerente con le esigenze di semplificazione proprie del t.u. e con l'evoluzione, anche giurisprudenziale, della materia induce a ritenere necessaria la procedura di variante vera e propria solo nella seconda ipotesi di non conformità dell'opera allo strumento urbanistico.

regionale applicandosi gli artt. 6 e seguenti della legge 18 aprile 1962 n. 167.

Con lo stesso atto si aveva l'approvazione del progetto e l'adozione della variante.

Con la modifica introdotta dalla Merloni-ter veniva specificata la nozione di progetto, per gli effetti contemplati nella richiamata norma dell'art. 1, prevedendosi che per eliminare la necessità della variante (comma 4) ovvero per costituire l'effetto di variante automatica (comma 5) fosse necessaria non solo l'approvazione del progetto preliminare, ma anche di quello definitivo e di quello esecutivo, richiedendo quindi, quale presupposto per l'accelerazione delle procedure prevista dalla legge n. 1 del 1978, il compimento dell'intero ciclo della progettazione come previsto dall'art. 16 della Merloni.

L'art. 19 del t.u. semplifica il procedimento prevedendo che quando l'opera non risulti conforme alla pianificazione urbanistica, l'approvazione del progetto preliminare o definitivo da parte del consiglio comunale, costituisce adozione della variante allo strumento urbanistico.

Tuttavia la norma rompe l'unitarietà del sistema previgente, imperniato sulla contestuale acquisizione dell'effetto di variante e del vincolo preordinato all'esproprio, subordinando l'imposizione del vincolo espropriativo all'acquisto di efficacia della delibera che approva la variante.

L'art. 19 comma 2 determina una inversione procedimentale in quanto, mentre nei casi ordinari l'imposizione del vincolo preordinato l'esproprio precede la dichiarazione di pubblica utilità, consente l'imposizione del vincolo dopo l'approvazione del progetto preliminare o definitivo.

Quando si completa l'iter procedimentale con la determinazione definitiva del Consiglio comunale ai sensi dell'art. 19 comma 4, si consegue l'effetto di variante allo strumento urbanistico e contestualmente l'apposizione del vincolo preordinato all'esproprio, e, nei casi in cui sia approvato il progetto definitivo, la dichiarazione di pubblica utilità, senza una ulteriore approvazione del progetto¹²⁴.

In questi casi la dichiarazione di pubblica utilità conseguente all'approvazione del progetto (art. 17) rimane sospesa sino al perfezionamento della procedura di variante. Il legislatore della Merloni-ter ha poi ritenuto prevalente sull'interesse pubblico connesso alla realizzazione dell'opera pubblica, il rispetto delle previsioni in materia di *standards*, preordinate al perseguimento di un miglior equilibrio territoriale e urbanistico.

La formulazione dell'art. 1 comma 4 della legge n. 1 del 1978 risultante dalle modifiche introdotte dalla legge n. 415 del 1998, prevedeva, infatti, che l'approvazione del progetto di opera pubblica, non conforme alle specifiche destinazioni di piano, ma comunque su area destinata a pubblici servizi, non necessitasse di variante solo nei casi di non incidenza sul dimensionamento o la localizzazione "delle aree per specifiche tipologie di servizi alla popolazione regolamentati con *standards* urbanistici minimi da norme nazionali o regionali".

Il rispetto degli *standards* era previsto anche nella formulazione del comma 5 dell'art. 1 cit¹²⁵, che ricollegava l'effetto di adozione di variante all'approvazione del progetto

¹²⁴ Sui diversi effetti che conseguono all'ipotesi in cui sia approvato un progetto di livello preliminare o definitivo, cfr. L. MARUOTTI, *L'espropriazione per pubblica utilità - Commento al testo unico, cit., 198 e ss., il quale mette in luce come nell'ipotesi in cui il progetto sia definitivo è soltanto con il completamento del complesso procedimento di approvazione della variante (di cui all'art. 19 comma 4) che si ha la produzione simultanea e ipso iure del vincolo preordinato all'esproprio e della dichiarazione di pubblica utilità.*

¹²⁵ Nella formulazione precedente le modifiche apportate dalla L. n. 415/1998, era previsto che se le opere ricadevano su aree non destinate a pubblici servizi, l'approvazione del progetto da parte degli organi competenti avrebbe costituito adozione di variante, con conseguente iter

non solo se l'opera insisteva su aree non destinate a pubblici servizi, ma anche se ricadeva su aree "destinate a tipologie di servizi diversi da quelle cui si riferiscono le opere medesime e che sono regolamentati con standards minimi da norme nazionali o regionali" (es. le aree di cui alla legge n. 765 del 1967 ed al D.M. n. 1444 del 1968).

Risultavano, quindi, introdotte delle restrizioni in ordine agli effetti connessi all'approvazione del progetto di opera pubblica da parte dei competenti organi comunali, che si identificavano nell'adozione della variante, con la necessità di seguire il successivo procedimento per l'approvazione da parte della Regione, negandosi l'effetto di variante contestuale all'approvazione del progetto come nella fattispecie di cui al comma 4, anche nel caso in cui le aree interessate fossero già destinate a pubblici servizi ma appartenenti a categorie di opere diverse rispetto a quella in cui si inseriva l'opera da realizzare, e sempre nel rispetto degli *standards* minimi previsti per queste categorie¹²⁶.

Il problema dell'incidenza dell'opera pubblica sugli *standards* si pone ovviamente solo per quelle opere finalizzate al soddisfacimento degli interessi riconducibili alla collettività in genere, in quanto le strutture pubbliche o di interesse pubblico, destinate al soddisfacimento diretto e definito degli abitanti della specifica zona nella quale esse sono collocate, sono configurate come dotazioni pubbliche di interesse comune, qualificabili esse stesse come *standards*¹²⁷.

La formulazione dei commi 4 e 5 dell'art. 1 cit. determinava un problema di coordinamento con la modifica dell'art. 32 della legge 142 del 1990, introdotto dall'art. 4 comma 2 legge 415 del 1998, e con l'attuale art. 42 del D.Lgs. n. 267 del 2000. In tale ultima norma la competenza del Consiglio risulta limitata all'approvazione dei programmi, dei piani finanziari, dei programmi triennali, dei piani territoriali urbanistici etc. ma non più dei progetti preliminari, mentre il testo

di approvazione da parte degli organi regionali.

¹²⁶ Secondo T.A.R. Campania, Napoli, 15 maggio 1990, n. 173, in *Trib. amm. reg.*, 1990, I, 2778, *Il meccanismo di variante previsto dall'art. 1 comma 5 della legge n. 1 del 1978 peraltro non è utilizzabile in ogni ipotesi di difformità tra la destinazione di piano ed il progetto dell'opera, ma nella mancanza di una destinazione dell'area a pubblici servizi; ciò implica che "la circostanza che il piano regolatore sia ancora in itinere, essendo stato solo adottato e non ancora approvato non è di ostacolo all'approvazione e realizzazione di singole opere pubbliche, specie quando l'opera progettata sia conforme alla destinazione impressa alla zona interessata dallo strumento urbanistico"; mentre la diversa ipotesi di cui al comma 4 secondo la quale non costituisce variante al piano regolatore la dislocazione di opere pubbliche, diverse da quelle previste dal piano stesso, su aree comunque destinate a servizi pubblici – si riferisce ai casi in cui la localizzazione è prevista su area comunque destinata all'espropriazione, sicché l'utilizzazione per opere diverse da quelle originariamente previste non incide sugli interessi del privato soggetto ad esproprio. Su tale meccanismo v. pure Cons. Stato Sez. IV, 8 novembre 1990, n. 859, in *Foro it.*, 1991, III, 302, secondo cui: "Se non costituisce variante, il progetto, per gli effetti di cui all'art. 1, legge 3 gennaio 1978, n. 1, dev'essere approvato solo dall'autorità competente per la realizzazione dell'opera (nella specie, dall'amministrazione provinciale). Se, invece, costituisce variante, il progetto dev'essere approvato anche dal Comune, e, ai sensi del comma 5 dell'art. 1 cit. dalla Regione", confermando che il comma 4 dell'art. 1 legge n. 1/78, è stato dettato con riguardo alle ipotesi in cui si tratti di terreno comunque destinato all'espropriazione, sicché l'utilizzazione per opere diverse da quelle originariamente previste non incide sugli interessi del privato soggetto all'esproprio e specificando che, "l'approvazione data dal Comune, ai fini urbanistici, al progetto di un'opera di competenza di altro ente pubblico non può intervenire se non quando l'ente titolare abbia, mediante l'approvazione del progetto, formalmente deliberato di compiere quella determinata opera, ed effettuato tutte le inerenti scelte tecniche, economiche ed amministrative".*

¹²⁷ Cfr. *Cons. Stato, ad. plen.*, 21 luglio 1997, n. 14, cit.

dei commi 4 e 5 della legge n. 1 del 1978, prevedeva che la competenza all'approvazione del progetto preliminare fosse ancora del Consiglio, riservando alla Giunta l'approvazione dei progetti definitivi ed esecutivi.

Probabilmente il legislatore aveva inteso conservare al Consiglio, che è l'organo cui spettano le scelte urbanistiche, la competenza in tema di approvazione del progetto preliminare, ricorrendo una delle ipotesi di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 1 cit., per la rilevanza rispetto all'assetto urbanistico del territorio, assimilando l'approvazione del progetto preliminare all'attività di programmazione, che risulta riservata al consiglio, anche nella nuova formulazione dell'art. 42 del D.Lgs. n. 267 del 2000.

L'art. 19 comma 2 conferma l'impostazione dell'art. 1 della legge n. 1 del 1978, riservando al Consiglio comunale l'approvazione del progetto, sia esso preliminare o definitivo, in tutti i casi in cui viene in rilievo l'effetto di variante.

In questi casi la Giunta svolge un ruolo propositivo mentre, in tutti gli altri casi in cui non vi è necessità di variante urbanistica, l'approvazione del progetto anche preliminare dovrebbe essere di competenza della Giunta, anche alla luce del comma 6 dell'art. 14 della legge 109 che prevede che l'inclusione di un lavoro nell'elenco annuale, di competenza del Consiglio in base all'art. 42 del D.Lgs. n. 267 del 2000, è subordinata alla previa approvazione del progetto preliminare, escludendo implicitamente l'approvazione contestuale, come sarebbe stato in teoria ipotizzabile se i due atti, approvazione del progetto preliminare ed approvazione dell'elenco annuale dei lavori pubblici, fossero di competenza dello stesso organo¹²⁸.

Va pure considerato che rispetto alla precedente formulazione dell'art. 32 della legge n. 142 del 1990 che riservava alla competenza del Consiglio "i programmi e i progetti preliminari di opere pubbliche", il testo introdotto con la Merloni-ter appare coerente con l'impostazione di fondo in tema di riparto di competenze tra Consiglio e Giunta, che riserva al primo solo l'adozione di atti che rivestono una valenza programmatica, tra i quali - salvo i casi di incidenza sulla pianificazione urbanistica generale - non può annoverarsi il progetto preliminare, tant'è che l'art. 42 del D.Lgs. n. 267 del 2000 (come già l'ultima formulazione dell'art. 32 della legge n. 142 del 1990) sottrae alle competenze del Consiglio i piani particolareggiati e i piani di recupero, inseriti dalla legge n. 127 del 1997 tra le competenze consiliari, in ragione del carattere attuativo di tali strumenti.

Il richiamo dell'art. 37-*quater* comma 1 all'art. 14 comma 8 implica pertanto la possibilità di presentare anche proposte non conformi alla pianificazione urbanistica. L'art. 14 comma 8 invero non appare direttamente applicabile agli interventi realizzabili con il *project financing*, in quanto si riferisce ai progetti dei lavori degli Enti Locali ricompresi nell'elenco annuale, imponendone la conformità agli strumenti urbanistici vigenti o adottati. Peraltro, pur non sussistendo nel meccanismo di cui agli artt. 37-*bis* e seguenti un progetto preliminare di un Ente Locale, a differenza di quanto previsto nella concessione di costruzione e gestione di cui all'art. 19, il progetto preliminare presentato dal promotore, una volta ritenuto di pubblico interesse e posto a base di gara, viene acquisito dall'Ente Locale e quindi non può che avere lo stesso trattamento, sotto il profilo in esame, del progetto predisposto direttamente dall'Ente Locale. Inoltre è vero che l'art. 37-*bis* assume quale requisito di ammissibilità delle proposte l'inserimento nella programmazione triennale, mentre l'art. 14 comma 8 impone la conformità agli strumenti urbanistici dei progetti ricompresi nell'elenco annuale, non nel programma triennale, ma è pur vero che tale

¹²⁸ Sull'evoluzione delle competenze consiliari in materia di lavori pubblici cfr. F. ROMANO, *Appalti pubblici: il nuovo assetto delle competenze negli Enti Locali*, in *Urb. e App.*, n. 2/1999, 131.

distinzione potrebbe valere solo per le opere realizzate interamente con il finanziamento privato. In tutti casi in cui vi sia un concorrente finanziamento pubblico accanto a quello privato, che probabilmente costituiscono la maggioranza, sarebbe applicabile la disposizione del comma 10 dell'art. 14, per cui l'opera andrebbe inserita nell'elenco annuale ai fini del finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni, con conseguente diretta applicabilità del comma 8 dello stesso art. 14.

Il necessario coordinamento dell'art. 37-*quater* comma 1 con l'art. 14 comma 8 induce quindi ritenere che in linea di principio le proposte di opere pubbliche con finanziamento privato debbano essere conformi allo strumento urbanistico, salva la possibilità di applicare le richiamate disposizioni di cui all'art. 19 del t.u. n. 327 del 2001 che hanno sostituito quelle di cui all'art. 1, commi 4 e 5 della legge 3 gennaio 1978 n. 1, sussistendo specifiche e motivate ragioni di pubblico interesse.

Con la disciplina introdotta dall'art. 19 del t.u. cit. è venuto meno l'aggravamento degli effetti connessi all'approvazione del progetto, conseguente alla necessità di compiere l'intero ciclo di progettazione ai sensi della previgente disposizione, che ancorava il mutamento dell'assetto urbanistico scaturente dalla realizzazione di un'opera pubblica, al progetto esecutivo.

Seppure ispirata all'esigenza di conferire un maggior grado di certezza al procedimento, la disciplina previgente, non giovava alla certezza dell'intervento con il sistema del *project financing*, e della stessa concessione di cui all'art. 19 della legge n. 109.

In entrambi infatti i casi il progetto definitivo ed esecutivo rientrano nell'oggetto delle prestazioni del concessionario e vengono predisposti dopo la conclusione della fase di scelta dello stesso, nei tempi previsti dalla convenzione.

Pertanto, poiché al momento dell'aggiudicazione è disponibile unicamente un progetto preliminare (predisposto dall'amministrazione nel caso dell'art. 19 e dal promotore unitamente alla proposta di cui all'art. 37-*bis*), il concessionario, nel caso di intervento non conforme alle previsioni di piano, non si sarebbe potuto avvalere del meccanismo di cui all'art. 1 della legge n. 1 del 1978, se non al momento del completamento delle altre due fasi progettuali, trovandosi costretto ad iniziare la propria attività, sia pur limitatamente alla progettazione, senza avere la certezza della fattibilità urbanistica e quindi amministrativa dell'intervento, con evidenti riflessi negativi sulle possibilità di finanziamento.

Il rischio d'impresa del promotore dovrebbe invece essere circoscritto a quello tipico imprenditoriale, legato all'esito della gara, mentre dovrebbe evitarsi o quanto meno limitarsi il rischio amministrativo, che attiene alla scelta discrezionale dell'amministrazione in ordine alla volontà di realizzazione dell'opera nell'ambito di un determinato contesto territoriale¹²⁹.

L'art. 19 del t.u. n. 327 del 2001 risolve questi aspetti problematici consentendo di anticipare già alla fase di approvazione del progetto preliminare da parte del consiglio comunale, l'effetto di adozione della variante.

In una prospettiva di economicità dell'azione amministrativa e di minor aggravio in termini di costi a carico del promotore, non può inoltre escludersi la possibilità della verifica della compatibilità dell'intervento con l'assetto urbanistico, già a monte, cioè

¹²⁹ La stessa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (Atto di regolazione del 18 luglio 2000, n. 34, cit.), ha sottolineato che "allo stato è fondamentale il ruolo svolto dalla pubblica amministrazione chiamata a dare certezza alla programmazione delle opere ed alla pianificazione territoriale per agevolare il capitale di rischio privato, così da rendere più agevole il processo di finanziamento e di realizzazione delle grandi opere."

prima dell'attivazione della procedura che sfocia nell'individuazione della proposta, e quindi della progettazione preliminare da parte del promotore stesso.

E' stato evidenziato, trattando dei rapporti tra *project financing* e amministrazione consensuale, che l'accordo di programma potrebbe essere già anticipato a livello di programmazione inserendosi in una fase della formazione del programma, su iniziativa del responsabile del procedimento.

Il ricorso allo strumento anche in assenza di un progetto preliminare, appare ammissibile al solo fine dell'adeguamento dello strumento urbanistico generale.

Non sembra potersi obiettare che l'art. 37-*quater* impone una scansione procedimentale vincolante, circa il momento in cui, attraverso il richiamo all'art. 14 comma 8 ultimo periodo, può farsi ricorso all'accordo di programma.

Tale ultima disposizione assimila il ricorso all'accordo di programma a quello della variante implicita *ex art.* 1 commi 4 e 5 della legge n. 1 del 1978, che appunto presupponeva la conclusione dell'intero *iter* della progettazione, sino al progetto esecutivo.

Il riferimento alle motivate ragioni di pubblico interesse, quale limite per l'adozione di varianti al di fuori del procedimento ordinario, mentre si addice al ricorso all'art. 1 commi 4 e 5 della legge n. 1 del 1978 (ed ora all'art. 19 del t.u. n. 327 del 2001), per il carattere di eccezionalità insito nell'effetto variante, attribuito dalla previgente disciplina indipendentemente da una specifica manifestazione di volontà dell'organo deliberante,¹³⁰ non può vanificare il carattere autonomo e generale dell'accordo di programma quale strumento ordinario per la realizzazione di interessi pubblici¹³¹.

Inoltre con l'entrata in vigore del t.u. n. 327 del 2001 la possibilità di utilizzare l'accordo di programma per introdurre una variante al piano urbanistico è espressamente sancita dall'art. 10 comma 1.

Il richiamo a tale ultima disposizione da parte dell'art. 19 comma 1, quale procedura alternativa a quella (di cui ai commi seguenti) della variante conseguente all'approvazione del progetto, implica la piena equiparazione dei istituti, che peraltro andranno utilizzati in ragione delle potenzialità specifiche che li caratterizzano.

Ancora prima della presentazione della proposta di cui all'art. 37-*bis*, e quindi della predisposizione da parte del promotore del progetto preliminare, dovrebbe già essere acquisito il presupposto della conformità urbanistica del progetto, ricorrendo dopo l'inserimento dell'opera nel programma alla variante secondo il procedimento ordinario oppure all'accordo di programma, richiamato dall'art. 10 comma 1 del t.u. 327 cit..

Ovviamente in tal caso non sarà possibile ricollegare all'approvazione dell'accordo l'effetto della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dell'opera, limitato in base all'art. 34 comma 6 del t.u. n. 267 del 2000 alle ipotesi di approvazione di progetti di opere pubbliche per le quali siano immediatamente (ed integralmente) utilizzabili i relativi finanziamenti.

D'altra parte tale effetto non potrebbe aversi neppure ricorrendo all'art. 14 comma 8, e quindi alle procedure di variante automatica *ex art.* 19 del t.u. n. 327 oppure *ex art.* 34 del t.u. n. 327 dopo la fase di valutazione della proposta, in quanto ai sensi dell'art. 14 ultimo comma della 109 e dell'art. 17 del t.u. n. 327 del 2001, perché si

¹³⁰ V. Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 1997 n. 421, cit.

¹³¹ Cfr. G.D. COMPORI, *Il coordinamento infrastrutturale*, cit., 328, il quale sottolinea come "con la disciplina dell'art. 27 della legge n. 142/90 gli accordi di programma siano divenuti moduli convenzionali di coordinamento tendenzialmente ordinari, cioè utilizzabili non in riferimento a specifiche situazioni emergenziali, ma per la realizzazione di iniziative di particolare complessità coinvolgenti obiettivi di rilievo socio-economico."

abbia la dichiarazione di pubblica utilità è necessaria l'approvazione del progetto definitivo, mentre in tale fase è disponibile unicamente il progetto preliminare predisposto dal promotore.

Tale ultima disposizione infatti riconduce ad unità tutte le svariate ipotesi di dichiarazione di pubblica utilità implicita previste da disposizioni eccezionali, assurde peraltro per la loro diffusione quasi a regola, imponendo quale requisito minimo per tale effetto il progetto definitivo¹³².

Pertanto allorché il responsabile del procedimento propone la conclusione di un accordo di programma in base all'art. 7 comma 6, ai fini della realizzazione dell'intervento, per conseguire oltre all'effetto di variante quello di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza, deve disporre, in base al combinato disposto dei commi 13 e 8 dell'art. 14 e del richiamo all'art. 27 comma 5 della legge n. 142, quantomeno di un progetto definitivo.

Tuttavia, poiché l'(ex) art. 27 ha una sua valenza che prescinde dai richiami della legge 109 e dalla relativa collocazione sistematica nell'ambito delle disposizioni della legge, ed un oggetto non limitato alla progettazione ma esteso alla definizione ed attuazione di opere, di interventi o di programmi di intervento, è possibile il ricorso all'accordo di programma per fini più limitati, allo scopo di definire la localizzazione, la conformità urbanistica e la certezza sui finanziamenti e i relativi tempi, a carico della parte pubblica, con la previsione di apposito impegno nell'accordo, senza la possibilità di avvalersi dell'effetto della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e comunque degli ulteriori maggiori vantaggi collegati all'approvazione del progetto definitivo.

A questa logica sembra ispirarsi lo stesso D.M. 21 giugno 2000 con cui sono stati definiti le modalità e gli schemi tipo della redazione del programma triennale e dei suoi aggiornamenti annuali, che nelle schede allegate (Scheda 3), impone di indicare la conformità urbanistica dell'intervento o, in caso di non conformità, le azioni da intraprendere per il conseguimento.

Lo scopo è quello di evitare che nei casi in cui, al momento della presentazione della proposta, il relativo progetto non sia conforme alle previsioni urbanistiche, il promotore si trovi esposto al rilevante rischio di porre in essere un'attività dispendiosa che potrebbe rimanere sulla carta nel caso in cui la proposta non superi il vaglio delle previsioni urbanistiche.

A prescindere da tale ipotesi estrema, va considerato che la convenzione di cui all'art. 37-*bis* non esaurisce il quadro dei rapporti tra amministrazione aggiudicatrice e promotore.

Infatti, dopo la fase di valutazione della proposta ex art. 37-*ter* ed in sede di verifica urbanistica dell'intervento, l'intrecciarsi delle diverse competenze, in materia urbanistica, ambientale, paesistica, di tutela del territorio etc., potrebbe determinare una modificazione del progetto che si riflette sul piano economico-finanziario e sull'assetto del rapporto con l'amministrazione aggiudicatrice, prefigurato dalla bozza di convenzione.

Da ciò nasce l'ulteriore esigenza di un meccanismo procedimentale che consenta la partecipazione del privato promotore sia nella fase di accertamento della conformità urbanistica, sia nella fase di acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, licenze, nulla osta e assensi, per la quale è previsto il ricorso alla

¹³² Cfr. A. CRISAFULLI, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit. 396, il quale sottolinea che il comma 13 sembra comportare un'abrogazione tacita di tutte le disposizioni eccezionali emanate nel corso degli anni al fine di derogare alla dichiarazione esplicita di pubblica utilità.

conferenza di servizi, quale strumento ordinario, onde ottenere al tempo stesso la mitigazione del rischio amministrativo e la razionalizzazione dei procedimenti prodromici alla realizzazione dell'opera.

Come sopra precisato, in base all'art. 14-*bis* della legge n. 241 del 1990, riformulato dalla legge n. 340 del 2000 (art. 10), che ha abrogato, pur recependone i contenuti sul punto, il comma 8 dell'art. 7 della legge 109, nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico, la conferenza di servizi si esprime sul progetto preliminare al fine di concordare quali siano le condizioni per ottenere, in sede di presentazione del progetto definitivo, i necessari atti di assenso.

I redattori del regolamento di attuazione della legge 109 si sono poi mostrati sensibili all'esigenza di offrire un quadro più definito di certezza amministrativa nel caso della concessione, introducendo la disposizione di cui all'art. 9, che in caso di affidamento di concessione (e di appalto-concorso), prevede, ove sia necessario o opportuno procedere alla conferenza di servizi, la convocazione sulla base del progetto preliminare.

La conferenza assume quindi carattere decisivo e, infatti, le relative determinazioni, trasfuse nel verbale, vanno ad integrare il progetto posto a base di gara.

La nuova versione dell'art. 14-*bis* della legge n. 241, al comma 5, configura il ricorso alla conferenza di servizi sulla base del solo progetto preliminare, quale modello ordinario di conferenza nei casi di affidamento mediante appalto concorso o concessione di lavori pubblici.

La possibilità di indire la conferenza di servizi sul progetto preliminare, è estensibile anche alla concessione di iniziativa privata di cui all'art. 37-*bis*, che rientra nella figura della concessione di cui all'art. 19, configurandosi come una modalità di affidamento.

In entrambi i casi si ravvisa l'esigenza di minimizzare il rischio della fattibilità amministrativa dell'opera, avvalendosi di tale meccanismo sia quando il progetto preliminare viene redatto dall'Amministrazione, - che quindi prima di indire la gara per l'affidamento della concessione sulla base del progetto preliminare, può assicurarsi i necessari atti di assenso sull'intervento, - sia quando viene predisposto dal promotore, attivando la conferenza dopo la valutazione della proposta in termini di pubblico interesse all'esito della fase disciplinata dall'art. 37-*ter* e prima di indire la gara di cui all'art. 37-*quater*.

Con l'inserimento, in seguito alla legge n. 166 del 2002 nell'art. 19 del comma 2-*quater*, è stata riconosciuta la possibilità per il concessionario o per la società di progetto, di partecipare alla conferenza di servizi finalizzata all'esame ed approvazione dei progetti.

Nel regime previgente poteva ritenersi già ammissibile, nel caso della concessione di cui agli artt. 37-*bis* e seguenti, la possibilità per il promotore di partecipare alla conferenza di servizi indetta sul progetto preliminare, in qualità di progettista ed in forza della riconosciuta rispondenza della propria proposta al pubblico interesse all'esito della valutazione di cui all'art. 37-*ter*, quindi al limitato scopo di fornire eventuali chiarimenti e documentazione in base all'art. 14-*ter* comma 8 della legge n. 241, come modificato dall'art. 11 della legge n. 340 del 2000.

Con la modifica introdotta dalla legge n. 166 del 2002, la partecipazione del concessionario, sempre ovviamente senza diritto di voto che attiene alle potestà decisorie riservate all'amministrazione, è ammessa anche se non cumula la qualità progettista, come avviene in relazione alle conferenze indette sul preliminare redatto dall'amministrazione in caso di affidamento ai sensi dell'art. 19 comma 2.

Il ricorso alla conferenza di servizi rappresenta lo strumento ordinario per l'approvazione del progetto allorché lo stesso sia conforme agli strumenti urbanistici¹³³.

Nei casi in cui si renda necessario il ricorso all'art. 14 comma 8, e quindi alle procedure di variante, dopo la fase di valutazione della proposta ai sensi dell'art. 37-*quater* comma 1, nonostante l'equiparazione della conferenza di servizi all'accordo di programma ad opera dell'art. 10 comma 1 del t.u. n. 327 del 2001, sarà preferibile ricorrere all'accordo di programma. Quest'ultimo strumento si rivela più idoneo sia in ragione dell'esplicito richiamo all'effetto di variante di cui al comma 4 dell'art. 34 del t.u. n. 267 del 2000, salva la ratifica del Consiglio Comunale, sia in quanto il necessario carattere consensuale evita le problematiche connesse alla possibilità, con il ricorso alla conferenza di servizi, di assumere a maggioranza anche la determinazione in materia urbanistica¹³⁴.

Al di fuori degli schemi delle norme richiamate non sembrano ravvisabili ulteriori strumenti partecipativi, suscettibili di eliminare il rischio amministrativo connesso alla fase di avvio dell'intervento.

Infatti, né nel sistema delineato dal legislatore della 415 né altrove è possibile delineare un meccanismo procedimentale anche consensuale, che possa evitare al promotore il rischio amministrativo della realizzabilità dell'opera, che in sostanza viene rimesso all'efficienza dell'amministrazione ed alla capacità di offrire un quadro amministrativo definito.

In sostanza manca un modulo procedimentale specifico in virtù del quale, una volta superato lo scoglio della valutazione di pubblico interesse della proposta ai sensi dell'art. 37-*ter*, il promotore non sia esposto ad uno *jus poenitendi*, diverso dalla revoca *ex art. 37-septies*, che tuttavia interviene nel corso del rapporto e previa corresponsione di un indennizzo.

Da ciò la necessità di una predefinizione delle regole di interferenza e di condizionamento dei diversi interessi pubblici coinvolti nella scelta in ordine alla realizzazione e localizzazione di un'opera pubblica, per consentire che il reciproco bilanciamento e ponderazione dei diversi interessi non vanifichi il confronto già operato, sia pure in un ambito e con finalità diverse, in sede di valutazione della proposta *ex art. 37-ter*¹³⁵.

¹³³ La conferenza di servizi sul preliminare è stata prevista pure dal D.P.R. 2 dicembre 1997, n. 509, regolamento recante disciplina del procedimento di concessione di beni del demanio marittimo per la realizzazione di strutture dedicate alla nautica da diporto, a norma dell'art. 20, comma 8, della legge 15 marzo 1997, n. 59, il cui art. 5 attribuisce alla conferenza di servizi la decisione sulle istanze di concessione demaniale, con la possibilità di disporre adeguamenti dei progetti preliminari a motivate prescrizioni, individuando quella ammessa alle successive fasi della procedura, che sfocia in una concessione che, pur essendo configurata come concessione demaniale, assume la sostanza della concessione di costruzione e gestione. Lo stesso decreto, ai fini dell'approvazione del progetto definitivo, prevede (art. 6) il ricorso alla conferenza di servizi, in caso di conformità dello stesso ai vigenti strumenti di pianificazione ed urbanistici, ed all'accordo di programma nell'ipotesi invece in cui il progetto non sia conforme ai vigenti strumenti di pianificazione ed urbanistici.

¹³⁴ V. *ante* par. 7, in particolare nota 85.

¹³⁵ Appaiono illuminanti le considerazioni di R. FERRARA, *La pubblica amministrazione fra autorità e consenso* cit., 261, che richiama le osservazioni di COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993, e VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza il diritto pubblico*, Padova, 1993: "Il ruolo di canonizzazione formale del rapporto giuridico fra poteri (pubblici e privati) giocato da un procedimento amministrativo di cui siano predefiniti, con norme generali, i tempi e i modi fondamentali è fin troppo evidente per dover essere nuovamente sottolineato. La precostituzione di pur generali "regole del gioco"

10. Problematiche connesse all'urbanistica consensuale.

Sotto altro profilo il ricorso al capitale privato può rappresentare uno strumento per l'attuazione di processi di riqualificazione urbana ed ambientale.

Il principale ostacolo alla possibilità di avvalersi del capitale privato in tale settore è dato dalla circostanza che le opere da realizzare per assicurare un equilibrato assetto di funzioni, sono spesso opere non tariffabili, da ciò la necessità di individuare le modalità per canalizzare le risorse private verso tali interventi e nel contempo idonee procedure concorsuali per la scelta del soggetto privato.

Il *project financing* applicato all'urbanistica si traduce in integrazione di funzioni pubblico-private e scambio tra utilità urbanistica e realizzazione di opere pubbliche.

In questa logica si inquadra la legge 17 febbraio 1992 n. 179, che ha introdotto all'art. 16 la figura dei programmi integrati di intervento con valenza pianificatoria.

Il programma integrato è caratterizzato dalla presenza di pluralità di funzioni, dalla integrazione di diverse tipologie di intervento, ivi comprese le opere di urbanizzazione, da una dimensione tale da incidere sulla riorganizzazione urbana e dal possibile concorso di più operatori, e risorse finanziarie pubbliche e private. In particolare la legge prevede che soggetti pubblici e privati, singolarmente o riuniti in consorzio, o associati fra di loro, possono presentare al Comune, programmi integrati relativi a zone in tutto o in parte edificate o da destinare anche a nuova edificazione, al fine della loro riqualificazione urbana ed ambientale.

Il D.M. del 21 dicembre 1994, come integrato dal D.M. 29 novembre 1995, ha poi delineato la fisionomia dei programmi di riqualificazione urbana, nel senso di avviare il recupero edilizio e funzionale di ambiti urbani specificatamente identificati attraverso proposte unitarie che riguardano:

- a) parti significative delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria;
- b) interventi di edilizia non residenziale che contribuiscono al miglioramento della qualità della vita nell'ambito considerato;
- c) interventi di edilizia residenziale che inneschino processi di riqualificazione fisica dell'ambito considerato.

L'ambito territoriale oggetto del programma viene determinato in ragione, tra l'altro, dell'ampiezza e della consistenza del degrado economico, relativo alla sussistenza di impianti produttivi dismessi, alla carenza di attività produttive, artigianali, commerciali, di servizi ed ai problemi occupazionali, del raggio di influenza delle urbanizzazioni primarie e secondarie, oggetto del programma e del ruolo strategico del programma rispetto al contesto urbano.

I singoli interventi sono inclusi nei programmi in quanto rivolti alla riqualificazione degli ambiti nel loro complesso, considerato che i programmi hanno carattere unitario e consistono in un insieme sistematico e coordinato di interventi pubblici e

produce, infatti, il naturale effetto di limitare la discrezionalità dell'amministrazione, temperando gli aspetti più evidenti e patologici della sua autocefalia, in quanto si ha un'obiettivo (ma tuttavia relativa), riconduzione dei modi dei tempi dell'attività amministrativa a fattori e parametri di più agevole razionale prevedibilità. Del pari evidente è che, in questo modo, come stato efficacemente osservato, si registra un incremento del tasso di "ragionevolezza" dell'azione degli atti della pubblica amministrazione, con il conseguente effetto di accrescere i poteri di cognizione e di sindacato del giudice amministrativo, i quali possono per così dire travalicare, dirigendosi sul "modo di farsi" del potere, su vicende procedurali unitariamente e globalmente considerate le quali si configurano autenticamente come la forma giuridica grazie alla quale il Potere si esprime assumendo la qualità positiva di funzione."

interventi privati organizzati in regime di convenzione.

Gli interventi costituenti il programma sono riconducibili ad una serie di tipologie, fra le quali rilevano, la realizzazione, il completamento e l'adeguamento delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria, le opere di sistemazione ambientale e di arredo urbano delle aree e degli spazi pubblici, la realizzazione o ampliamento di fabbricati residenziali e non residenziali, e gli interventi di ristrutturazione urbanistica.

Quanto alle modalità di attuazione, è previsto che gli interventi contenuti nel programma possano essere disposti attraverso la conclusione di accordi di programma, ai sensi dell'art. 27 della legge 142 del 1990.

La disciplina della riqualificazione appare incentrata sulla regola della contrattazione, privilegiando il ruolo del convenzionamento sulle scelte autoritative.

Il richiamato Decreto del Ministro dei Lavori Pubblici 8 ottobre 1998, n. 1169¹³⁶ recante promozione di programmi innovativi in ambito urbano denominati "Programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio (P.R.U.S.S.T.)" contiene previsioni in tal senso.

La riqualificazione comprende, infatti, sia opere pubbliche (attrezzature, sia a rete che puntuali) che private, anche di pubblico interesse (realizzazione di un sistema integrato di attività finalizzate all'ampliamento e alla realizzazione di insediamenti industriali, commerciali e artigianali, alla promozione turistico-ricettiva e alla riqualificazione di zone urbane centrali e periferiche interessate da fenomeni di degrado), ed in generale, interventi pubblici e di interesse pubblico di dimensione e importanza tali da rappresentare una precondizione per progetti di investimenti o di maggiore produttività per operatori pubblici e privati.

Pur essendo la promozione degli interventi riservata agli enti pubblici (art. 4), i soggetti privati (associazioni di categoria, imprenditori, società finanziarie, istituti bancari, proprietari degli immobili, soggetti concessionari, proprietari o gestori di reti) assumono un ruolo rilevante nella composizione dei programmi oggetto delle proposte dei soggetti promotori (art. 5).

La compensazione-perequazione unitamente, e quale corollario, all'integrazione funzionale di cui sono espressione i nuovi strumenti di programmazione integrata sopra richiamati, - in particolare il programma integrato di intervento di cui all'art. 16 della legge n. 179/1992 che si fonda proprio su una pluralità di funzioni, - si va affermando in termini di alternativa alla rigida suddivisione del territorio in zone omogenee¹³⁷.

La compresenza di diverse funzioni di carattere pubblico e privato, determina, infatti,

¹³⁶ Cfr. il precedente par. 7.

¹³⁷ Cfr. T.A.R. Emilia Romagna, sez. I, 14 gennaio 1999, n. 22, in *Urb. e App.*, n. 7/2000, 775, che sottolinea il ruolo del programma integrato di intervento di cui all'art. 16 legge n. 179/1992, del programma di riqualificazione urbana, di cui all'art. 2 della stessa legge e al D.M. 21 dicembre 1994, del programma di recupero urbano di cui alla legge 4 dicembre 1993, n. 493 e al D.M. 1° dicembre 1994, quali strumenti di superamento della zonizzazione classica, che assumono l'integrazione tra diverse opere (residenziali e non residenziali) e tra diverse forme di finanziamento (pubblico e privato) il proprio fulcro metodologico funzionale. La sentenza del T.a.r. Emilia-Romagna, è stata richiamata dalla Corte di Cassazione (III sez. pen., del 26 marzo 2001, n. 11716, in *Ed. e terr.*, 14/2001, p. 25) che pure ha ritenuto non necessaria la rigida coincidenza tra la divisione in zone del territorio comunale e la individuazione delle zone territoriali omogenee di cui al D.M. N. 1444/1968, ammettendo che in una zona territoriale omogenea sia compresa più di una destinazione di Prg ed offrendo quale criterio di orientamento nei casi di incertezza, la completa determinazione dell'individuazione delle zone territoriali omogenee nella successiva operazione di "definizione delle quantità minime di aree per i servizi e di vincolo per l'edificazione, che si intendono perseguire e porre in atto".

la necessità di suddividere il territorio in ambiti diversi dalle tradizionali zone omogenee, all'interno dei quali i diritti edificatori possono essere ripartiti equamente tra i diversi proprietari in proporzione alle superfici di proprietà e prescindendo dall'ubicazione delle singole aree.

La compensazione si attua, infatti, con il riconoscimento di un indice di edificabilità minimo che viene esercitato su aree edificabili diversamente localizzate, in cambio della cessione o del vincolo sull'area di proprietà da destinare a funzioni di utilità generale¹³⁸.

Diverso è l'istituto della cessione di cubatura cioè della cessione, in tutto o in parte, della suscettibilità edificatoria di un fondo a vantaggio di un altro, allo scopo di evitare le conseguenze del frazionamento della proprietà fondiaria sulla capacità edificatoria delle singole aree che può risultare notevolmente ridotta, vanificando di fatto la possibilità di attuare le previsioni di piano¹³⁹.

In questa rinnovata prospettiva di pianificazione territoriale, caratterizzata dallo stretto legame tra le funzioni e gli interventi pubblici e privati, il *project financing* si pone dunque come estrinsecazione delle modalità di partecipazione del privato alle scelte urbanistiche.

Si tratta tuttavia di una partecipazione di tipo diverso rispetto a quella della comunità amministrata, venendo in rilievo l'interesse del privato quale imprenditore o proprietario dei suoli, la cui posizione è in potenziale conflitto con l'interesse pubblico al migliore assetto di interessi di una determinata area.

L'integrazione tra soggetti pubblici ed operatori privati che trova riconoscimento quale strumento ordinario per la riqualificazione urbana ed i programmi di sviluppo per aree territoriali (riconversione di aree industriali dismesse, progetti metropolitani etc...), si traduce in una concertazione sulla pianificazione del territorio.

Il fenomeno è noto come "urbanistica contrattata o consensuale a sottolineare come i privati vengano coinvolti direttamente nella fase creativa degli assetti pianificatori

¹³⁸ T.A.R. Lazio, sez. I, 19 luglio 1999, n. 1652, in *Urb. e App.*, n. 7/2000, 776, con nota di commento di A. Mandarano, definisce la compensazione "istituto pubblicistico, inquadrabile nell'ambito del processo di disciplina d'uso del territorio, quale ristoro, a valenza perequativa, del sacrificio della rendita fondiaria soppressa", la sentenza non giunge a superare, come invece, in parte, il T.A.R. Emilia Romagna, 14 gennaio 1999, n. 22, cit., il criterio di zonizzazione di cui al D.M. n. 1444/1968, limitandosi ad ammettere che la suddivisione del territorio "può non coincidere con la individuazione delle zone territoriali omogenee previste dal D.M. n. 1444/1968, sicché può verificarsi che in una zona territoriale omogenea sia compresa più di una destinazione di P.R.G.". La stessa pronuncia afferma che presupposto della compensazione è l'assenza di una posizione qualificata o differenziata in capo ai soggetti le cui aree siano comprese in una determinata zona, in quanto l'amministrazione può modificare in ogni tempo la destinazione di zona. Poiché le relative posizioni sono di mera aspettativa, la discrezionalità dell'amministrazione nel procedere alla compensazione, che è una forma eccezionale di ristoro del diritto di proprietà, è estremamente ampia.

¹³⁹ Poiché gli indici di densità edilizia sono previsti non per singole aree ma per zone, cui si riferiscono gli *standards*, dal punto di vista della disciplina urbanistica, quel che rileva è il rispetto degli indici con riferimento all'intera zona, anche se a tale risultato si giunge concentrando le costruzioni su un'area e lasciando altre aree inedificate. Questo ha indotto la giurisprudenza a ritenere legittime le convenzioni aventi ad oggetto il trasferimento di cubatura, nel rispetto dei presupposti della contiguità dei fondi e della omogeneità urbanistica degli stessi (Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 1994, n. 193, in *Foro amm.*, 1994, 468; Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 1991, n. 530, *ibidem*, 1991, 1115); sul trasferimento di cubatura in generale cfr. A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990; P. GRASSANO, *La cessione di cubatura nel processo conformativo della proprietà edilizia privata*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 383.

generali ed il ruolo dell'accordo non venga confinato più alla sola fase esecutiva¹⁴⁰. Anche sotto il profilo formale sono diversi gli strumenti di partecipazione che nel caso in cui riguarda cittadini o soggetti esponenziali di interessi diffusi, si esprime attraverso le regole pubblicistiche (osservazioni al P.R.G. e legge n. 241 del 1990), mentre nel caso del privato proprietario-imprenditore, utilizzando meccanismi negoziali civilistici.

Il sistema dell'urbanistica contrattata, per come concepito e delineato nei vari interventi legislativi, sconta la contraddizione con i principi di concorsualità e di apertura al mercato, in quanto il privato viene coinvolto quale proprietario delle aree, ottenendo un vantaggio in termini di volumetrie, in cambio della realizzazione di opere pubbliche, per lo più opere di urbanizzazione.

L'istituzione della società di trasformazione urbana di cui all'art. 17, comma 59 della legge 15 maggio 1997 n. 127, è un primo tentativo di risolvere le contraddizioni dell'urbanistica contrattata, valorizzando il principio di concorsualità nella scelta dei soggetti privati.

In tutti i casi di amministrazione consensuale i principali aspetti problematici, non sono più legati all'intangibilità della discrezionalità amministrativa, ma alla possibile difformità dai principi di concorrenza imposti dall'ordinamento comunitario "allorquando le regole di amministrazione per consenso trovino applicazione in materie caratterizzate dalla scelta, da parte della pubblica amministrazione, di un interlocutore privato con il quale pattuire prestazioni di sorta"¹⁴¹.

Tra le opere di cui all'art. 4 della legge 29 settembre 1964, n. 147 suscettibili di realizzazione con lo strumento del *project financing*, rilevano quanto all'urbanizzazione primaria, i parcheggi, la rete idrica, la rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, e, in alcuni casi gli spazi di verde attrezzato, quanto all'urbanizzazione secondaria, i mercati di quartiere, gli impianti sportivi di quartiere, ed eventualmente le attrezzature culturali.

Proprio in considerazione del carattere di pubblica utilità delle opere di urbanizzazione, è stata negata la compatibilità con la normativa comunitaria in materia di appalti delle disposizioni che ne prevedono la realizzazione a scapito degli oneri di urbanizzazione (art. 11 legge n. 10 del 1977, artt. 28 e 31 della legge 17 luglio 1942 n. 1150).

La realizzazione di tali opere non può considerarsi esclusa dall'applicazione della normativa comunitaria sugli appalti, sul presupposto dell'esistenza un obbligo legislativo di eseguirle a carico del privato, se non nei limiti in cui in esse si possa

¹⁴⁰ Così P. URBANI - S. CIVITARESE MATTEUCCI (a cura di), *Amministrazione e privati nella pianificazione urbanistica - Nuovi moduli convenzionali*, Torino, 1995, 14. Gli autori richiamano la posizione formalistica che, sul presupposto dell'indisponibilità della potestà di pianificazione urbanistica, ha negato rilievo giuridico agli accordi tra amministrazione e privati sul contenuto delle prescrizioni urbanistiche, evidenziando come la stessa giurisprudenza, ispirata alle teorie dualistiche e sulla separazione tra pianificazione generale e pianificazione attuativa, in virtù della quale le convenzioni urbanistiche previste dalla legislazione attengono esclusivamente alla pianificazione attuativa, tende a disconoscere l'urbanistica contrattata perché attinente a pattuizioni sulle prescrizioni urbanistiche. Sotto il profilo del diritto positivo gli Autori richiamano, per avvalorare l'affermarsi del principio dell'urbanistica contrattata, l'art. 25 della legge n. 47 del 1985, in base al quale gli strumenti attuativi, anche ad iniziativa di privati possono prevedere un assetto del territorio difforme da quello previsto dal piano regolatore generale, determinandosi la totale immedesimazione tra il piano e la convenzione che pertanto "ha *ex se* la forza giuridica di conformare il territorio, di dettare le prescrizioni urbanistiche".

¹⁴¹ T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 28 agosto 1998, n. 35, in *Riv. trim. app.*, n. 1/1999, 111, su cui v. la successiva nota.

ravvisare una strumentalità rispetto alle esigenze della collettività, tale da qualificarle come *standards*¹⁴².

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Sez. VI, con sentenza del 12 luglio 2001 in causa c-399/98¹⁴³ ha infatti ritenuto le richiamate norme incompatibili con la direttiva 93/37/Cee, sul rilievo che la circostanza che il pubblico potere non ha la possibilità di scegliere la controparte contrattuale non vale a giustificare la non applicazione della direttiva. La Corte ha fatto applicazione della teoria dell'effetto utile sottolineando che il titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione che realizza opere di urbanizzazione non effettua prestazioni a titolo gratuito, ma estingue un debito di pari valore nei confronti del comune, che corrisponde al contributo per gli oneri di urbanizzazione senza che il carattere alternativo dell'obbligazione – contributo pecuniario o esecuzione diretta delle opere

¹⁴² Nei termini illustrati da Cons. Stato, ad. plen., 21 luglio 1997, n. 14 in Urb. e App., n. 2/1998, 194, con nota di S. Vasta. La questione sollevata dal T.A.R. Lombardia citato alla nota che precede riguardava l'ammissibilità della realizzazione diretta di opere di urbanizzazione "di rilevanza superiore al contesto edificatorio di riferimento e comunque di imponenza e di importanza tali da assurgere, almeno quoad effectum, ad appalti di opera pubblica sopra soglia comunitaria senza rispetto delle prescritte normative di gara".

¹⁴³ In *I Contratti dello Stato e degli Enti pubbl.*, 4/2001, 539 con nota di commento di F. Acerboni. Il problema della compatibilità comunitaria della normativa nazionale e regionale che consente al costruttore la realizzazione diretta di opere di urbanizzazione era stato sollevato, da T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 28 agosto 1998, n. 35, cit., che aveva rimesso la questione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 177 del trattato CEE, proprio sul presupposto che si trattava di "opere di urbanizzazione di rilevanza superiore al contesto edificatorio di riferimento, e comunque di imponenza ed importanza tali da assurgere, almeno quoad effectum, ad appalti di opera pubblica sopra soglia comunitaria" e che "le opere di urbanizzazione possono costituire opere pubbliche in senso stretto per la concorrenza del profilo finalistico, rappresentato dalla idoneità funzionale a soddisfare le esigenze di urbanizzazione non limitate alla singola edificazione e di quello soggettivo costituito dalla titolarità delle stesse in capo all'amministrazione competente, al fine di garantirne la fruizione collettiva da parte di tutti gli utenti della zona".

Cfr. pure il commento di E.M. BARBIERI, *Esecuzione di opere di urbanizzazione a scomputo del contributo concessorio e diritto comunitario*, in Riv. trim. app., n. 1/1999, 122, il quale sostiene la compatibilità comunitaria della normativa che consente l'esecuzione a scomputo delle opere di urbanizzazione primaria sul presupposto che il soggetto privato legittimato all'edificazione, cioè il titolare della concessione edilizia, è anche l'unico interessato alla loro esecuzione, per cui il Comune, ove non voglia procedere in proprio all'esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria, è vincolato nella scelta dell'esecutore di queste. Considerazioni diverse valgono invece per le opere di urbanizzazione secondaria, in quanto queste, "benché rappresentino un complemento necessario perché si abbia un aggregato residenziale accettabile, non sono comunque opere indispensabili ad assicurare le necessarie condizioni di vita dal punto di vista dell'igiene, della viabilità e della sicurezza di una determinata costruzione". Inoltre, secondo la puntuale ricostruzione dell'Autore, la previsione tra le opere di urbanizzazione secondaria di alcune dimensionate sul quartiere (mercati, impianti sportivi, aree verdi) e di tutte le altre dimensionabili liberamente anche su scala più vasta, evidenzia l'obiettivo indipendenza sia dall'edificazione su concessione singola, che da quella realizzata in un quadro lottizzatorio, come si ricava anche dalla previsione dell'art. 28 comma 5 n. 2 della legge n. 1150 del 1942, che "prevede per le convenzioni lottizzatorie solo l'assunzione, a carico del proprietario, degli oneri relativi alle opere di urbanizzazione primaria e, pro quota, di quelli relativi alle opere di urbanizzazione secondaria, che significa l'assunzione di oneri di spesa solo eventualmente sostituibili con l'esecuzione diretta...", nonché dalla mancanza dell'obbligo della preesistenza dell'urbanizzazione secondaria o della sua previsione di esistenza nel triennio o di un impegno di realizzazione contestualmente all'edificazione. In tale contesto normativo non si ravvisa "quella situazione di unicità del possibile esecutore delle opere" che si ha invece per le opere di urbanizzazione primaria, per cui la piena libertà di gestione e decisione delle scelte comunali implica l'obbligo di rispettare la normativa comunitaria su di appalti di lavori pubblici.

– determini il venir meno, nell'ipotesi di scelta di realizzazione diretta del carattere oneroso del contratto. Il lottizzante viene quindi assimilato ad un concessionario in quanto viene considerato titolare di un mandato espresso conferito dal comune ai fini della costruzione dell'opera, ciò che rende possibile il rispetto della direttiva 93/37, consentendo all'amministrazione di imporre al lottizzante, mediante appositi accordi, di realizzare le opere ricorrendo alle procedure previste dalla direttiva

La Corte ha superato il problema della mancanza nella generalità dei casi della qualità di imprenditore nel privato lottizzante, specificando che l'art. 1, lett. a, Direttiva n. 93/37/CEE, non richiede che il soggetto che conclude un contratto con un'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente con mezzi propri la prestazione pattuita, perché il medesimo possa essere qualificato come imprenditore, essendo viceversa sufficiente che tale soggetto abbia la possibilità di fare eseguire la prestazione di cui trattasi, fornendo le garanzie necessarie a tal fine¹⁴⁴.

Poiché il giudice comunitario ha espressamente limitato gli effetti della propria pronuncia alle opere il cui importo stimato eguagli o superi la soglia di rilevanza comunitaria, delineata dall'art. 6, n. 1 della Direttiva n. 93/37/CEE, il legislatore italiano con la 166 del 2002 si è adeguato alla pronuncia modificando l'art. 2 della legge n. 109. Con la nuova formulazione del comma 5 viene espressamente esclusa l'applicabilità della legge n. 109 agli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo di contributi connessi "ad atti abilitanti all'attività edilizia o conseguenti agli obblighi di cui al comma 5 dell'art. 28 della legge 17 agosto 1942, n.1150, e successive modificazioni, o di quanto agli interventi assimilabile", limitando l'obbligo di affidamento degli appalti nel rispetto delle procedure di gara previste dalla citata direttiva 93/37/CEE alle singole opere d'importo superiore alla soglia comunitaria.

La pronuncia del giudice comunitario ed il conseguente adeguamento normativo, superando il "deficit" di concorsualità, contribuisce ad avvicinare l'urbanistica consensuale al *project financing*.

Il rapporto tra il *project financing* e l'urbanistica consensuale è dato dal superamento della tradizionale impostazione imperniata sulla centralità dell'opera pubblica, con l'unico limite della compatibilità urbanistica, rispetto alla pluralità di funzioni.

L'obiettivo è la realizzazione di opere pubbliche inserite in un contesto in cui all'equilibrio urbanistico tra destinazioni pubbliche e private, che ovviamente si attua con la compatibilità tra le diverse funzioni, corrisponda l'equilibrio economico-finanziario dell'intera operazione.

Poiché di solito le opere "private" o comunque le opere diverse dalla singola opera pubblica, sono quelle suscettibili di reddito, sotto il profilo funzionale il risultato finale dell'operazione di trasformazione urbanistica è analogo a quello di realizzazione dell'opera pubblica con il sistema del *project financing*.

Nella prima fattispecie all'immediato trasferimento all'amministrazione delle opere di fruizione collettiva (urbanizzazioni secondarie) realizzate ai fini dell'ottenimento

¹⁴⁴ A.M. BALESTRIERI, "Project financing" e trasformazioni del territorio: evoluzioni alla luce della giurisprudenza comunitaria, in *Riv. trim. app.*, 4/2001, 686 rileva che l'eterogeneità della legislazione italiana (statale e regionale) rispetto al regime italo-comunitario degli appalti pubblici, trova riscontro nell'espressa esenzione stabilita dal legislatore comunitario per tutti i "contratti aventi per oggetto l'acquisizione o la locazione, qualunque siano le relative modalità finanziarie, di terreni, edifici esistenti o altri immobili, o riguardanti comunque diritti inerenti a tali beni immobiliari" (cfr. l'art. 1, lett. a, punto iii), della Direttiva n. 92/50/CEE e l'analogo art. 5, comma 2, lett. a, D.Lgs. n. 157 del 1995), tipologie contrattuali nel cui ambito andrebbe ricondotta la prestazione caratteristica del "soggetto promotore" di trasformazioni del territorio.

della concessione, corrisponde l'acquisizione (tramite vendita, locazione etc..) dei valori derivanti dalla suscettibilità edificatoria delle opere private (destinazioni commerciali, terziario etc...).

Nel *project financing* come disciplinato dagli artt. 37-bis e ss. il concessionario può conseguire l'equilibrio economico-finanziario ai fini della realizzazione dell'opera pubblica anche attraverso l'acquisizione di aree suscettibili di destinazioni private, che potranno essere liberamente commercializzate.

A seguito della nuova formulazione dell'art. 19 comma 2 della legge n. 109 del 1994, il *project financing* può avere applicazioni più ampie della realizzazione di singole opere suscettibili di gestione economica, per estendersi ad interventi di trasformazione e riqualificazione urbana.

Il corrispettivo-prezzo a carico dell'amministrazione per l'esecuzione dell'opera può consistere nella cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili, già indicati nel programma di cui all'art. 14, ad esclusione degli immobili ricompresi nel patrimonio da dismettere ai sensi del decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 novembre 2001, n. 410, nonché di beni immobili nella disponibilità del concedente, o ancora di beni privati all'uopo espropriati.

Soprattutto con tale ultima possibilità, riferita a beni la cui utilizzazione sia strumentale o connessa all'opera da affidare in concessione, attraverso la dichiarazione di pubblica utilità riferita all'intero ambito territoriale interessato, il ricorso alla concessione può diventare uno strumento per la realizzazione di operazioni di riqualificazione urbana, incentrate sull'opera pubblica che costituisce l'obiettivo primario, ma inserito in un contesto in cui l'interesse pubblico alla realizzazione della singola opera pubblica si combina con quello della riqualificazione urbana.

La correttezza dell'operazione è assicurata dalla coincidenza tra l'equilibrio urbanistico tra destinazioni private e destinazioni pubbliche e l'equilibrio economico finanziario tra le opere a reddito e quelle di interesse collettivo.

Al di fuori di tali meccanismi la possibilità di realizzare interventi pubblici di *project financing* da parte di privati, è strettamente legata agli sviluppi della problematica degli *standards* e dei vincoli *inaedificandi*¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Sul complessa materia dei vincoli cfr. P. BONACCORSI, *Considerazioni perplesse in materia di vincoli urbanistici*, in *Trib. amm. reg.* 1982, II, 307; D. RODELLA, *La scadenza dei vincoli urbanistici e la possibilità di loro reiterazione*, in *Nuova rass.*, 1998, 539; D. RODELLA, *Il regime giuridico dei suoli e i vincoli urbanistici con prefissione di durata*, *ibidem*, 1984, 2144; G. TORREGROSSA, *Il nodo irrisolto dei vincoli urbanistici*, in *Giust. civ.* 1984, II, 89.

CAPITOLO II

IL PROJECT FINANCING NELLA LEGGE N. 109 DEL 1994 E SUCCESSIVE MODIFICAZIONI: LA FASE DELL'AFFIDAMENTO

SOMMARIO: **1.** La nuova disciplina della concessione: l'ambito oggettivo. - **2.** I requisiti del promotore. - **3.** Proposta e programmazione pubblica. - **3.1.** Le novità introdotte dalla legge n. 166/2002 sui rapporti tra programma triennale e proposta. - **4.** La proposta e la pubblicità. - **5.** Gli elementi della proposta. - **6.** Le garanzie. - **7.** La valutazione della proposta. - **8.** La procedura di aggiudicazione. - **8.1.** La fase di gara. - **8.2.** La fase della procedura negoziata. - **8.3.** La prelazione in favore del promotore. - **8.4.** Il rimborso delle spese del promotore e del concorrente. - **9.** La soppressione dell'obbligo di affidamento esterno dei lavori. - **10.** La Direttiva 2004/INS/CE; il dialogo competitivo.

1. La nuova disciplina della concessione: l'ambito oggettivo.

Come accennato nella precedente esegesi delle fonti normative, la disciplina del *project financing* è stata introdotta dalla legge 11 novembre 1998, n. 415 (art. 11), che ha aggiunto, dopo l'art. 37 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, gli artt. da 37-*bis* a 37-*nonies*.

Si tratta di una serie di disposizioni che formalmente incidono sull'istituto della concessione, introducendo tuttavia delle innovazioni che mutano radicalmente l'assetto normativo preesistente e rappresentano certamente un passo in avanti verso la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la p.a., e dunque per un effettivo radicamento della tecnica del *project financing*, pur presentando numerosi problemi interpretativi.

Il *project financing*, come configurato nelle norme introdotte dalla legge n. 415 del 1998, si distingue dalla concessione di costruzione e gestione disciplinata dall'art. 19 della legge, di cui pure costituisce una *species*, oltre che per gli aspetti connessi al diverso procedimento per l'individuazione del concessionario, anche per la sostanziale diversità dei soggetti protagonisti, atteso che il *project financing* si caratterizza per la presenza di una pluralità di finanziatori, che determina la costituzione di un'entità economica distinta e quindi l'intersecarsi di moduli contrattuali differenti.

Per ciò che concerne la tipologia di interventi per i quali è possibile il ricorso all'istituto, l'art. 37-*bis* dispone che le proposte possono riguardare la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

La nozione di opera pubblica in dottrina viene individuata sulla base di un duplice

riferimento fondato sulla natura pubblica del soggetto attuatore e sul rapporto tra l'opera ed un determinato interesse pubblico, cioè il profilo finalistico¹⁴⁶. Quanto all'elemento soggettivo, ai fini della qualificazione di un'opera come pubblica è necessaria sia l'esecuzione da parte dello Stato o da parte di altro ente pubblico, sia la relativa appartenenza.

L'elemento finalistico invece risponde alla necessità che l'opera sia destinata alla soddisfazione di un interesse pubblico.

La legge 109 del 1994 ha poi dato una definizione che prescinde dall'elemento finalistico e si incentra sull'elemento soggettivo e sulla tipologia di attività, assorbendo la nozione di opera pubblica in quella di lavori pubblici. Questi ultimi, infatti sono individuati, dall'art. 2 comma 1, con riferimento all'affidamento da parte dei soggetti di cui al comma 2 ed alle attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere ed impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica.

Sotto tale profilo non ha alcun rilievo la natura pubblica o privata del soggetto, essendo molti enti aggiudicatori soggetti privati (es. le società miste), pur rilevando ad altri fini il carattere privato delle opere.

In giurisprudenza si registrano talune prese di posizione che hanno ritenuto l'interesse pubblico ai sensi dell'art. 16, legge 6 agosto 1967, n. 765 individuabile per la sua rispondenza agli scopi perseguiti dall'amministrazione, prescindendosi dalla qualità pubblica o privata dei soggetti¹⁴⁷, mentre in altri casi l'espressione impianti di interesse pubblico è stata interpretata in senso restrittivo, facendo rientrare nella nozione solo gli interventi che seppure eseguiti da privati corrispondono a compiti assunti direttamente dalla pubblica amministrazione¹⁴⁸.

L'opera di pubblica utilità e quindi i lavori di pubblica utilità, sono stati individuati con riferimento al solo profilo finalistico, cioè al perseguimento di un interesse pubblico mediante la realizzazione dell'opera o l'esecuzione di lavori che non comportino un risultato in termini di opera, prescindendo dal soggetto esecutore che potrebbe quindi anche essere un privato¹⁴⁹.

In tale ottica, sotto il profilo soggettivo, si considerano opere di pubblica utilità, quelle realizzate da soggetti che, pur se non formalmente pubblici in base ai canoni ermeneutici interni, possiedono una rilevanza pubblicistica, in quanto fungono da strumento alternativo, rispetto agli organi classici della P.A., per la realizzazione di compiti di questa mediante l'utilizzazione di fondi pubblici.

¹⁴⁶ A. ACQUARONE, *Enti locali sostituiti dello Stato nell'esecuzione di opere pubbliche*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, 563, nn. 3-4-6; G. ROEHRSEN, *I lavori pubblici*, cit., 3 e ss., S. GIACCHETTI, *Profili funzionali della concessione di costruzione di opere pubbliche*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1976, II sem., I, 96 e ss.

¹⁴⁷ Così è stato qualificato tale l'edificio che soddisfa funzionalmente l'interesse turistico, la cui rilevanza pubblica ne è strettamente connessa da Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 1983 n. 700, in *Riv. giur. ed.*, 1983, I, 971; T.A.R. Trentino Alto Adige, 4 luglio 1990 n. 319, in *Foro amm.*, 1991, 101.

¹⁴⁸ In tal senso Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 1992 n. 1428, in *Cons. Stato*, 1992, 12.

¹⁴⁹ Cfr. A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1988, ed. VIII, 85 "ogni opera pubblica è certamente un'opera di pubblica utilità ma non ogni opera di pubblica utilità è un'opera pubblica. D'altra parte, l'opera di pubblica utilità, quando eseguita dal privato, lo è per scopi privati; solo che essa è atta soddisfare anche un interesse pubblico".

Una serie di istanze sociali riconosciute dall'ordinamento hanno comportato che si è giunti all'utilizzazione di procedure conformi o analoghe per opere pubbliche e per opere che tali non sono, pur soddisfacendo in senso lato un interesse pubblico.

Nella tradizione legislativa e giurisprudenziale sono state quindi considerate opere private di pubblico interesse, le opere non destinate a soddisfare un interesse diretto dell'amministrazione, ma collegate ai compiti dello Stato sociale.

Appartengono a tale categoria gli interventi di edilizia residenziale realizzati nei piani di zona di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, o quelli destinati al passaggio nel patrimonio comunale (art. 35 della legge 22 ottobre 1971, n. 865).

L'edilizia residenziale pubblica è un campo paradigmatico.

In tale ambito la dottrina tradizionale distingue a seconda che l'attività venga svolta in modo diretto dallo Stato o da altro ente pubblico, attraverso la costruzione di alloggi realizzata direttamente, nel qual caso si hanno vere e proprie opere pubbliche, o in modo indiretto, attraverso la concessione di agevolazioni e benefici più o meno vasti a terzi che realizzano in nome proprio le costruzioni, nel qual caso possono aversi opere pubbliche, se il terzo è un soggetto pubblico, o di pubblica utilità se il terzo è un soggetto di diritto privato¹⁵⁰.

La distinzione, apparentemente netta, è stata offuscata con l'avvento del decentramento regionale, per cui un orientamento giurisprudenziale, argomentando dal fatto che l'art. 87 del D.P.R. n. 616 del 1977 ricomprende l'edilizia residenziale pubblica tra i lavori pubblici di interesse regionale, teorizzò che per opera pubblica "deve intendersi qualsiasi intervento sul territorio, singolo o complesso, purché facente capo ad un ente pubblico e correlativamente rispondente ad una funzione di pubblico interesse"¹⁵¹.

La giurisprudenza successiva, sulla scia della dottrina più risalente, ha escluso ogni necessaria equiparazione tra opera pubblica ed edilizia economica e popolare, ritenendo che l'interesse pubblico connesso agli interventi sarebbe suscettibile di qualificare le relative opere come di pubblica utilità, non come opere pubbliche in senso stretto¹⁵².

¹⁵⁰ Con l'ulteriore precisazione che per attività svolta direttamente si allude ai casi nei quali la legge prevede che la costruzione degli alloggi sia a totale carico del finanziamento pubblico; mentre nel caso di attività svolta in modo indiretto ci si riferisce ai casi nei quali per legge l'intervento pubblico si esplica attraverso alcune attività di carattere positivo che agevolano sotto il profilo finanziario (concorsi, contributi, mutui etc.) o sotto altri profili che pure finiscono con l'aver riflessi finanziari (espropriazioni, etc.), l'attività costruttiva di altri soggetti (G. ROEHRSEN, *Edilizia popolare ed economica*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XVIII). Da tale distinzione discende che nel caso di qualificazione dell'intervento come opera pubblica, le costruzioni sono soggette alle regole che disciplinano l'attività degli enti pubblici che le realizzano. Per cui in questi casi l'esecuzione delle opere deve avvenire attraverso i consueti sistemi dell'appalto o della concessione, mentre nel caso di intervento indiretto la realizzazione avviene in forma tendenzialmente libera, seppure il T.U. 28 aprile 1938, n. 1165, contiene una serie di disposizioni applicabili a qualsiasi ente che costruisca case economiche e popolari con il contributo erariale, quali ad es. l'art. 76 in base al quale le cooperative devono appaltare i lavori a licitazione privata (art. 76), l'art. 78 che prevede che tutti gli enti costruttori devono seguire le norme del R.D. 25 maggio 1895, n. 350, sulla direzione, contabilità e collaudo dei lavori, norme peraltro coerenti con la segnalata tendenza ad una certa omogeneizzazione normativa tra la disciplina delle opere pubbliche e quella delle opere di interesse pubblico.

¹⁵¹ T.A.R. Lombardia, 7 novembre 1979, n. 879, in *Trib. amm. reg.*, 1980, I, 126, confermata da Cons. Stato, sez. IV, 13 ottobre 1986, n. 661, in *Cons. Stato*, 1986, I, 1447.

¹⁵² Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 1984, n. 184, in *Cons. Stato*, 1984, I, 257. In particolare, sul

In sostanza la funzione dell'edilizia economica e popolare, di soddisfazione immediata di bisogni collettivi, implica che le relative opere costituiscano di per sé ed immediatamente strumenti di soddisfazione dell'interesse pubblico ma non determina la piena equiparazione di tali opere alle opere pubbliche, bensì la sussistenza per alcuni versi di un regime di equipollenza, quanto meno in termini procedurali¹⁵³, attestato dall'estensione della normativa comunitaria, in base all'art. 7 del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 che, in termini analoghi alle previsioni della legge 584/1977, ne ha previsto l'applicazione ai grandi programmi di edilizia residenziale pubblica che richiedono l'apporto collaborativo dell'imprenditore esecutore.

Pertanto sotto tale profilo si considerano opere pubbliche le opere destinate ad una fruizione da parte dell'intera collettività (strade, acquedotti, scuole etc...), mentre per opere di pubblica utilità si intendono quelle destinate ad una fruizione individuale che però soddisfa un interesse generale come appunto nel caso dell'edilizia residenziale pubblica.

Il testo unico sull'espropriazione D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327, disciplina (art. 1) l'espropriazione, anche a favore di privati, dei beni immobili o di diritti relativi ad immobili per l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, mantenendo la distinzione tra le due categorie di opere.

L'art. 36 del predetto testo unico considera opere private di pubblica utilità, le opere che rientrano nell'ambito dell'edilizia residenziale pubblica, convenzionata, agevolata o comunque denominata e nell'ambito dei piani di insediamenti produttivi di iniziativa pubblica, nonché tutte le altre opere private di pubblica utilità non appartenenti ad una di queste categorie. Solo per quest'ultima categoria di opere si ha una differenza nelle regole procedurali, in quanto l'indennità di esproprio è determinata nella misura corrispondente al valore venale del bene e non si applicano le altre disposizioni relative alla determinazione dell'indennità¹⁵⁴.

Nel caso della concessione di lavori pubblici, la soluzione è legata alla qualificazione

rilievo della connotazione funzionale, in virtù della quale l'opera pubblica è quella destinata al perseguimento di fini pubblici predeterminati, è stato ritenuto che in materia di edilizia residenziale pubblica convenzionata tale connotazione funzionale manca del tutto, sia sotto il profilo formale, non essendovi una esplicita qualificazione in tal senso da parte dell'ordinamento, sia sotto il profilo sostanziale, in quanto ciò che risponde a finalità di pubblico interesse è l'attività edilizia globalmente ed astrattamente considerata e non i singoli fabbricati che in concreto vengono realizzati (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 4 dicembre 1992 n. 394, in *Cons. Stato*, 1992, I, 1206). Pertanto gli interventi di edilizia residenziale convenzionata ed agevolata, sono stati considerati non meritevoli *ex se* della qualificazione propria di opera pubblica (Cons. Stato, sez. IV, 27 marzo 1984, in *Cons. Stato*, 1984 I, 257; T.A.R. Lazio 5 giugno 1985, n. 705, in *Trib. amm. reg.*, 1985, I, 2046; T.A.R. L'Aquila 9 settembre 1983, n. 272, *ibidem*, 1983, I, 3267; T.A.R. Napoli 18 febbraio 1981, n. 180, *ibidem*, 1981, I, 1385).

¹⁵³ Regime già presente nella legislazione del T.U. 28 aprile 1938, n. 1165, e successivamente avvalorato dal legislatore con la legge 8 agosto 1977, n. 584. Quest'ultima legge, consentiva infatti di applicare le procedure di adeguamento alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, a quella parte di edilizia residenziale pubblica in cui la progettazione e costruzione di un complesso di alloggi di importo superiore ad un miliardo veniva aggiudicata dallo Stato, da aziende autonome, da enti pubblici o locali, a condizione che il piano, per entità, complessità e durata dei lavori, fosse stabilito fin dall'inizio di concerto con l'appaltatore (T.A.R. Abruzzo, 9 settembre 1983, n. 272, in *Trib. amm. reg.*, 1983, I, 3267).

¹⁵⁴ Cfr. R. DE NICTOLIS, in F. Caringella - G. De Marzo - R. De Nictolis - L. Maruotti, *L'espropriazione per pubblica utilità - Commento al testo unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 come modificato dal D.Lgs. 302/2002*, II ed., Milano, 2003, 8.

delle utilità che l'opera è destinata a soddisfare in termini di servizio pubblico. In particolare, allorché le opere siano strumentali alla gestione di un pubblico servizio, le stesse si qualificano come "opere di pubblica utilità", ossia opere di pertinenza, diversamente dalle opere pubbliche, di soggetti non pubblici ma ciò nondimeno funzionali al soddisfacimento di interessi pubblici¹⁵⁵.

Si tratta quindi di opere, realizzate dai soggetti individuati dall'art. 2, comma 2, della legge 109, qualificabili come organismi di diritto pubblico (art. 2, comma 6, lett. a), cioè società con capitale pubblico, in misura anche non prevalente, che abbiano ad oggetto della propria attività la produzione di beni o servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza (comma 2, lett. b) e soggetti privati, relativamente a lavori di cui all'allegato A del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, per la cui realizzazione sia previsto, da parte dei soggetti di cui alla lett. a), un contributo diretto e specifico, in conto interessi o in conto capitale che, attualizzato, superi il 50% dell'importo dei lavori (comma 2 lett. b).

Il riferimento alla nozione di lavori di pubblica utilità di cui all'art. 37-bis, ed all'art. 19 comma 1, andrebbe quindi riferito anche alle opere realizzate da tale categoria di soggetti privati.

Ma tale soluzione, oltre ad essere in contrasto con l'art. 2 comma 2 e con la consolidata configurazione della concessione e della società mista quali strumenti tra loro alternativi, è chiaramente smentita dallo stesso art. 37-bis, dal quale si desume che l'istituto è utilizzabile unicamente dagli enti e dalle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 2 comma 1 lett. a), poiché in base all'espressa previsione dell'art. 2 comma 6 lett. c) soltanto a questi soggetti può riferirsi il termine "amministrazioni aggiudicatrici", utilizzato dall'art. 37-bis per indicare i soggetti destinatari della proposta.

In sostanza la definizione di lavori pubblici contenuta nell'art. 2 della legge, con l'estensione dell'ambito soggettivo e con il superamento della connotazione pubblicistica formale, sembra non lasciare spazio ai lavori di pubblica utilità, la cui nozione resta assorbita in quella di lavori pubblici.

A questo deve aggiungersi che la proposta deve riguardare lavori pubblici inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 14, comma 2, ovvero negli altri strumenti di programmazione che, anche se intesi in un'accezione lata comprendente i piani urbanistici, sono comunque strumenti esclusivi delle amministrazioni¹⁵⁶.

Pertanto lo strumento non potrebbe essere utilizzato da una società mista, atteso che

¹⁵⁵ Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Urb. e App.*, n. 12/1998, 1358, cfr. pure Cass., sez. un., 6 maggio 1995, n. 4989, in *Foro it.*, 1996, I, 1364, con nota di F. Caringella, *Le società per azioni deputate alla gestione dei servizi pubblici: un difficile compromesso tra privatizzazioni e garanzie*, che pur giungendo a conclusioni diametralmente opposte rispetto al Consiglio di Stato per quanto riguarda il problema della giurisdizione, negando il carattere di funzione pubblica alla procedura di scelta dell'esecutore, in una fattispecie concernente la realizzazione da parte di una società mista di strutture, opere ed aree attrezzate destinate al servizio parcheggi, ha ritenuto tali opere qualificabili non come opere pubbliche ma piuttosto come opere private di pubblico interesse, "in quanto contrattualmente vincolate all'esercizio del servizio pubblico dei parcheggi e destinate, sia pure al termine di un lunghissimo periodo di tempo, a diventare di proprietà comunale".

¹⁵⁶ Rilevano S. AMOROSINO - R. SCIUTO, *op. cit.*, 69 che la preconditione posta dal legislatore consistente nella necessaria comprensione delle opere oggetto di proposta nel programma triennale di interventi dell'amministrazione, esclude implicitamente che la proposta possa riguardare anche opere di pubblica utilità.

la stessa non rientra nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 2, comma 1, lett. a), essendo ricompresa nella successiva lett. b)¹⁵⁷.

La definizione contenuta nella norma sembra piuttosto il riflesso della progressiva assimilazione, sia sotto il profilo delle procedure di affidamento che sotto quello della giurisdizione, anticipata dall'art. 19, del D.L. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con modificazioni in legge 23 maggio 1997, n. 135 e poi confermata dal D.Lgs. n. 80 del 1998 e dalla legge n. 205 del 2000, delle opere di pubblica utilità alle opere pubbliche.

In proposito va considerato che mentre l'art. 19 comma 2 nell'identificare l'oggetto della concessione di lavori pubblici si riferisce anche ai lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, pure ai fini della gestione funzionale ed economica, l'art. 37-*bis* si limita a riferirsi alla realizzazione di lavori pubblici (o di pubblica utilità); si tratta tuttavia di un mero difetto di coordinamento risolvibile tramite il richiamo operato dallo stesso art. 37-*bis* ai contratti di concessione di cui all'art. 19, comma 2 che comprende quindi anche le opere strumentali o complementari rispetto all'opera pubblica.

Probabilmente il legislatore ha inteso usare l'espressione lavori di pubblica utilità, in senso atecnico, per estendere la gamma degli interventi realizzabili con tale sistema (es. edifici per la cultura, lo sport etc.).

La necessità di conferire all'espressione "lavori di pubblica utilità" una portata effettiva, impone un ripensamento della tradizionale accezione, nel senso di un'estensione della nozione di lavori di pubblica utilità tale da ricomprendere interventi che pur non rispondenti ad un interesse diretto del soggetto aggiudicatore, si caratterizzano per le finalità di interesse generale, la fruizione pubblica e l'appartenenza pubblica, anche attraverso il trasferimento all'amministrazione dell'infrastruttura al termine della concessione.

Il problema è stato spesso affrontato da un punto di vista urbanistico, nell'ambito del quale si pongono implicazioni analoghe.

Così nell'ipotesi in cui, soprattutto nei Comuni minori, lo strumento urbanistico individua un'unica zona riservata ad interventi pubblici e privati di uso pubblico, (es. scuole, attrezzature sportive e ricreative, cinema, teatri), la compatibilità urbanistica di strutture alberghiere o turistico-ricreative dipende dalla possibilità di ricomprendere tali interventi tra quelli destinati a finalità di carattere generale.

All'elemento derivante dalla generalizzata usufruibilità pubblica di tali strutture, si contrappone, il rilievo secondo cui lo scopo di lucro perseguito dal privato imprenditore con la realizzazione dell'opera, potrebbe non considerarsi compatibile con l'elemento che consente di qualificare d'interesse pubblico l'opera eseguita dal privato, cioè la finalizzazione al soddisfacimento, in via immediata e diretta, di tale interesse pubblico.

D'altra parte l'interesse generale di un Comune si esprime anche nello sviluppo delle risorse dell'economia locale e quindi si traduce in un interesse a favorire

¹⁵⁷ Secondo S. AMOROSINO - R. SCIUTO, *op. cit.*, 70, le società miste rientrerebbero invece nel novero dei soggetti legittimati a presentare proposte, purché abbiano come oggetto sociale la realizzazione di infrastrutture, eventualmente anche nell'ambito di interventi di trasformazione urbana qualora le opere pubbliche siano inserite in tali interventi. In senso conforme F. CARINGELLA, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit., 1258.

l'incremento del flusso turistico, cui sono preordinate le strutture necessarie per la ricettività turistica.

Su questa base la realizzazione di strutture turistiche, specie in località dove è notevole l'afflusso turistico, può ritenersi suscettibile di soddisfare un pubblico interesse, ravvisandosi nella possibilità di avvalersi della procedura espropriativa, un indice del carattere di pubblico interesse, pur in assenza del carattere pubblico dell'opera¹⁵⁸.

Il riferimento ai lavori collegati induce inoltre a ritenere comunque comprese nella nozione le opere di urbanizzazione, alcune delle quali, per essere suscettibili di redditività (es. mercati, delegazioni comunali, impianti sportivi, attrezzature culturali) possono presentare un indubbio interesse ai fini dell'apporto del capitale privato, aprendo al mercato un settore finora precluso, in quanto le opere di urbanizzazione, quando realizzate dai privati, sono state sempre sottratte all'applicazione della disciplina degli appalti pubblici.

Lo stesso riferimento potrebbe assumere una più ampia accezione, intesa a consentire la realizzazione anche di opere per attività di carattere commerciale, di servizi etc. che non hanno attinenza con l'interesse pubblico alla cui soddisfazione è destinata l'opera principale; ovviamente per la realizzazione di tali opere il concessionario potrà avvalersi dei vantaggi del collegamento con l'opera pubblica in primo luogo in termini di dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e di variante al piano regolatore. Si tratta di una specifica disposizione volta ad agevolare il *project financing*, consentendo il ricorso allo strumento anche quando dalla realizzazione della sola opera pubblica non possono ricavarsi flussi di reddito adeguati a coprire i costi per cui possono essere integrati con quelli provenienti dalla realizzazione e

158

previsioni di piano, osserva "... sembra al Collegio eccessivamente rigida la tesi dell'appellante Regione, che nello scopo di lucro perseguito dal privato imprenditore ravvisa un ostacolo insormontabile al riconoscimento del pubblico interesse alla realizzazione della struttura alberghiera da lui progettata. In effetti, anche se sono comprensibili le preoccupazioni dell'Amministrazione in ordine agli abusi cui potrebbe dar luogo una eccessiva dilatazione del concetto di utilità pubblica, non è neppure possibile ignorare che da tempo la legislazione in materia ha previsto una serie di interventi finalizzati alla tutela dell'interesse generale che si riconnette all'attività alberghiera, interventi che se all'inizio erano indubbiamente limitati a garantire la sanità e la sicurezza pubblica, dopo la legge quadro sul turismo (17 maggio 1983, n. 217) hanno avuto di mira, in via immediata e diretta, il potenziamento e la qualificazione delle strutture alberghiere, in stretta connessione con il valore sociale che il fenomeno turistico è venuto assumendo nel tempo. Elementi significativi della crescente attenzione dimostrata dal Legislatore per l'attività alberghiera, in ragione dell'utilità pubblica che essa offre, sono da individuarsi nei finanziamenti statali che in detto interesse trovano la loro ragione immediata e diretta (Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 1977, n. 399); nella possibilità di ottenere, a fini espropriativi, la dichiarazione di pubblica utilità delle opere occorrenti alla costruzione, all'ampliamento e alla trasformazione degli alberghi (Cons. Stato, Sez. IV, 18 dicembre 1963 n. 930); nella imposizione del vincolo alberghiero, al quale è stata riconosciuta natura reale, nel senso che colpisce l'immobile in sé, senza alcun riferimento alle persone che si trovino con il bene in un determinato rapporto (Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 1981, n. 421); nella riconosciuta legittimità del diniego di autorizzazione allo svincolo, ove esso risulti di pregiudizio per le esigenze turistiche della zona nella quale la struttura alberghiera risulta allocata (Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 1974, n. 901, 4 novembre 1979, n. 969 e 27 gennaio 1981, n. 63); nel rifiuto da parte del giudice amministrativo a ravvisare nel vincolo alberghiero una violazione della libertà d'iniziativa privata, in quanto espressione dei programmi e controlli previsti dall'art. 41, comma 3, Cost. (Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 1975, n. 302). Si tratta di una serie di elementi che la giurisprudenza considera significativi della compatibilità fra l'attività imprenditoriale nel settore e l'interesse generale al suo sviluppo (Cons. Stato, sez. IV, 17 marzo 1965, n. 293)".

Cfr. Cons. Sta.

gestione delle opere collaterali.

Superando l'elencazione di cui all'art. 4 della legge 29 settembre 1964 n. 847 si consente che il corrispettivo della realizzazione dell'opera pubblica possa ricavarsi dalla realizzazione di opere finalizzate ad attività sussidiarie ed integrative che sono indispensabili all'ordinato e civile vivere di una popolazione, tra cui anche talune strutture produttive di uso collettivo (uffici, centri commerciali etc.), che siano compatibili e necessarie per agevolare la residenza dei cittadini in loco¹⁵⁹.

D'altra parte proprio la configurazione delle opere di urbanizzazione, quali opere di pubblica utilità, ha indotto a sollevare il problema dell'applicabilità dei moduli pubblicistici, e quindi della compatibilità con la normativa comunitaria in materia di appalti, delle disposizioni che ne prevedono la realizzazione a scomputo degli oneri di urbanizzazione (art. 11 della legge n. 10 del 1977, artt. 28 e 31 della legge 17 agosto 1942 n. 1150) in considerazione dell'onerosità, in tale particolare forma, del rapporto che si instaura con la pubblica amministrazione ed alla modifica ad opera della legge n. 166 del 2002 dell'art. 2 della legge n. 109. Con la nuova formulazione del comma 5 viene resa obbligatoria l'applicabilità della legge n. 109 agli interventi eseguiti direttamente dai privati a scomputo di contributi connessi "ad atti abilitanti all'attività edilizia o conseguenti agli obblighi di cui al quinto comma dell'art. 28 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni, o di quanto agli interventi assimilabile", imponendo l'obbligo di affidamento degli appalti nel rispetto delle procedure di gara previste dalla direttiva 93/37/CEE alle singole opere d'importo superiore alla soglia comunitaria¹⁶⁰.

2. I requisiti del promotore.

L'art. 37-*bis* della legge n. 109 ha individuato direttamente, quali soggetti promotori, i soggetti di cui all'art. 10 della legge n. 109/1994, ossia i soggetti ammessi, in linea generale, a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici, cioè le imprese singole, ed i consorzi di cooperative e tra imprese artigiane, i consorzi stabili, i raggruppamenti temporanei e i Geie (gruppi europei di interesse economico).

La possibilità di attivare l'iniziativa è prevista anche in favore delle società di ingegneria e di "soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento".

Le prime sono definite dall'art. 17, comma 1, lett. f) della legge n. 109 quali società di capitali di cui ai Capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori,

¹⁵⁹ Sulla legittimità dell'inserimento in un'area p.e.e.p. di tali tipologie di opere, v. Cons. Stato, sez. IV, 6 luglio 1983, n. 506, in *Cons. Stato*, 1983, I, 675; T.A.R. Puglia 23 febbraio 1989, n. 108, in *Trib. amm. reg.*, 1989, I, 1443; T.A.R. Emilia-Romagna, 22 agosto 1984 n. 320, *ibidem*, 1984, I, 3094. Nella stessa prospettiva, l'intervento di un Comune per la realizzazione di un centro di servizi da adibire al soddisfacimento di esigenze culturali (museo storico, pinacoteca, sala convegni etc.) mediante adattamento, ristrutturazione e restauro di un edificio privato è stato considerato opera pubblica per la sua idoneità a soddisfare i vari fini pubblici perseguiti (T.A.R. Abruzzo, 19 luglio 1985 n. 332, in *Trib. amm. reg.*, 1985, I, 3405).

¹⁶⁰ Sul problema della compatibilità con la normativa comunitaria in materia di appalti delle disposizioni che prevedono la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo dei relativi oneri, cfr. Cap. II par. 8.

valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale.

In sostanza il legislatore, probabilmente per consentire l'avvio degli interventi anche prima dell'emanazione del regolamento, ha inteso collegare la capacità di promuovere proposte a quella riferita ad alcune delle fasi del processo di realizzazione dell'opera, cioè la progettazione, che è attività propria delle società di ingegneria e la costruzione, benché l'elemento caratterizzante dell'istituto sia l'aspetto economico-gestionale che richiede capacità di tipo diverso, non assimilabili alle prime.

Questa capacità di promozione è svincolata dalla sussistenza di requisiti specifici proporzionati all'entità dell'intervento, nel senso che per le imprese di costruzione non è richiesta una attestazione SOA corrispondente all'entità ed alla categoria dei lavori da eseguire, e per le società di progettazione non è richiesto alcun requisito, per cui è sufficiente l'appartenenza alla categoria definita dall'art. 17, comma 1, lett. f).

L'individuazione degli altri soggetti promotori è invece rimessa al regolamento, in quanto la norma si limita ad una generica definizione, "soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali", riservandone la specificazione al regolamento.

La disposizione va coordinata con quella di cui all'art. 8 comma 11-ter, aggiunto dall'art. 2 comma 5 della legge n. 415 del 1998, che in tema di qualificazione dei concessionari che non intendano eseguire i lavori con la propria organizzazione d'impresa, rimette al regolamento di cui all'art. 3 comma 2, che è il regolamento generale, emanato con D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, diverso dal regolamento di cui allo stesso art. 8 comma 2 - emanato con D.P.R. n. 34 del 2000 – che ha istituito il nuovo sistema di qualificazione in sostituzione di quello fondato sull'iscrizione all'ANC, - la definizione degli specifici requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi che devono possedere i concorrenti.

La norma quindi riconosce la specificità dei requisiti per tale categoria di soggetti, confermando la netta distinzione rispetto all'appaltatore e differenziando gli stessi in base alla circostanza che all'esecuzione dei lavori si proceda o meno con la propria struttura d'impresa.

Il regolamento ha stabilito i requisiti del concessionario-non esecutore e quelli del promotore, in maniera uniforme, in quanto lo strumento individuato dal legislatore, per la realizzazione dell'intervento su iniziativa del promotore, e con risorse totalmente o parzialmente a carico dello stesso, è la concessione, di cui all'art. 19 comma 2, espressamente richiamata dall'art. 37- bis.

Come sopra esposto trattando dei requisiti del concessionario¹⁶¹, l'art. 98 del Regolamento prevede che i requisiti dei concessionari che intendono eseguire i lavori con la propria organizzazione d'impresa sono equiparati a quelli previsti per gli appaltatori dagli artt. 8 e 9 della legge, nei limiti dell'esecuzione diretta, dovendosi cioè far riferimento alla quota dei lavori non affidata all'esterno, cioè ad imprese terze o ad imprese collegate, in coerenza con le previsioni dell'art. 2, comma 4.

La stessa norma prevede ulteriori requisiti che devono possedere i concessionari, anche se intendono eseguire i lavori in proprio, attestanti la capacità economico-

¹⁶¹ V. Cap. VI par. 10.

finanziaria e gestionale riferita allo specifico intervento oggetto di concessione.

I requisiti attinenti la capacità economico-finanziaria di cui all'art. 98 comma 1 lett. a), b), c) e d), sono gli unici che devono possedere i concessionari-non costruttori, o comunque i concessionari che pur essendo imprese di costruzioni, non intendono eseguire direttamente i lavori, oggetto della concessione.

Il regolamento non prevede requisiti specifici del promotore diversi rispetto a quelli del concessionario non esecutore, in quanto l'art. 99 si limita a rinviare ai requisiti del concessionario previsti dall'art. 98.

L'art. 99 tuttavia, nel richiamare i requisiti del concessionario, prevede che questi debbano essere posseduti dal promotore, "anche associando o consorziando altri soggetti".

Tale espressione sembra consentire possibilità di aggregazioni più ampie di quelle previste per il concessionario e comunque la partecipazione all'associazione o al consorzio anche di soggetti privi dei requisiti sia per la costruzione che per la gestione del servizio, che intervengono in qualità di meri finanziatori in coerenza con la natura tipica del *project financing*.

Per le associazioni e i consorzi l'art. 98 comma 4 richiama l'art. 95 per la misura del possesso dei requisiti relativi al fatturato medio (comma 1 lett. a) ed al capitale sociale (comma 1 lett. b), cioè dei requisiti economico-finanziari; per cui valgono le percentuali di ripartizione tra la mandataria e le mandanti (o le consorziate) stabilite dall'art. 95.

L'art. 99 invece si limita a stabilire che il promotore deve essere in possesso, all'atto dell'affidamento della concessione, dei requisiti previsti dall'art. 98, anche associando o consorziando altri soggetti. Dal mancato richiamo all'art. 95, sembra potersi ritenere rilevante la considerazione unitaria del gruppo, a prescindere dalle entità del possesso dei requisiti nelle singole imprese parti del raggruppamento, previste appunto dall'art. 95, nella disciplina delle associazioni o consorzi.

Lo stesso art. 37-bis comma 2 consente che i soggetti suindicati presentino la proposta, dopo essersi eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi.

In effetti, la partecipazione di più soggetti con diverse capacità tecniche, economiche e professionali, corrisponde al profilo tipico dell'istituto che si ravvisa nella costituzione di un'entità economica a cui vengono destinati i finanziamenti, caratterizzata dalla partecipazione di più soggetti portatori di interessi differenziati tra i quali si ripartiscono i rischi attraverso un'articolazione contrattuale delle garanzie. Nei casi invece in cui il promotore si identifichi con una società di ingegneria o un'impresa di costruzione, cioè con uno dei soggetti di cui agli artt. 10 e 17 comma 1 lett. f), si avrà una particolare forma di concessione di costruzione e gestione che si caratterizza dal punto di vista procedurale per l'attivazione ad iniziativa di parte anziché del soggetto pubblico.

La possibilità di costituire raggruppamenti tra soggetti eterogenei pone il problema, per gli aspetti relativi alla partecipazione di associazioni temporanee e consorzi, diversi da quelli concernenti il possesso dei requisiti gestionali (mentre per quelli economico-finanziari vale il richiamo all'art. 95 da parte dell'art. 98 comma 4), dell'applicabilità ai promotori del regime dall'art.13 della legge. L'art. 13 comma 5

della legge, consente infatti di rinviare la costituzione dell'associazione temporanea o del consorzio, di cui all'art. 10, comma 1, lett. d) ed e), al momento dell'aggiudicazione, a condizione che l'offerta sia stata sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenga l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti.

Ne consegue che il momento in cui viene in considerazione la normativa sulle procedure di gara, per tutti gli aspetti non espressamente disciplinati, anche in relazione ai requisiti ed alla composizione dei soggetti aspiranti concessionari, è quello del bando.

Fino all'entrata in vigore del regolamento, potevano rendersi promotori unicamente i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento in base all'art. 10 e le società di ingegneria, anche se associati con enti finanziatori e con gestori di servizi.

L'art. 99 allarga l'ambito dei soggetti che possono presentare proposte, comprendendo, accanto ai costruttori ed alle società di ingegneria, soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, specificando, come unico requisito di carattere generale, la partecipazione negli ultimi tre anni in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.

Il regolamento ha inteso in sostanza privilegiare il dato funzionale, relativo al tipo di attività svolta ed all'esperienza maturata.

Gli istituti di credito ed assicurativi possono quindi presentare proposte anche autonomamente, risultando superato il limite derivante dall'art. 37-bis della legge, che ne consentiva la partecipazione, ma in quanto parti di un raggruppamento o consorzio.

Gli altri soggetti risultano, tuttavia, definiti in maniera molto ampia, quanto meno con riguardo ai soggetti che svolgono prestazioni tecnico-operative o di consulenza, sulla base dell'attività svolta, più che sulle caratteristiche soggettive, per cui non è possibile un inquadramento in categorie specifiche.

I soggetti che svolgono prestazioni tecnico-operative, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici non possono, in particolare, identificarsi con le società di ingegneria, che pure in effetti, rendono tali prestazioni, in quanto già contemplate dalla norma che richiama specificamente l'art. 17, comma 1, lett. f).

Non sembra tuttavia neppure possibile considerare ammissibile la proposta proveniente dalle società di cui all'art. 17, comma 6, lett. a), pur potendosi qualificare come soggetti che svolgono attività tecnico-operativa e/o di consulenza nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità.

Infatti sia la legge che il regolamento prevedono espressamente le società di ingegneria, di cui alla successiva lett. b) del comma 6 dell'art. 17, tra i soggetti ammessi a presentare proposte, per cui sarebbe stata necessaria una analoga previsione esplicita per le società di professionisti, considerato che per altri versi (es. ai fini della progettazione) i due tipi di società vengono equiparati.

Tali soggetti finiscono quindi per coincidere con i soggetti gestori di servizi già

menzionati nell'art. 37-bis comma 2 della legge, tra i possibili promotori in associazione con i costruttori e le società di ingegneria.

Questa disposizione peraltro demanda al regolamento la specificazione dei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali di soggetti diversi dagli enti finanziatori e gestori di servizi, con i quali essi potevano eventualmente associarsi.

Per questi ultimi soggetti, genericamente definiti enti finanziatori o gestori di servizi, non erano previsti dalla legge requisiti specifici, per cui poteva ritenersi, in base al tenore dell'art. 37-bis, che il legislatore intendesse rimettere al regolamento la definizione dei requisiti di capacità tecnica economica e finanziaria, per i promotori non costruttori, ma non per i gestori e finanziatori dell'opera.

Tale regime era in parte spiegabile in base alla circostanza che gli enti gestori di servizi e gli enti finanziatori, non potevano rendersi direttamente promotori, ma unicamente partecipare a raggruppamenti con altri soggetti.

La norma regolamentare ha sgomberato il campo dai dubbi cui poteva dare adito la distinta considerazione di queste categorie di soggetti, dettando un regime omogeneo per tutti i soggetti diversi dai costruttori e dalle società di ingegneria.

La previsione infatti, pur essendo riferita alle gare di progettazione, è finalizzata ad agevolare la partecipazione di soggetti neo costituiti alle gare in cui vengono in rilievo le attività che costituiscono l'oggetto sociale (studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale - art. 17 comma 1 della legge n. 109/94).

Per cui se il legislatore all'art. 37-bis della legge n. 109 del 1994, ha inteso collegare la capacità di promuovere proposte a quella riferita ad alcune delle fasi del processo di realizzazione dell'opera, tra cui la progettazione, che è attività propria delle società di ingegneria, appare consequenziale l'applicabilità di tutte le disposizioni che disciplinano i requisiti delle stesse ai fini della partecipazione alle gare¹⁶².

La scelta dei redattori del regolamento è ispirata all'intento di favorire una più ampia partecipazione possibile nella proposizione di interventi di *project financing*, senza la preventiva fissazione di requisiti troppo rigidi che finirebbero per creare vincoli di carattere formale, a detrimento delle caratteristiche dell'intervento e dell'eterogeneità degli aspetti gestionali connessi che richiedono un'apertura al mercato ed un apporto di tecnologie e *know how* in continua evoluzione, come tali insuscettibili di una penetrante definizione in un testo normativo.

Il comma 3 dell'art. 99 prescrive che il promotore “al fine di ottenere l'affidamento della concessione” deve “comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'art. 98”, indipendentemente dall'appartenenza del soggetto alle diverse categorie specificate nel comma 1.

La disposizione tende a favorire una più ampia partecipazione alle iniziative di *project financing*, valorizzando l'apporto di diverse competenze imprenditoriali e professionali, e quindi incoraggiando la presentazione di proposte sulla base dei requisiti meno penetranti previsti dall'art. 99, comma 1.

La scansione temporale tra la fase della proposta, per la quale è sufficiente il possesso dei requisiti di cui all'art. 99, comma 1 e la fase dell'affidamento della concessione, per la quale è richiesta la sussistenza dei requisiti di cui all'art. 98,

162

tende a valorizzare l'apporto propositivo di diverse competenze imprenditoriali e professionali, incoraggiando la presentazione di proposte sulla base dei requisiti meno penetranti previsti dall'art. 99, comma 1.

In sostanza l'art. 99, comma 3 agevola il ricorso a forme associative, senza rinunciare alle garanzie legate alla capacità economico-finanziaria e tecnica, attestate dai requisiti di cui all'art. 98, che devono essere in possesso del promotore che intenda ottenere l'affidamento della concessione a prescindere dalla composizione soggettiva.

Ai fini dell'affidamento della concessione, è infatti inevitabile la coincidenza dei requisiti del promotore-concessionario, con quelli del concessionario puro, per cui viene a configurarsi una sorta di doppia qualificazione, duttile nella fase di promozione e stringente in quella dell'affidamento¹⁶³.

Una volta superato il vaglio della valutazione di cui all'art. 37-ter, la proposta del promotore viene posta a base di gara ed è vincolante per lo stesso, ai sensi dell'art. 37-quater, comma 2, anche in assenza di altre offerte.

Non potrebbe ritenersi che la previsione dell'art. 99 del regolamento sulla possibilità di presentare la proposta da parte di soggetti con requisiti minori rispetto a quelli necessari per l'affidamento, abbia un effetto diverso da quello di carattere temporale, di procrastinare il momento della verifica dei requisiti a quello dell'affidamento della concessione, e possa configurarsi quale causa di esonero dall'escussione delle garanzie.

A prescindere dalle considerazioni sulla portata della norma, in tal modo si finirebbe per incentivare una figura di promotore-mediatore che è ben lontana dalle intenzioni del legislatore.

Pertanto nell'ipotesi in cui il promotore non sia in grado di costituire una compagine con i requisiti previsti dall'art. 98 del regolamento, indispensabili ai fini dell'affidamento della concessione, anche in mancanza di offerte concorrenti, l'amministrazione non potrà affidare la concessione e dovrà procedere all'incameramento della cauzione prevista dallo stesso comma 2 dell'art. 37-quater.

Il carattere vincolante della proposta per il promotore, qualora non vi siano altre offerte nella gara, è garantito appunto dalla cauzione di cui all'art. 30, comma 1, e da una ulteriore cauzione pari all'importo di cui all'art. 37-bis, comma 1, ultimo periodo, da versare, su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice, prima dell'indizione del bando di gara. Tali garanzie coprono gli oneri ed i danni derivanti all'Amministrazione dal comportamento inadempiente del promotore divenuto aggiudicatario.

Nell'ipotesi in cui, essendo state presentate offerte valide ed ammissibili per la fase di gara di cui all'art. 37-quater, comma 1 lett. a), si giunga comunque alla fase di trattativa privata di cui alla successiva lettera b), il promotore privo dei requisiti del concessionario sarà escluso da tale gara¹⁶⁴.

¹⁶³ Determinazione 4 ottobre 2001 n. 20/2001 *cit.*.

¹⁶⁴ Cons. Stato, V, 10 febbraio 2004, n. 495, esclude la possibilità di accordare al promotore la facoltà di dimostrare anche in un momento successivo all'aggiudicazione il possesso dei requisiti, rileva che la mancata partecipazione alla procedura negoziale del promotore, o la sua esclusione per ragioni di ordine formale, non determinano l'arresto del procedimento e la necessità della sua *rinnovazione fin dall'atto di iniziativa, ritenendo tale interpretazione in contrasto sia con lettera della legge sia con i principi generali della contrattualistica pubblica, "in quanto subordina la*

In tale contesto anche l'impegno da parte del promotore ad associarsi per integrare i requisiti del concessionario appare privo di effettiva rilevanza, in quanto meramente ripetitivo di un obbligo di legge. L'impegno del promotore ad associare altri soggetti per integrare il possesso dei requisiti di legge prima dell'avvio della fase di confronto con i concorrenti, nell'ipotesi in cui pur risultando la relativa proposta meritevole di aggiudicazione, il promotore non possa rendersi aggiudicatario della concessione per mancanza dei requisiti prescritti dalla legge, non muta i termini della responsabilità nei confronti dell'amministrazione¹⁶⁵.

Quanto al momento in cui viene in rilievo la necessità del possesso da parte del promotore dei requisiti del concessionario, l'Autorità di vigilanza, nella richiamata determinazione n. 20/2001, lo identifica nell'indizione della gara di cui all'art. 37-*quater*, "in analogia con quanto avviene per gli altri sistemi di affidamento dei lavori pubblici". Tale soluzione appare discostarsi dal tenore letterale dell'art. 99 comma 3, che si riferisce all'affidamento della concessione, e non pienamente coerente con la *ratio* della disposizione, di favorire la presentazione delle proposte, rinviando la necessità del possesso dei requisiti e quindi dell'estensione soggettiva del promotore. In particolare il riferimento all'indizione della gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1 lett. a), risulta poco coerente con la posizione del promotore che, a differenza di quanto avviene per gli altri sistemi di affidamento, non partecipa a tale gara, in quanto la comparazione avviene tra le singole offerte e non comprende la proposta del promotore, che rappresenta l'elemento di raffronto, assimilandosi al bando predisposto dall'amministrazione nella concessione ordinaria.

Pertanto sembra più rispondente alle caratteristiche del sistema di gara fare riferimento ai fini della verifica alla fase procedurale che rileva ai fini dell'affidamento, cioè la procedura negoziata di cui al comma 1, lett. b)¹⁶⁶.

soddisfazione dell'interesse pubblico alla volontà ed ai comportamenti di soggetti che agiscono unicamente tutela di interessi privati."

¹⁶⁵ Cfr. T.A.R. Umbria, 21 agosto 2002 n. 645, *cit.*, facendo applicazione del principio generale in virtù del quale nelle procedure di aggiudicazione e segnatamente nella predisposizione dei bandi, l'amministrazione può richiedere requisiti ed impegni ulteriori rispetto a quelli fissati dalla legge - nei limiti della rispondenza al pubblico interesse e nel rispetto della *par condicio* - il Tribunale lascia aperta la possibilità di richiedere un impegno e delle garanzie, nei termini precisati dall'Autorità, in quanto rispondenti ai canoni di buon andamento e razionalità dell'attività amministrativa. Non appare invece condivisibile il punto della sentenza - sia pure attenuato dalla successiva precisazione che la proposta presentata dal soggetto privo dei requisiti del concessionario possa essere ugualmente meritevole di dare il via al procedimento concorrenziale - in cui si osserva che la mancanza all'origine dei requisiti e di un formale e garantito impegno ad associarsi per integrarne il possesso, può essere valutata in senso negativo, con gli altri elementi che denotano, ai sensi dell'art. 37-*ter*, il grado di fattibilità dei progetti, al fine di selezionare, tra le proposte pervenute all'Amministrazione, quelle di pubblico interesse. Se la norma infatti consente al promotore di presentare la proposta richiedendo unicamente i minori requisiti di cui all'art. 99 D.P.R. n. 554 del 1999, non si vede come tale qualificazione possa incidere sul confronto ai fini della valutazione di cui all'art. 37-*ter*, nell'ipotesi in cui siano state presentate più proposte. In questa fase il confronto non è tra i soggetti ma tra le proposte, per individuare quella ritenuta di pubblico interesse da porre a base dei successivi sviluppi del procedimento.

¹⁶⁶ Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, 14 gennaio 2003 n. 1, in *Appalti e contratti.it*, che richiama la Determinazione n. 20/2001 dell'Autorità per affermare la necessità del possesso dei requisiti richiesti per il concessionario al momento della indizione della gara, ma in altro passo della sentenza sostiene che i predetti requisiti devono essere posseduti dal promotore all'atto della gara negoziata (nel caso oggetto della sentenza la questione non era rilevante in quanto il possesso dei requisiti era stato dimostrato dopo l'aggiudicazione. Il riferimento alla procedura negoziata emerge nella parte in cui la

In giurisprudenza¹⁶⁷ è stata invece considerata ammissibile l'integrazione del soggetto promotore anche nel corso della procedura negoziata, sul presupposto che "l'aspirante promotore dà corpo alle esigenze realizzative (fino ad allora inesprese) dell'Amministrazione predisponendo un progetto completo, ancorché migliorabile, senza alcuna garanzia di rientro dell'investimento, e che, una volta divenuto promotore, lo mette a disposizione dell'Amministrazione con l'unica certezza di recuperare le spese sostenute" per cui non è possibile considerare la proposta del promotore, pur potenzialmente vincolante per espressa previsione dell'art. 37-*quater*, comma 2, alla stregua di una offerta qualsiasi¹⁶⁸.

Quanto all'arco temporale rilevante per la valutazione dei requisiti del concessionario ai sensi dell'art. 98 (i cinque anni), nel caso di concessione ad iniziativa del promotore, per ragioni di coerenza dovrebbe valere non il riferimento alla pubblicazione del bando che dà inizio alla gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a), ma appunto a quello di indizione della procedura negoziata di cui alla successiva lett. b).

Va tuttavia considerato che la facoltà di rinviare il possesso dei requisiti del concessionario costituisce una disposizione di favore per il promotore, di carattere eccezionale, che non può essere interpretata estensivamente. Inoltre la gara di cui all'art. 37-*quater* costituisce un procedimento unico, articolato in due fasi, per cui il bando costituente la *lex specialis*, seppure con la peculiarità che alla prima fase della gara non partecipa il promotore, assolve la sua funzione anche nei confronti del promotore, per tutti gli effetti che residuano, tra i quali quello della pubblicazione, in tutti i casi in cui assume rilevanza (così oltre che ai fini della determinazione dei

sentenza considera irrilevante la semplice manifestazione di volersi associare solo dopo l'aggiudicazione della gara, perché non sorretta da una correlata dichiarazione dell'altra impresa con la quale associarsi formulata prima della procedura negoziata. Nel senso che il momento in cui promotore deve essere qualificato anche come concessionario, non coincide con l'indizione della gara di cui all'art. 37-*quater*, lett. a) del comma 1, ma con quello che precede l'avvio della procedura negoziata di cui alla successiva lett. b), L. BELLAGAMBA, *L'affidamento del project financing nei lavori pubblici*, San Marino, 2003, 168.

¹⁶⁷ T.A.R. Umbria, 21 agosto 2002 n. 645, *cit.* La sentenza richiama la Determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 4/2002, nella parte in cui consente al promotore di modificare la compagine sociale sino al momento dell'indizione del sub-procedimento negoziato, ma nel caso di specie, dopo la sub-fase endoprocedimentale di "allineamento" del promotore all'offerta scaturita all'esito della procedura di licitazione, veniva dato ingresso alla sub-fase conclusiva consistente nel confronto tra i due concorrenti (tramite un unico rilancio migliorativo basato sul parametro "dell'offerta economicamente aggiuntiva per l'acquisizione della proprietà dell'area edificabile", ai fini dell'aggiudicazione della concessione) ed in questa sub-fase, dopo l'assegnazione da parte dell'Amministrazione di un termine per prendere visione dell'offerta migliorativa, depositare la documentazione relativa all'adeguamento dei parametri tecnici, economico-finanziari, convenzionali e gestionali e la documentazione necessaria a dimostrare il possesso dei requisiti di cui all'art. 98 del D.P.R. 554/1999, il promotore associava l'Azienda Trasporti Consorziata S.p.a. (A.T.C.), presentando la documentazione richiesta con riferimento alla nuova compagine.

¹⁶⁸ La stessa sentenza citata nella nota che precede, sottolinea che in assenza di prescrizioni espresse, in sede di gara si deve sempre privilegiare, tra le diverse interpretazioni possibili, quella più favorevole all'ammissione delle imprese aspiranti e ad una scelta del contraente tra il maggior numero di offerte, nell'interesse pubblico connesso alla massima partecipazione ed alla probabilità di ottenere offerte finali più convenienti all'Amministrazione. Tuttavia non sembra considerare che la posizione del promotore, in assenza di un bando, è regolata interamente dalla legge. Sul principio che privilegia l'interpretazione delle clausole del bando nel senso più favorevole all'ammissione delle offerte delle ditte concorrenti, cfr. Cons. Stato, 22 maggio 1998, n. 801, in *Cons. Stato*, 1998, 5-6, 988; Cons. Stato, sez. V, 31 marzo 1994, n.236, in *Giur. it.*, 1994, III, 1, 521.

requisiti, nei casi di successione di leggi nel tempo).

L'art. 99 comma 2 sembra anticipare la possibilità di costituire una società di progetto ad un momento anteriore a quello dell'aggiudicazione previsto dall'art. 37-*quinquies*, specificando che i promotori possono anche costituirsi appositamente per la presentazione della proposta, purché nell'entità così costituita siano presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma 1.

La lettera della disposizione, seppure con una formulazione non limpida, in quanto fa riferimento non ai soggetti di cui al comma 1, ma a quelli aventi i requisiti di esperienza e di professionalità stabiliti nel comma 1, indica la necessità che la partecipazione maggioritaria sia detenuta da soggetti diversi che, in virtù dei requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma 1, sarebbero abilitati a presentare la proposta da soli, vale a dire i costruttori, le società di ingegneria, ed i soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività.

La norma in sostanza sembra diretta a consentire l'aggregazione di soggetti finanziatori e gestori di servizi, anche non in possesso dei requisiti di cui al comma 1, purché sia assicurata la presenza maggioritaria nella compagine dei promotori, di soggetti in possesso di tali requisiti.

La disposizione regolamentare integra il disposto dell'art. 37-*bis* comma 2 della legge che, oltre ad individuare talune categorie di soggetti che hanno facoltà di presentare proposte (i soggetti di cui agli artt. 10 e 17 comma 1, lett. f), ed a rimettere al regolamento di individuare soggetti ulteriori specificandone i requisiti, consente in generale la partecipazione di enti finanziatori e gestori di servizi, ancorché privi di specifici requisiti professionali, finanziari e tecnico-operativi, a condizione che siano associati o consorziati con i primi.

In base all'art. 37-*quinquies*, come vedremo trattando della società di progetto, l'amministrazione può prevedere nel bando l'obbligatorietà della società di progetto, che sarà la soluzione preferibile nei casi in cui, in considerazione dell'importo o delle caratteristiche delle opere, voglia garantirsi una più ampia partecipazione alla realizzazione e gestione dell'opera, e quindi la possibilità di ottenere maggiori garanzie grazie alla ripartizione del rischio.

Ma la costituzione obbligatoria della società di progetto non può essere imposta al promotore in quanto questo non partecipa alla gara di cui all'art. 37-*quater* e quindi non è soggetto al bando.

La previsione dell'art. 99 comma 2, potrebbe quindi essere intesa quale strumento per riequilibrare la differente posizione del promotore e dell'aggiudicatario, consentendo al promotore di promuovere la proposta in forma di società di progetto, istituto al quale, oltre all'associazione temporanea, si riferirebbe l'espressione "soggetti appositamente costituiti", ma imponendo una composizione particolarmente qualificata della compagine sociale.

Secondo una diversa tesi sarebbe inammissibile la costituzione di una società di progetto prima dell'aggiudicazione, sia in ragione del tenore letterale dell'art. 37-*quinquies*, in cui la costituzione della società di progetto è successiva all'aggiudicazione, sia della articolazione in due fasi della procedura di

aggiudicazione¹⁶⁹.

Pertanto all'espressione "soggetti appositamente costituiti" non potrebbe attribuirsi alcun altro significato che il riferimento ad associazioni temporanee "miste", tra soggetti con professionalità diverse che concorrono al ciclo di realizzazione delle opere pubbliche, ai sensi degli artt. 10 comma 1 e 17, comma 1, lett. d), e), f) e g) vale a dire i progettisti e gli esecutori, nonché gli altri soggetti individuati dall'art. 99, comma 1, superando, per l'ipotesi prevista dalla norma, il limite implicito nell'art. 13. Sotto un profilo diverso ma collegato lo stesso regolamento inoltre introduce un regime più rigoroso di quello operante con la legge.

In base al tenore letterale dell'art. 37-bis, comma 2, operante fino all'entrata in vigore del regolamento, per i soggetti costruttori e per le società di ingegneria non erano previsti requisiti particolari; per queste ultime in particolare sarebbe stata sufficiente la costituzione ed in seguito all'entrata in vigore del regolamento, la sussistenza dei requisiti generali previsti dall'art. 53 del regolamento, per comprovare il possesso dei requisiti di serietà e capacità.

La legge in pratica aveva conferito ai soggetti abilitati all'esecuzione delle prestazioni in cui si articolano le due fasi di realizzazione di un'opera pubblica, cioè la progettazione e l'esecuzione e, quindi rispettivamente alle società di ingegneria ed alle imprese di costruzione, la possibilità di rendersi promotori di una proposta di *project financing* indipendentemente dall'individuazione di requisiti ulteriori e di ottenere l'affidamento della concessione.

Con l'entrata in vigore del regolamento che ha previsto la necessità per tutti i soggetti promotori, anche avvalendosi delle possibilità di associazione, del possesso "comunque" dei requisiti previsti dall'art. 98, comma 3, è venuto meno questo regime di favore per le società di ingegneria e i soggetti costruttori, che resta limitato alla fase della promozione, mentre ai fini dell'affidamento della concessione viene in considerazione il possesso dei requisiti di cui all'art. 98, comma 3.

Tale regime più rigoroso, sia in relazione alla composizione del promotore ove si identifichi con un soggetto appositamente costituito, sia in relazione ai requisiti, risponde al principio tipico del *project financing* della tendenziale ripartizione di

¹⁶⁹ V. LOPILATO, *Trust e project financing*, in www.lexitalia.it, n. 9-2002, quale ulteriore argomento, l'Autore rileva pure "che non si può astrattamente ipotizzare la costituzione di una società di progetto che abbia come oggetto sociale esclusivo la realizzazione e la gestione di un'opera pubblica ancora da aggiudicare." In giurisprudenza cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 settembre 2003, n. 3724, che ha disatteso l'eccezione dell'amministrazione sul difetto di legittimazione attiva della società di progetto costituita prima dell'affidamento della concessione fondata sul rilievo che essa resta estranea alla procedura, con la conseguenza che la sua anticipata costituzione risulterebbe irrilevante e non le conferirebbe una posizione giuridica qualificata, differenziata ed autonoma, tale da consentirle di proporre ricorso allo scopo di contestare la mancata aggiudicazione della concessione in capo all'ATI alla quale dovrebbe subentrare. Il Tribunale ha respinto l'eccezione sul presupposto che la costituzione della società di progetto prima dell'aggiudicazione "rileva ai fini della legittimazione attiva e della presenza di un interesse concreto alla contestazione del provvedimento impugnato, proprio perché, in virtù della disposizione citata, la "società di progetto" costituita dal promotore è destinata a diventare la concessionaria, subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione, sicché essa tutela, con l'azione esercitata, il suo diretto interesse all'affidamento della concessione in favore del promotore, al quale ha diritto di subentrare", ammettendo implicitamente la legittimità della costituzione di una società di progetto prima dell'aggiudicazione. Sulla titolarità in capo alla società di progetto costituita prima dell'aggiudicazione di un interesse legittimo a sindacare la fase della licitazione privata, cfr. pure T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 18 marzo 2002, n. 1140.

compiti e rischi, in quanto favorisce l'aggregazione di professionalità e capacità imprenditoriali, valorizzando il dato legislativo dell'art. 37-*bis* che già consentiva ai soggetti ammessi a presentare la proposta di associarsi o consorziarsi "con enti finanziatori e con enti gestori di servizi".

3. Proposta e programmazione pubblica.

Le possibilità di ricorso al *project financing* sono notevoli, in quanto il legislatore si limita a richiedere, quale sola condizione vincolante per l'amministrazione, che gli interventi da realizzare siano inseriti nella programmazione triennale di cui all'art. 14 comma 2, ovvero "negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice, sulla base della normativa vigente".

Il programma triennale dei lavori pubblici rappresenta lo strumento base per il ricorso al *project financing*. La vincolatività del programma ai fini della realizzazione dei lavori pubblici non è stata tuttavia immediata, in quanto l'art. 14 comma 11 in sostanza subordinava l'obbligatoria adozione del programma e degli elenchi annuali, all'entrata in vigore del decreto del Ministero dei lavori pubblici, adottato il 21 giugno 2000, finalizzato alla definizione degli schemi tipo, mentre il successivo comma 12 subordinava l'applicazione delle disposizioni di cui ai commi 1, 5 e 10, relative rispettivamente alla predisposizione ed approvazione del programma, al rispetto delle priorità dallo stesso previste nell'attuazione degli interventi, all'indisponibilità dei finanziamenti per i lavori non ricompresi nell'elenco annuale, ed alla pubblicazione del predetto decreto ministeriale, con decorrenza dal primo esercizio finanziario successivo a tale pubblicazione oppure dal secondo qualora il decreto fosse stato emanato nel secondo semestre dell'anno.

Rappresentando le disposizioni differite l'impianto dell'art. 14, di fatto il sistema di programmazione non poteva ritenersi operativo, in quanto le restanti disposizioni non potevano trovare applicazione in mancanza del programma triennale e degli elenchi annuali.

Tuttavia il riferimento agli strumenti di programmazione contenuto nell'art. 14, ha reso possibile l'applicazione dell'istituto anche prima della pubblicazione del regolamento. L'ampia dizione della norma consente di assumere quale presupposto della procedura qualsiasi strumento di carattere programmatico.

Rinviando alla trattazione relativa alle precondizioni per l'attivazione di interventi in *project financing*¹⁷⁰, deve sottolinearsi che l'intento del legislatore è di valorizzare, anche in assenza del programma triennale, qualsiasi strumento di carattere programmatico, ed in particolare gli strumenti di pianificazione di livello superiore, aventi ad oggetto la pianificazione urbanistica. Tra gli "strumenti di programmazione formalmente approvati" possono essere compresi gli ordinari strumenti di pianificazione territoriale, quindi i piani urbanistici, i piani territoriali di coordinamento ed i piani regolatori generali¹⁷¹, ma anche i procedimenti di programmazione negoziata, previsti dall'art. 2 (commi da 203 a 209) della legge 21 dicembre 1996, n. 662 ed i "Programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio (P.R.U.S.S.T.) di cui al Decreto del Ministro dei Lavori Pubblici 8 ottobre 1998, n. 1169 recante promozione di programmi innovativi in ambito urbano.

Il programma dei lavori pubblici, anche in relazione agli interventi realizzabili con il capitale privato, considerata la possibilità del concorrente finanziamento pubblico, è a sua volta espressione della programmazione finanziaria e costituisce un allegato al bilancio degli Enti Locali (art. 172, comma 1, lett. d, del t.u. n. 267 del 2000), che può valere quale strumento programmatico ai fini della realizzazione di opere con la procedura di cui agli artt. 37-*bis* e seguenti.

Il momento centrale dell'attività programmatica dell'amministrazione locale è dato proprio dall'approvazione del bilancio, ciò in quanto in tale strumento si concentra la programmazione economico-finanziaria, l'individuazione degli obiettivi, la programmazione triennale delle assunzioni, la fissazione dei prezzi e delle tariffe di servizi, l'ammontare delle entrate per i tributi, la programmazione triennale dei lavori pubblici o l'aggiornamento annuale, e l'elenco delle opere pubbliche da realizzare nell'anno.

Nel caso in cui l'opera sia inserita in uno strumento di programmazione diverso dal programma triennale, l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione in ordine alla valutazione della sussistenza del pubblico interesse alla realizzazione dell'opera è ovviamente più ampio considerato, che a differenza del programma triennale, gli altri strumenti di pianificazione non includono il profilo temporale della realizzazione di interventi pubblici, per cui la valutazione di tale aspetto, che pure appare un elemento fondamentale in ordine alla fattibilità in senso ampio dell'opera, è rimessa all'amministrazione che dovrà pronunciarsi in occasione dell'istanza dell'interessato.

Anche nel nuovo testo della Merloni, peraltro, la programmazione delle opere pubbliche è subordinata al rispetto delle previsioni urbanistiche comunali (comma 1) con l'obbligo nei confronti degli Enti Locali sprovvisti di piano regolatore di dotarsi dello stesso, obbligo sanzionato con l'esclusione di finanziamenti agevolati (comma 8).

Resta comunque la possibilità di derogare a tali prescrizioni attraverso procedure acceleratorie di variante che si realizzano automaticamente con l'approvazione del progetto dell'opera secondo quanto stabilito dall'art. 1 della legge n. 1 del 1978 (ora

¹⁷⁰ V. Cap. II ed in particolare par. 1 sugli strumenti di programmazione.

¹⁷¹ Cfr. il commento alle norme in esame di A. DE ROBERTO, in AA. VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni-ter"*, a cura di L. Giampaolino - M. A. Sandulli - G. Stancanelli, Milano, 1999, 603.

art. 19 t.u. n. 327 del 2001), oppure con l'approvazione di un accordo di programma ex art. 27 legge n. 142 del 1990 (ora art. 34 del t.u. n. 267 del 2000), pur essendo prevista la necessità di una motivata esternazione delle ragioni di pubblico interesse che impediscono il rispetto degli strumenti urbanistici, per quanto riguarda la localizzazione delle opere pubbliche nelle specifiche zone che prevedano tale destinazione nel piano regolatore generale (comma 8)¹⁷².

In sostanza, la facoltà propositiva dei privati incontra il limite della pianificazione urbanistica, economica e della programmazione dell'ente pubblico; però mentre, per quanto appena precisato, è possibile l'approvazione di progetti di opere pubbliche in deroga agli strumenti urbanistici, atteso che il comma 1, dell'art. 37-*quater* rinvia all'art. 14, comma 8, le proposte di *project financing* non possono invece discostarsi dalle previsioni inserite nella programmazione triennale delle opere pubbliche.

Questo vincolo può scoraggiare il ricorso allo strumento del *project financing*, che presuppone la verifica delle condizioni di fattibilità economica del progetto tra le quali indubbiamente rientra la localizzazione dell'intervento che tuttavia, in quanto operata dall'ente pubblico, risponde di solito a logiche di tipo politico-sociale diverse da quelle che possono muovere l'imprenditoria.

Inoltre la programmazione triennale, come illustrato in precedenza¹⁷³, oltre al rispetto della normativa urbanistica, presuppone la preventiva predisposizione di studi di fattibilità delle opere da realizzare (art. 14, comma 2).

Ma appare difficile che nell'attività che precede la programmazione e quindi nell'esecuzione degli studi di fattibilità, ci si attenga in concreto ad elementi diversi rispetto a quelli relativi all'utilità sociale dell'opera, per incentrare l'analisi sulla remuneratività dell'opera stessa, pur essendo quest'ultima una componente fondamentale per individuare “i bisogni che possono essere soddisfatti tramite la realizzazione di lavori finanziabili con capitali privati”, che vanno individuati con priorità nel programma ai sensi dell'art. 14, comma 2.

Poiché l'art. 37-*bis*, richiede a sua volta tra gli elementi della proposta uno studio di fattibilità dell'opera, ci si troverebbe di fronte ad una duplice analisi di fattibilità dello stesso intervento, una compiuta dall'amministrazione in base all'art. 14, comma 2 in sede di predisposizione del programma, l'altra compiuta dal privato promotore in sede di proposta, con immaginabili conseguenze in termini di sovrapposizioni ed incongruenze.

In tal modo lo strumento rischierebbe di essere snaturato, perché se lo studio di fattibilità dell'amministrazione non è completo ed adeguato, dovendo l'opera comunque eseguirsi, in quanto compresa nel programma, la proposta del privato finirebbe per essere utilizzata quale mezzo per completare gli studi necessari per la corretta programmazione dell'amministrazione¹⁷⁴.

¹⁷² Sull'adeguamento degli strumenti urbanistici in relazione al progetto del promotore cfr. Cap. II, par. 8.

¹⁷³ V. Baldi M., op. cit. Cap. II par. 1.

¹⁷⁴ M. ZOPPOLATO, *Il project financing*, in D. Tassan Mazzocco – C. Angeletti – M. Zoppoloto, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-ter) – Commento alla Legge 18 novembre 1998, n. 415*, Milano, 1999, 572, rileva che “in presenza di un'opera già pianificata, la proposta privata assume la natura di stimolo ad un procedimento che la stessa amministrazione dovrebbe o comunque potrebbe avviare, eventualmente con le forme della concessione di costruzione e gestione: sicché la legge, anziché porre in essere un mezzo per avvalersi delle capacità propositive dei privati, rischia di

Il punto di equilibrio va quindi ricercato nel diverso livello dei rispettivi studi che, per quello predisposto dall'amministrazione, dovrebbe arrestarsi ad uno stadio preliminare, limitato ad un'analisi delle caratteristiche economico-finanziarie dell'intervento, suscettibile di verificarne la realizzabilità tramite il ricorso al *project financing*.

Lo studio predisposto dall'amministrazione è comunque un presupposto procedimentale della programmazione alla quale a sua volta si deve conformare la proposta di cui all'art. 37-*bis*, per cui, pur senza assumere carattere vincolante, le risultanze dello studio concorrono all'esercizio della discrezionalità amministrativa in cui si esprime il giudizio di rispondenza della proposta al pubblico interesse di cui all'art. 37-*quater*, sulla base degli elementi di cui all'art. 37-*ter*.

In sostanza la discrezionalità dell'amministrazione nella fase di valutazione della proposta, al di là della comparazione in caso di presentazione di più proposte, sotto il profilo dell'opportunità di realizzazione dell'intervento, finisce per ridursi al momento in cui realizzarlo, offrendo maggiore certezza al promotore.

La proposta costituisce la concretizzazione della fase programmatica, atualizzando e specificando il perseguimento di quell'interesse pubblico, solo tratteggiato al momento della redazione del programma, attraverso le analisi che si sono tradotte nello studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione ai fini della redazione del programma triennale. Pertanto l'amministrazione non sarebbe vincolata alle indicazioni del programma, potendo valutare di pubblico interesse anche una proposta che se ne discosti¹⁷⁵.

3.1 Le novità introdotte dalla legge n. 166/2002 sui rapporti tra programma triennale e proposta.

Con la nuova disciplina introdotta dalla legge n. 166 del 2002, si giunge ad una diversa configurazione dei rapporti tra la fase di programmazione e la fase di attivazione della proposta.

Con la modifica all'art. 37-*bis* il legislatore della Merloni-*quater* adotta una soluzione intermedia tra il regime del vincolo della programmazione e la possibilità di presentare la proposta a prescindere dalla previsione nel programma triennale.

La modifica legislativa infatti lascia fermo il limite della previsione dell'intervento oggetto della proposta nella programmazione¹⁷⁶, ma consente ai privati (ed ai soggetti pubblici) potenziali promotori di fornire il loro apporto ideativo, presentando alle amministrazioni aggiudicatrici, nell'ambito della fase di programmazione di cui all'art. 14, proposte d'intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità.

rivelarsi come un vano tentativo di "scaricare" sui privati quei compiti (di studio della fattibilità e sostenibilità economica dell'opera) che spetterebbero invece alla P.A."

¹⁷⁵ Così L. BELLAGAMBA, *L'affidamento del project financing nei lavori pubblici*, cit., 214.

¹⁷⁶ La soluzione di consentire ai promotori di proporre anche opere che non siano state preventivamente inserite nel programma triennale, è stata adottata dalla legge della Regione Puglia 11 maggio 2001, n. 13 che all'art. 26 consente di prendere in considerazione anche proposte riguardanti opere diverse da quelle previste nel programma triennale, con il successivo inserimento nel programma in seguito al ricevimento della proposta e previa verifica della fattibilità tecnico-finanziaria e dell'utilità pubblica della proposta.

La soluzione adottata da un lato consente di attenuare il rischio segnalato di sovrapposizioni ed incongruenze, pur ammettendo la possibilità, a fronte dell'inadeguatezza delle pubbliche amministrazioni di elaborare al loro interno idonei studi di fattibilità di supporto alla programmazione, di avvalersi delle capacità di soggetti imprenditoriali, dall'altro salva la separazione tra la sfera politico-amministrativa propria del pubblico potere e quella propositiva tecnica ed economica di competenza del promotore.

Infatti la presentazione di proposte e studi di fattibilità non determina, in capo alle amministrazioni, alcun obbligo di esame e valutazione, per cui non viene anticipata la fase di valutazione di cui all'art. 37-ter al momento di presentazione della proposta nella fase di programmazione.

La norma prevede che le amministrazioni possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse.

In sostanza la proposta che viene presentata nella fase di programmazione e che appunto per questo riguarda un intervento non compreso nel programma, dal punto di vista dell'iniziativa procedimentale non ha gli stessi effetti della proposta, presentata dopo tale fase avente ad oggetto un intervento compreso nel programma, che determina un obbligo di valutazione da parte dell'amministrazione¹⁷⁷.

In questo modo la proposta del privato si inserisce nella fase di programmazione senza sacrificare le diverse competenze, connesse all'approvazione del programma triennale da parte degli organi consiliari, ai sensi dell'art. 42 del D.Lgs. n. 267 del 2000, rappresentativi della collettività, e le connesse garanzie procedimentali.

Il privato in sostanza deve compiere valutazioni carattere imprenditoriale, essenziali per la riuscita economica dell'iniziativa, ma anche di carattere pubblicistico, dovendo mirare sia per quanto attiene alla localizzazione che per gli aspetti dimensionali a quelle iniziative che possano essere considerate di pubblico interesse per la collettività di riferimento¹⁷⁸.

Il carattere meramente sollecitatorio della presentazione di proposte e studi di fattibilità è ribadito dall'ulteriore previsione che, in caso di adozione, cioè di inserimento della proposta o dello studio di fattibilità, *rectius* dell'intervento in essi contemplato, nel programma triennale, non sorge alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti, a differenza di quanto previsto per la proposta che ha superato la valutazione di pubblico interesse di cui all'art. 37-ter, fattispecie in cui, in base al successivo art. 37-*quater* comma 4, è assicurato al promotore, che all'esito della procedura negoziata non risulti aggiudicatario il rimborso, a carico dell'aggiudicatario, delle spese sostenute per la predisposizione della proposta.

Tuttavia il soggetto privato che presenti una proposta o uno studio di fattibilità all'amministrazione, perché sia inserito nel programma triennale risulta comunque titolare di una posizione di interesse pretensivo all'inclusione dell'opera nel

¹⁷⁷ Secondo l'opinione di R. DIPACE, in G. Montedoro - R. Dipace, *Gli appalti di opere - Dal collegato infrastrutture alla legge obiettivo*, Milano, 2003, 119, poiché la decisione sulla proposta si rivolge ad un soggetto determinato, il proponente, da un lato non può riconoscersi la deroga prevista dall'art. 3 della legge n. 241/1990 all'obbligo di motivazione di provvedimenti di carattere generale, dall'altro il soggetto privato è titolare di una posizione giuridica tutelabile in ordine al proprio interesse all'inserimento dell'intervento nel programma triennale.

¹⁷⁸ In tal senso sia pure tra gli *obiter dicta* Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824.

programma.

Tale circostanza, unitamente alla mancanza di un effettivo vantaggio sotto il profilo del procedimento che sfocia nell'aggiudicazione, induce a ritenere che difficilmente nella fase di programmazione verranno presentate proposte o studi di fattibilità completi, da un punto di vista progettuale ed economico-finanziario, ma piuttosto studi di pre-fattibilità.

D'altra parte e proprio in considerazione del limitato effetto della proposta presentata in tale fase, non potrebbe ritenersi, nonostante l'inserimento della previsione nell'art. 37-*bis* e non nell'art. 14, che forse sarebbe stata una collocazione più consona sotto il profilo sistematico, che i contenuti della proposta debbano coincidere con quelli di cui al comma 1 dell'art. 37-*bis*, cioè che la proposta debba comprendere anche il progetto preliminare, uno studio di inquadramento territoriale ambientale, uno studio di fattibilità, un piano economico-finanziario ed una bozza di convenzione.

E' quindi sufficiente che la proposta e/o lo studio di fattibilità presenti quei contenuti necessari per consentire la valutazione dell'intervento sotto il profilo del pubblico interesse tipica della fase programmatica, e quindi con riferimento alla localizzazione, all'utenza, agli aspetti urbanistico-ambientali, al suo inserimento nel contesto territoriale, cioè a quegli elementi che attengono alla scelta, riservata all'amministrazione, in ordine alla realizzazione di quel tipo di opera, mentre la valutazione della rispondenza al pubblico interesse dello specifico intervento resta riservata alla fase, successiva alla programmazione, di cui all'art. 37-*ter*.

Ovviamente il potenziale promotore potrà anche presentare una proposta o uno studio di fattibilità con un grado di dettaglio assimilabile a quello richiesto dall'art. 37-*bis* comma 1, esteso all'indicazione dei costi, delle caratteristiche dei servizi e della gestione, delle tariffe da applicare, delle modalità di aggiornamento, fino a comprendere un progetto preliminare, un piano economico-finanziario.

In tal caso, in seguito all'adozione da parte dell'amministrazione in sede di programmazione, lo studio di fattibilità rappresenterà uno strumento per la successiva analisi della proposta di cui all'art. 37-*bis* da parte dell'amministrazione, con indubbio vantaggio, sia pure di fatto, per il soggetto che, sulla base di quello studio ormai diventato parte dell'atto di programmazione, ha presentato la proposta.

4. La proposta e la pubblicità.

Sul presupposto dell'insufficienza del solo termine annuale, che aveva indotto l'adozione di soluzioni diverse già in sede di legislazione regionale¹⁷⁹, all'originario termine per la presentazione delle proposte del 30 giugno di ogni anno, con la modifica apportata dalla legge n. 166 del 2002, viene aggiunto il termine del 31 dicembre, che però ha carattere residuale, operando solo per l'ipotesi in cui non siano state presentate proposte entro il 30 giugno.

Il carattere perentorio del termine per la presentazione della proposta è pacificamente

¹⁷⁹ La Legge Regionale della Sicilia, 23 dicembre 2000, n. 32, ha disciplinato la materia con un rinvio ricettizio agli artt. 37-*bis* e ss. della legge n. 109 ed alle norme del D.P.R. n. 554 del 1999 (artt. 84, 85, 86, 87, 98 e 99), sancendo tuttavia la non applicabilità del termine del 30 giugno per la presentazione delle proposte per le iniziative finanziate dagli accordi di programma quadro, dal POR e dagli altri strumenti di programmazione negoziata.

riconosciuto in quanto si tratta di un termine fissato per un'offerta, sia pure di carattere preliminare, in ciò sostanziandosi la proposta, con la differenza che il termine anziché essere fissato dall'amministrazione come nelle ordinarie procedure di gara è stabilito direttamente dalla legge, ma resta immutata l'esigenza del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti¹⁸⁰.

La perentorietà del termine sembra inoltre discendere dalla peculiare scansione procedimentale che impone all'amministrazione di esaminare entro termini prefissati (il 31 ottobre nel regime previgente, quattro mesi in seguito alle modifiche della legge n. 166) la fattibilità delle proposte sotto tutti i molteplici aspetti specificati nell'art. 37-ter, cioè sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico-finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione.

La complessità della valutazione rimessa all'amministrazione richiede quindi un lasso di tempo congruo per l'esame delle proposte che, se al termine di cui all'art. 37-bis comma 1 non fosse attribuito carattere perentorio, determinerebbe un prolungamento eccessivo del procedimento conclusivo della prima fase.

Nel senso della perentorietà si è espressa l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici con la determinazione del 17 febbraio 2000¹⁸¹. Tuttavia la perentorietà del termine si fonda sulla necessità, evidenziata dall'Autorità, del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, che si traduce nella impossibilità di prorogare il termine una volta che sia pervenuta anche una sola proposta, e per converso nell'inammissibilità di un'integrazione documentale, quantomeno negli elementi essenziali previsti dall'art. 37-bis, che rappresenterebbe uno strumento elusivo del carattere perentorio del termine.

Nel vigore della previgente versione si è posto il problema dell'ammissibilità di una proroga generalizzata, purché, nel rispetto dei principi di trasparenza e di buon andamento, e purché, ovviamente non siano presentate proposte entro il termine previsto dalla legge, onde evitare che i promotori che fruiscono della proroga si possano avvantaggiare dell'idea di un altro soggetto.

Non si tratterebbe pertanto di proroga in senso tecnico, non potendo il relativo provvedimento intervenire prima della scadenza del termine, cioè in un momento in cui si ignora se verranno o meno presentate proposte nel termine previsto dalla legge, onde evitare di precostituire posizioni di vantaggio a scapito del promotore che abbia predisposto la proposta nel termine previsto.

¹⁸⁰ Cfr. la determinazione n. 8 del 17 febbraio 2000 dell'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici, che ha sottolineato l'impossibilità di prorogare il termine una volta che sia pervenuta anche una sola proposta, e per converso l'inammissibilità di un'integrazione documentale, quantomeno per gli elementi essenziali previsti dall'art. 37-bis, che pure rappresenterebbe uno strumento elusivo del carattere perentorio del termine.

¹⁸¹ V. *Ed. e Terr.*, n. 12/2000, 62. Quanto ai termini del 31 ottobre di cui all'art. 37-ter per la valutazione delle proposte e del 31 dicembre, di cui all'art. 37-quater, l'Autorità ha specificato che gli stessi "hanno, invece, carattere sollecitatorio e non perentorio, in quanto preordinati, invece, a esigenze di operatività dell'azione amministrativa e coerenti con lo svolgimento cronologico del programma triennale."

Il problema si è posto in quanto il carattere perentorio e l'unicità del termine costituivano un limite alla piena espansione delle potenzialità dell'istituto del *project financing*.

Il legislatore della Merloni-*quater* ha risolto la questione aggiungendo all'originario termine del 30 giugno quello del 31 dicembre, mantenendo il carattere perentorio di entrambi i termini.

Il venir meno del termine unico per la presentazione delle proposte si innesta in un mutamento del meccanismo procedurale che incentra, come risulterà nel prosieguo, l'avvio della procedura in un avviso pubblicato dall'amministrazione.

Non sembra invece doversi attribuire carattere perentorio al termine di quattro mesi imposto all'amministrazione per la conclusione di tale prima fase.

L'amministrazione, infatti, deve valutare, in sostanza, tutti gli studi di carattere urbanistico, ambientale progettuale ed economico-finanziario predisposti dal promotore e quindi valutare il piano economico-finanziario nella sua globalità ed in prospettiva, attività difficilmente conciliabile con un termine perentorio.

Ovviamente nel caso di ingiustificato protrarsi dell'inattività dell'amministrazione, il promotore avrà sempre la possibilità di attivare i rimedi previsti nei confronti dell'inerzia dell'amministrazione, ed ottenere la pronuncia giudiziale dell'obbligo a provvedere, oltre ai rimedi risarcitori.

Risulta completamente innovata la procedura di selezione della proposta, che appare improntata ad uno snellimento e ad una concentrazione delle fasi.

La prima fase inizia con la pubblicazione di un avviso con l'indicazione degli interventi previsti nel programma triennale che l'amministrazione intende realizzare con il sistema della finanza di progetto, in quanto suscettibili di gestione economica.

La pubblicazione dell'avviso, che consacra una prassi invalsa nelle pubbliche amministrazioni anche in assenza di specifica previsione normativa, deve effettuarsi entro 20 giorni dalla "avvenuta redazione" del programma triennale.

Il momento iniziale per la presentazione della proposta deve quindi essere riferito all'avvio della pubblicazione e le proposte, in base all'art. 37-*bis*, comma 2-*bis*, ultimo periodo, possono essere presentate decorsi tre mesi dalla pubblicazione dell'avviso indicativo. Si tratta di un termine dilatorio anche se la legge non specifica le conseguenze della proposta presentata prima del termine; dovrebbe ritenersi preclusa la valutazione della proposta prima della scadenza del termine, ma non l'inammissibilità della stessa.

5. Gli elementi della proposta.

La proposta deve contenere una serie di elementi indicati dall'art. 37-*bis*, sui quali si incentra la valutazione dell'amministrazione, che si articola in una prima fase in cui si valuta la fattibilità complessiva delle proposte, ai fini dell'individuazione di quelle ritenute rispondenti al pubblico interesse (art. 37-*ter*) ed in una seconda fase in cui si svolge la vera e propria procedura di gara (art. 37-*quater*).

Per ciò che concerne la prima fase, la proposta deve contenere gli elementi essenziali, ai fini della valutazione della fattibilità sotto il profilo tecnico-economico e di compatibilità con l'assetto urbanistico-territoriale e la vocazione del territorio, anche sotto il profilo ambientale.

a) *Uno studio di inquadramento territoriale e ambientale.* Già in base all'art. 55 del D.Lgs. n. 112 del 1998, nei soli casi di variazione degli strumenti urbanistici, conseguente all'approvazione di progetti di opere e interventi pubblici, l'amministrazione precedente è tenuta a predisporre insieme al progetto, uno specifico studio sugli effetti urbanistico-territoriali o ambientali dell'opera o dell'intervento e sulle misure necessarie per il suo inserimento nel territorio comunale.

L'art. 37-*bis* rende obbligatoria la predisposizione di tale studio, in tutti i casi di realizzazione di opere pubbliche su iniziativa di soggetti privati, a prescindere dalla variazione degli strumenti urbanistici, quale elemento necessario per la valutazione della fattibilità globale dell'opera.

b) *Lo studio di fattibilità:* quale esame contestuale della possibilità tecnica di un progetto e della convenienza economica di realizzarlo. Il contenuto minimo dello studio comprende, l'analisi della domanda e dell'offerta, in rapporto alla prevista durata della gestione, delle diverse alternative di carattere economico e progettuale, l'analisi finanziaria e di tutti gli aspetti concernenti la fattibilità tecnica, normativa e ambientale.

L'opera da realizzare deve garantire, anche in confronto ad analoghe opere di natura pubblica o privata, una elevata qualità di servizi per il soddisfacimento della domanda che giustifica la realizzazione dell'opera.

E' quindi necessaria una preliminare analisi di fattibilità dell'opera che individui le dimensioni dei bisogni da soddisfare, le caratteristiche quantitative e qualitative della domanda, con una proiezione nel tempo corrispondente al previsto periodo di gestione dell'opera, che giustifichi la convenienza dell'opera stessa ed infine l'assenza di servizi alternativi attuali o potenziali, sia nel settore pubblico che nel settore privato che siano in grado di soddisfare la stessa domanda con minori costi economici ed in termini di impatto territoriale.

Lo studio di fattibilità comprende sia la fattibilità tecnica che riguarda le modalità di realizzazione dell'opera sulla base delle tecniche costruttive disponibili, sia la fattibilità economico-finanziaria, volta ad accertare in primo luogo il grado di redditività del progetto in relazione all'impegno finanziario richiesto ed il profilo finanziario dell'investimento, per stabilire i tempi di recupero dell'investimento¹⁸².

Uno degli elementi fondamentali, per il buon esito di un'operazione di *project financing* è rappresentato da un sufficiente grado di certezza in termini di tempi e costi di realizzazione e di gestione dell'opera.

Pertanto dovranno essere definiti i tempi sia per la realizzazione dell'opera sia per passaggio alla fase di gestione, gli elementi di costo dell'esecuzione, sia con riguardo alla fase della costruzione dell'opera che a quella della manutenzione, i tempi di acquisizione dei flussi finanziari e le modalità ed i tempi di adeguamento delle tariffe.

c) A differenza della concessione, come definita dall'art. 19 comma 2, il cui affidamento avviene sulla base della predisposizione di un progetto preliminare ad

¹⁸² Sulle varie modalità della struttura finanziaria, cfr. C. SALVATO, *Le operazioni di project financing*, cit., 27 e ss., che sottolinea la necessità, nel calcolo dei *cash flow* previsionali, al fine di verificare la possibilità di coprire l'intero debito contratto entro la fine della vita attesa del progetto, di tener conto sia di un'ipotesi ottimistica che di un'ipotesi pessimistica.

opera della stazione appaltante (in quanto tra gli obblighi del concessionario rientra la redazione del progetto definitivo ed esecutivo), in questa ipotesi *la predisposizione del progetto preliminare incombe al promotore*.

Tuttavia, affinché si possa operare una compiuta valutazione del progetto, anche in relazione all'asseveramento, da parte dell'istituto di credito, del piano economico-finanziario, di cui il progetto costituisce una parte essenziale, è necessario che lo stesso sia in concreto portato ad un grado di definizione maggiore di quello del preliminare, onde consentire una più dettagliata individuazione dei costi che, in base alla tripartizione dei progetti di cui art. 16, è legata non al progetto preliminare, ma al progetto esecutivo.

Per la riuscita dell'operazione di *project financing* appare essenziale il collegamento tra la progettazione tecnica e quella finanziaria, in quanto dal coordinamento dei due elementi si costruisce l'*équipe* economico-finanziaria dell'iniziativa; da ciò la duplice scelta del legislatore di affidare la progettazione definitiva al concessionario nella concessione di cui all'art. 19 e quella preliminare al promotore nel sistema di cui agli artt. 37-bis e seguenti.

Il sistema ricalca, pur differenziandosene, la concessione cosiddetta "di committenza", venuta meno con il divieto di affidamento delle funzioni di stazione appaltante di cui all'art. 19 comma 3.

Tale strumento, che, come sopra evidenziato, era stato utilizzato in maniera distorta per eludere l'applicazione della normativa comunitaria, era caratterizzato da aspetti, conseguenti alle carenze delle amministrazioni la cui esasperazione è stato uno dei fattori del superamento dell'istituto, di promozione ed organizzazione dell'intervento sotto i molteplici aspetti urbanistico-territoriali ed economici.

Tali funzioni di promozione si ritrovano in parte nel promotore, che tuttavia non assume la funzione di stazione appaltante in quanto la gara viene indetta dall'amministrazione, pur se sulla base del progetto preliminare e dei valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal proprio piano economico-finanziario, pertanto il promotore concorre all'affidamento insieme ad altri soggetti, sia pure con il vantaggio di fruire del diritto di prelazione introdotto dalla legge n. 166 del 2002.

d) *La bozza di convenzione*, rappresenta il quadro d'unione, sotto il profilo della regolamentazione contrattuale del rapporto, dei restanti elementi.

e) *Il piano economico-finanziario*, asseverato da un istituto di credito.

f) *La specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione*.

In sostanza il promotore deve provvedere alla predisposizione di un atto, di natura convenzionale-contrattuale, nel quale siano individuati i reciproci obblighi e diritti, le condizioni e i tempi per la realizzazione delle opere strumentali al servizio, le modalità di prestazione del servizio ed i relativi *standards* qualitativi, i sistemi di verifica e le garanzie.

La convenzione corrisponde al contratto di programma, o di servizio che regola il rapporto tra l'ente titolare del servizio e la società mista nel caso in cui si ricorra all'affidamento a società mista.

I contenuti della stessa, considerato che il *project financing* è una forma di concessione ad iniziativa privata, dovranno modularsi su quelli previsti per lo

schema di contratto di concessione.

L'elemento fondamentale della proposta, che rappresenta la base del futuro rapporto contrattuale, è rappresentato dal piano economico-finanziario, che ingloba lo studio di fattibilità tecnico-economica¹⁸³.

Ricordiamo che in base all'art. 19 comma 2-*bis* il piano economico-finanziario rappresenta un elemento essenziale del rapporto contrattuale che si instaura con l'affidamento della concessione.

Nella specie la disposizione di settore prevede che i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante, tant'è che le variazioni apportate dall'amministrazione agli elementi presupposti del piano economico-finanziario, oppure nuovi interventi legislativi o amministrativi che alterino l'equilibrio del piano, determinano la necessaria revisione dello stesso. La stessa norma, prevede espressamente che il contratto deve contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e deve prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

Benché non richiamata espressamente nell'art. 37-*bis*, tale previsione deve intendersi applicabile anche al piano economico-finanziario nella stessa contemplato, trattandosi di una specificazione degli elementi minimi contenuti nel piano, onde consentirne una compiuta valutazione da parte dell'amministrazione.

L'art. 37-*bis*, peraltro, si limita a prevedere che le opere debbano essere realizzate con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi, ammettendo il contributo pubblico, ma svincolandolo dai limiti quantitativi di cui all'art. 19 (previgente) e, secondo autorevole opinione¹⁸⁴, dalle stesse modalità previste da tale norma, rimettendo alla scelta definitiva dell'ente pubblico la determinazione delle forme del contributo finanziario che possono quindi essere diverse dalla mera corresponsione di un prezzo.

Tuttavia, la previsione del concorso finanziario pubblico dovrà trovare il suo specifico fondamento nel piano economico-finanziario, in cui dovrà essere contenuta la dimostrazione che, ai fini del conseguimento dell'equilibrio economico-finanziario sia necessario tale concorso ed una gamma di possibilità di concorso finanziario. Lo stesso piano dovrà prevedere le ipotesi di alterazioni dell'equilibrio economico-

¹⁸³ Cfr. M. MISCALI, *Il "project financing"*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. Galgano, I, Torino, 1995, ed in particolare 740 e ss., sui profili della pianificazione economico-finanziaria e fiscale dell'operazione.

¹⁸⁴ F. CARINGELLA, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit., 1256, il quale sottolinea che "tale forma di concorso di capitali pubblici è sostanzialmente diversa dalla sottoscrizione del capitale di rischio (azioni dell'eventuale società di progetto) da parte dell'ente pubblico, posto che il finanziamento da parte dell'ente pubblico non pregiudica la sua estraneità alla fase della promozione. Parimenti il finanziamento diverge dall'ipotesi della sottoscrizione del capitale di debito (obbligazioni) da parte di enti pubblici, i quali, in quest'ultima ipotesi, assumono la veste di finanziatori del progetto. L'ente pubblico può inoltre supportare l'iniziativa con agevolazioni fiscali, tariffe incentivate nella fase di avvio o per tutta la durata della concessione, permuta di aree, rinuncia o dilazione di oneri, scambio di diritti urbanistici, realizzazione di necessarie opere infrastrutturali (strade di accesso), concessioni allargate".

finanziario conseguenti alle determinazioni del concedente oppure allo *ius superveniens* in relazione alle tariffe o alle condizioni di gestione, nonché in base all'art. 19, comma 2-*bis*, la specificazione delle revisioni necessarie ai fini delle nuove condizioni di equilibrio.

Il piano economico-finanziario è quindi "l'insieme degli studi e delle analisi che consentono una valutazione preventiva della fattibilità finanziaria del progetto e il disegno di una ipotesi di modalità di reperimento dei fondi necessari per il sostegno dell'iniziativa stessa. Esso è orientato prevalentemente a definire il profilo di rischio dell'operazione, i relativi tempi di attuazione e la dimensione della stessa al fine di renderla proponibile alla comunità dei finanziatori¹⁸⁵."

L'asseveramento¹⁸⁶ di cui all'art. 37-*bis*, non può quindi configurarsi quale garanzia, neppure atipica, atteso che lo stesso art. 37-*bis* comma 1 precisa che il promotore deve specificare anche le garanzie offerte all'amministrazione aggiudicatrice.

L'istituto di credito che assevera non è poi obbligato, in mancanza di espresse pattuizioni contrattuali intervenute con il promotore, all'erogazione del finanziamento¹⁸⁷.

Nella prassi il promotore tenderà a far coincidere l'istituto che assevera il piano con lo stesso finanziatore, per evitare la duplicazione dei costi derivanti dalla rinnovazione dell'analisi della proposta al fine di valutarne la redditività cui è legato il recupero del capitale immesso¹⁸⁸.

Tuttavia, e nonostante la scarna formulazione della norma possa prestarsi a tale interpretazione, l'asseverazione dell'istituto di credito relativamente alla proposta, non può limitarsi al riscontro della congruità degli elementi assunti a base del piano e

¹⁸⁵ Così l'Atto di regolazione dell'Autorità del 18 luglio 2000, n. 34, *cit.*. L'autorità precisa altresì che funzione del piano è la valutazione della sussistenza dell'equilibrio dell'investimento, sotto il duplice profilo economico e finanziario, in relazione ai ricavi attesi sulla base dell'applicazione delle tariffe ipotizzate, che devono poter ripagare i costi di realizzazione dell'infrastruttura e di gestione del servizio, ed in relazione alle risorse finanziarie che devono far fronte agli esborsi monetari.

¹⁸⁶ In tal senso cfr. M. ZOPPOLATO, *op. cit.*, 573. L'Autorità osserva che il limite rischia di costituire un ulteriore ostacolo al pratico impiego dell'istituto, atteso che per alcune categorie di opere la remuneratività è tale da consentire il pieno recupero degli investimenti in trent'anni, mentre per altre, caratterizzate da margini assai più modesti, sarebbe necessaria, per assicurare la remuneratività una gestione ben più lunga.

¹⁸⁷ L'Autorità (Atto di regolazione del 18 luglio 2000, n. 34, *cit.*), nell'evidenziare come dal dettato normativo si può rilevare che il legislatore ha voluto distinguere i due momenti dell'asseveramento e del finanziamento, auspica, *de iure condendo*, che "il promotore e la stessa Amministrazione possano "contare" sulla proposta non solo in termini di verifica della sostenibilità economica della stessa ma anche come "bancabilità", cioè effettiva garanzia di erogazione dei finanziamenti necessari alla sua realizzazione".

¹⁸⁸ Cfr. l'Atto di regolazione dell'Autorità del 18 luglio 2000, n. 34, *cit.*, che evidenzia come a livello internazionale il modulo operativo delle operazioni di *project financing* è costituito dal modello integrato, in cui la banca opera nella duplice veste di consulente e di finanziatore. L'autorità sottolinea inoltre il ruolo della banca cosiddetta *arranger* "che svolge l'attività di reperire il finanziamento sul mercato, assicurando comunque la sottoscrizione diretta di un certo ammontare. Nelle operazioni di *project financing* è molto frequente che i promotori richiedano impegni di finanziamento interamente sottoscritti, che consistono in impegni legali assunti sulla base di termini e condizioni negoziate e concordate tra le parti, che formano il cosiddetto *term-sheet*. L'impegno è vincolante ed è soggetto ad alcune condizioni sospensive specificatamente indicate. Nonostante il costo per il promotore ed il rischio per le banche, il ricorso al processo di *underwriting* può risultare determinante nello sviluppo di operazioni di *project financing*. Il motivo principale è che la certezza dei finanziamenti crea affidabilità del progetto, favorendo la stipula degli altri contratti commerciali e consentendo un tempestivo avvio della realizzazione dell'iniziativa.

della correttezza dell'analisi finanziaria, senza quelle ulteriori valutazioni che invece sono rimesse ai finanziatori, ai quali spettano le previsioni sul recupero di investimenti.

L'asseveramento di cui all'art. 37-*bis*, è assimilabile alla procedura di assenso alla pianificazione da parte dell'ente finanziatore; l'istituto di credito deve in sostanza valutare la fattibilità dell'investimento sotto il profilo finanziario, la sua remuneratività e la capacità di generare flussi di cassa positivi, ovvero:

- a) la corrispondenza tra costi e ricavi in modo da assicurare la integrale copertura dei costi, ivi compresi gli oneri di ammortamento tecnico finanziario;
- b) l'equilibrato rapporto tra i finanziamenti raccolti ed il capitale investito;
- c) l'entità dei costi di gestione delle opere, tenendo conto anche degli investimenti e della qualità del servizio¹⁸⁹.

La disposizione impone la redazione di un piano economico-finanziario, che deve essere approvato dagli Enti Locali, diretto ad accertare l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della connessa gestione, anche in relazione agli introiti previsti ed al fine della determinazione delle tariffe, in tutti i casi in cui la spesa prevista per l'opera sia superiore al miliardo di lire.

L'art. 37-*bis*, estende il metodo della preventiva determinazione dei fattori di equilibrio economico-finanziario, in cui si sostanzia il piano, a tutte le ipotesi di realizzazione di opere pubbliche con lo strumento del promotore, a prescindere dal costo delle stesse e dai soggetti pubblici titolari della relativa competenza.

L'Autorità, con la richiamata pronuncia n. 34 del 2000, ha sottolineato il carattere di esercizio privato di una funzione pubblicistica, dell'attività di asseveramento, per cui l'istituto di credito agisce in sostituzione dell'amministrazione nell'accertamento di uno degli elementi di valutazione della proposta¹⁹⁰.

La qualifica nei predetti termini dell'attività dell'istituto di credito deriva dal nesso di strumentalità tra la stessa e la scelta del soggetto concessionario, tipica funzione pubblicistica della stazione appaltante, che si traduce nella valutazione di cui all'art. 37-*ter*, e nella fase di gara di cui all'art. 37-*quater*, in cui il bando viene redatto dall'amministrazione sulla base del piano economico-finanziario presentato dal promotore, al fine di determinare il valore degli elementi mediante i quali valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

In base alla pronuncia dell'Autorità, l'istituto di credito dovrà attestare in modo analitico il valore e la coerenza degli elementi che compongono il piano economico-finanziario con particolare riferimento a quelli previsti dall'art. 18, comma 3 e dall'art. 85, comma 1 del regolamento, ed inoltre consentire quell'ulteriore

¹⁸⁹ L'art. 46 del D.Lgs. n. 504/1992, prevedeva anche che nell'ipotesi in cui gli introiti fossero connessi a tariffe e prezzi amministrati, spettava al Comitato interministeriale prezzi (C.I.P.) o al Comitato provinciale prezzi secondo le rispettive competenze, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla data di ricezione del piano finanziario dell'investimento, verificare l'eventuale presenza di fattori inflattivi contrastanti con gli indirizzi di politica economica generale, nonché il rispetto dei criteri di equilibrio economico-finanziario in caso di successivi aumenti tariffari.

¹⁹⁰ Con successivo Atto di Regolazione n. 14 del 5 luglio 2001 Q/183, "Precisazioni funzionali ad eliminare le remore alla piena operatività del sistema della finanza di progetto" l'Autorità ha precisato che ".....la rilevanza pubblicistica, pertanto, riguarda il fatto che l'asseverazione e le relative attestazioni rese da un soggetto privato nei confronti di altro soggetto privato costituiscono elemento necessario perché da parte della pubblica amministrazione possa ritenersi ammissibile una procedura di finanza di progetto".

valutazione della stazione appaltante in ordine alla previsione della facoltà o dell'obbligo per il concessionario di costituire la società di progetto di cui all'art. 37-*quinquies*.

L'asseverazione dovrà avere ad oggetto, per attestare la coerenza del piano economico-finanziario, non solo gli elementi strettamente economico-finanziari, cioè l'eventuale prezzo massimo che l'amministrazione aggiudicatrice intende corrispondere, l'eventuale prezzo minimo che il concessionario è tenuto a corrispondere per la costituzione o il trasferimento di diritti, l'eventuale canone da corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice, il livello iniziale massimo, la struttura e le modalità di adeguamento delle tariffe (verifica dell'equilibrio costi/ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto), ma anche quelli strettamente attinenti alla gestione, che pure concorrono a determinare il complessivo equilibrio della prestazione, cioè la percentuale dei lavori da appaltare all'esterno, i tempi di esecuzione e d'avvio della gestione, la durata della concessione, la qualità e le modalità di gestione, e la struttura finanziaria dell'operazione (elemento riassuntivo rilevante)¹⁹¹.

Pertanto, l'attività di valutazione della rispondenza al pubblico interesse della proposta, che l'amministrazione è chiamata a compiere ai sensi dell'art. 37-*ter*, comprende non solo la proposta in sé ma anche la sussistenza di un asseveramento completo, che è parte integrante della proposta, con la conseguenza dell'inammissibilità della stessa, nell'ipotesi in cui l'asseveramento non risponda ai criteri indicati, oppure della necessità, nel corso di tale valutazione, di richiedere integrazioni al promotore ed all'istituto di credito.

L'Autorità di vigilanza¹⁹² ha infatti chiarito che è consentita la presentazione dell'offerta da parte del soggetto privato promotore anche priva dell'asseverazione, purché quest'ultima, già richiesta, venga prodotta ad integrazione della proposta in tempo utile per consentire la valutazione di cui all'art. 37 *ter*.

La delineata configurazione del carattere dell'attività di asseverazione dell'istituto di credito, si riflette sui rapporti tra promotore ed istituto di credito da un lato, ed amministrazione ed istituto di credito dall'altro.

¹⁹¹ "L'attività di asseverazione è volta quindi ad un esame critico ed analitico del progetto, in cui vengono valutati gli aspetti legati alla fattibilità dell'intervento, alla sua remuneratività ed alla capacità di generare flussi di cassa positivi" (Atto di regolazione dell'Autorità del 18 luglio 2000, n. 34, *cit*). Con il successivo Atto di Regolazione n. 14 del 5 luglio 2001, *cit.*, l'Autorità ha chiarito il senso del riferimento contenuto nell'atto di regolazione n. 34/2000 agli elementi che formano oggetto dell'attività di asseverazione quali indicati nell'art. 85 del D.P.R. 554/99. Con la seconda determinazione l'Autorità ha precisato che taluni degli elementi di cui all'art. 85 del D.P.R. 554/99 possono non richiedere una specifica valutazione, bensì una mera indicazione dei dati di base inseriti nella proposta del promotore, che siano di riferimento per l'Amministrazione al fine di individuare gli elementi da porre a base di gara per la scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in relazione alla diversa importanza delle opere e delle gestioni. Pertanto "*le indicazioni di cui all'art. 85 del D.P.R. 554/99 non hanno carattere tassativo, non debbono essere cioè elementi che formino obbligatoriamente oggetto di valutazione nell'attività di asseverazione. L'ambito di questa valutazione può essere convenuto tra istituto di credito e promotore purché sia accertata la coerenza degli elementi tipici e necessari del piano dal punto di vista economico-finanziario. L'amministrazione potrà, ove lo ritenga, richiedere integrazioni all'asseverazione qualora in relazione alla tipologia del progetto presentati ravvisi la necessità di una valutazione ulteriore su particolari elementi*".

¹⁹² Atto di Regolazione n. 14 del 5 luglio 2001, *cit.*

Pur in assenza di un obbligo *de contrahendo* dell'istituto di credito che ha asseverato il piano economico-finanziario sul successivo finanziamento, infatti, nell'ipotesi in cui la proposta non fosse poi finanziata per la riscontrata mancata congruità della stessa, cioè sulla base di un giudizio negativo in ordine alla remuneratività dell'iniziativa, sarebbe ravvisabile una responsabilità extracontrattuale nei confronti della banca che ha effettuato l'asseveramento.

Si tratta di un'ipotesi limite, essendo più probabile che il promotore incontri maggiori difficoltà nel finanziamento e sia costretto a costruire un sistema di garanzie più oneroso.

In entrambi i casi deve essere rigorosamente dimostrato il presupposto della responsabilità, cioè la negligenza nello svolgimento delle analisi che consentono di asseverare il piano, tenendo conto che, trattandosi di previsioni elaborate su un arco di tempo molto lungo, di solito trentennale, esiste un ampio margine di soggettività in ordine alla valutazione del grado di redditività dell'iniziativa, che riflettendosi sul recupero dell'investimento influisce sulla valutazione di merito del progetto.

Il danno che subisce il promotore è però indubbio, laddove, in base all'art. 37-*quater*, comma 2, è vincolato alla proposta asseverata e posta a base di gara nell'ipotesi in cui non vi siano altre offerte.

Ciò che appare rilevante è che il corretto svolgimento della complessa attività di analisi che sta a monte dell'asseverazione, secondo i dettami della diligenza qualificata dal ruolo assegnato al soggetto che la svolge, costituisce dovere primario degli istituti inseriti nel sistema bancario, il cui inesatto inadempimento può concretare, nei confronti dei terzi, la colpa extracontrattuale¹⁹³.

Anche la pubblica amministrazione interessata alla realizzazione dell'opera può essere considerata tra i soggetti suscettibili di essere lesi dalla condotta antigiuridica dell'istituto di credito.

La banca deve, quindi, in concreto agire al fine di salvaguardare l'interesse della pubblica amministrazione a non contrattare con soggetti che presentino progetti di investimento la cui redditività non è stata adeguatamente verificata, ciò anche in ragione della particolare qualificazione come funzione di pubblico interesse dell'attività che le banche svolgono, in base all'art. 1 del R.D.Lgs. 12 marzo 1936, n. 375.

In sostanza dalla disciplina e dalla funzione dell'asseveramento ed in generale dai principi normativi che regolano il sistema bancario, vengono imposti all'istituto di credito degli obblighi di diligenza e di cautela, a tutela dei soggetti coinvolti nell'attività della banca, che nel caso di specie non si limitano a quelli componenti il gruppo di promotori, ma si estendono anche alla pubblica amministrazione, destinataria della proposta, titolare dell'interesse pubblico alla corretta esecuzione e gestione dell'intervento.

L'inosservanza di tali regole e la conseguente lesione dell'interesse pubblico tutelato, integra la nozione di omissione o di colpa professionale e la connessa responsabilità prevista dall'art. 2043 c.c.

Il venir meno della proposta o comunque della realizzazione dell'intervento nei

¹⁹³ In termini analoghi alla responsabilità per abusiva concessione di credito ad imprenditore potenzialmente insolvente, sulla quale cfr. Cass., sez. I, 13 gennaio 1993, n. 343, in *Giust. civ.*, 1993, I, 1189.

tempi e secondo le modalità programmate, può determinare un danno erariale, connesso all'onerosità del servizio, alla perdita di finanziamenti o comunque alla sottrazione alla collettività, di un'opera ritenuta rispondente al pubblico interesse. Il mutamento delle condizioni di finanziamento si riflette inoltre sull'equilibrio economico-finanziario dell'intervento e della gestione che rappresenta uno dei presupposti della valutazione di pubblico interesse operata dall'amministrazione e pertanto incide negativamente sull'erogazione del servizio e sui risultati attesi dall'amministrazione.

Il legislatore della Merloni-*quater* ha inteso estendere la legittimazione all'asseverazione del piano economico-finanziario, che in effetti non rientra nelle attività tipiche degli istituti di credito, ad altri soggetti che operano in settori sottoposti alla vigilanza dell'amministrazione.

L'esercizio nei confronti del pubblico delle attività di assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi, cioè le attività tipiche degli intermediari finanziari iscritti in un apposito elenco tenuto dall'UIC e l'amministrazione dei beni per conto di terzi, l'organizzazione e la revisione contabile di aziende e la rappresentanza dei portatori di azioni e di obbligazioni, compiti propri delle società di revisione, sono state considerate attività idonee a garantire una qualificazione adeguata ai fini di quella valutazione del piano economico-finanziario del promotore in cui si concreta l'asseveramento¹⁹⁴.

La modifica legislativa è coerente con il criterio ispiratore della riforma, cioè la massima espansione del ricorso al *project financing*, obiettivo perseguito in questo caso con l'allargamento dei soggetti abilitati all'asseveramento, che nel contempo apre alla concorrenza un settore collaterale del mercato delle opere pubbliche.

Il ruolo svolto dai nuovi soggetti non è tuttavia identico, in quanto solo alle società iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, in base alla normativa di settore, è consentita anche la concessione di finanziamenti e l'assunzione di partecipazioni nella compagine del concessionario.

La norma rinvia alla disciplina regolamentare le indicazioni di dettaglio sull'attività di asseverazione. Le disposizioni regolamentari non avranno carattere prescrittivo, ma dovranno piuttosto, come risulta dallo stesso dettato legislativo, fornire indicazioni e chiarimenti sull'attività di asseverazione.

Quanto agli elementi della proposta strettamente attinenti alla procedura di gara, la norma precisa che la proposta dovrà, altresì, contenere l'indicazione degli elementi di cui all'art. 21, comma 2, lett. b) della legge n. 109/1994 (ossia gli elementi sui quali si fonderà la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa)¹⁹⁵, e delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice.

Il secco richiamo agli elementi di cui all'art. 21 comma 2 lett. b) che concerne la procedura di gara applicabile alle concessioni, lascia tuttavia perplessi.

Ricordiamo, infatti, che gli elementi indicati nella norma richiamata devono poi

¹⁹⁴ Sugli intermediari finanziari cfr. AA.VV., a cura di Capriglione, *Disciplina delle banche e degli intermediari finanziari (commento al D.Lgs. n. 385 del 1993, t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia)*, Padova, 1995; M. CERA, *Gli intermediari finanziari nel testo unico in materia bancaria*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 214.

¹⁹⁵ Per un'analisi di tali elementi si rinvia a quanto specificato nel precedente Cap. VI par. 7.

tradursi, in quanto rappresentano la base per la valutazione dell'offerta, in altrettanti parametri numerici, rappresentativi del peso degli stessi.

Il diverso peso da attribuire agli elementi indicati rappresenta tuttavia un'attività tipica della stazione appaltante, ad essa riservata, improntata alla valutazione dei vari aspetti di pubblico interesse connessi ai rispettivi elementi, valutazione che se rimessa esclusivamente al promotore finirebbe per incidere sugli esiti della successiva gara.

Così ad esempio da un lato sembra difficile che il promotore possa indicare un criterio numerico di valutazione del valore tecnico ed estetico dell'opera progettata, dall'altro l'attribuzione allo stesso della possibilità di privilegiare questo elemento rispetto ad altri, (quali ad esempio il rendimento), non sarebbe rispondente al perseguimento ottimale del pubblico interesse sotteso alla realizzazione dell'opera, perché potrebbe, restando all'esempio citato, favorire un'opera di alto pregio estetico ma scarsamente funzionale.

In tal modo inoltre il promotore finirebbe per assumere funzioni tipiche della stazione appaltante in contrasto con il principio espresso dall'art. 19, comma 3.

La norma andrebbe allora intesa nel senso che l'attività del promotore debba limitarsi all'indicazione degli elementi della propria offerta, cioè il prezzo che richiede quale corrispettivo ulteriore rispetto al diritto di gestire l'opera, ove ne ricorrano i presupposti, il tempo in cui concluderà i lavori, il rendimento ipotizzato, la durata del rapporto concessorio in coerenza con le previsioni del piano economico-finanziario, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe praticate all'utenza, nonché gli elementi necessari per identificare le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera¹⁹⁶.

Tali elementi saranno poi valutati dall'amministrazione e tradotti nei criteri di cui all'art. 21, comma 2, lett. b).

La lettera della legge depone, tuttavia, nel senso di attribuire al promotore un potere di determinazione unilaterale degli elementi sui quali si svolgerà la gara. L'art. 37-*quater* comma 1 lett. a) specifica, infatti, che viene posto a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore, nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore. Un potere di modifica da parte dell'amministrazione sempre in base alla richiamata norma, appare previsto solo per il progetto preliminare. Onde evitare tuttavia le segnalate conseguenze negative sul corretto svolgimento della procedura di gara in conformità con i principi di concorrenza, deve tuttavia ritenersi che in sede di esame comparativo delle proposte, preliminare all'effettuazione della gara, l'amministrazione possa incidere anche sugli elementi per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa indicati nel piano economico-finanziario del promotore¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Così M. ZOPPOLATO, *op. cit.*, 575 il quale aggiunge che tale interpretazione appare forzata rispetto alla lettera della legge perché alcuni degli "elementi di cui all'art. 21, comma 2, lett. b)" non possono essere indicati con una quantificazione definita e perché appare smentita dal successivo art. 37-*quater*, comma 1, lett. a).

¹⁹⁷ Nel senso di un potere correttivo sulla determinazione, rimessa al promotore in sede di proposta, degli elementi di cui all'art. 21 da parte dell'amministrazione al momento dell'indizione della gara di cui all'art. 37-*quater*, cfr. F. CARINGELLA, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit., 1269, il quale sottolinea per ciò che concerne gli "ulteriori elementi" di cui alla lett. g)

La determinazione del progetto preliminare e degli elementi sui quali si svolge la gara, se fosse rimessa esclusivamente ad uno dei concorrenti all'affidamento, susciterebbe forti perplessità in ordine alla compatibilità con i principi della concorrenza.

Ai fini della determinazione del contenuto necessario della proposta l'art. 37-*bis*, va comunque integrato con l'art. 37-*ter*. La proposta deve quindi contenere tutti gli elementi necessari per consentire all'amministrazione la valutazione della stessa, onde verificarne la rispondenza al pubblico interesse, sotto profilo costruttivo, urbanistico, ambientale, della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, ecc..

6. La valutazione della proposta.

Eliminato in conseguenza dell'introduzione del nuovo termine del 31 dicembre, il termine del 31 ottobre, previsto dall'art. 37-*ter* per il completamento della fase di individuazione delle proposte di pubblico interesse, la pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore. Con la nuova formulazione della norma è altresì previsto che, il responsabile del procedimento possa concordare per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione.

L'esame delle proposte sotto i molteplici aspetti urbanistici, tecnici ambientali, di funzionalità etc. e soprattutto l'esame comparativo, atteso che la comparazione è un raffronto tra elementi omogenei, potrebbe richiedere un periodo di tempo più lungo di quello previsto dalla legge.

Il legislatore della L. 166 mantiene l'impianto della precedente versione e stabilisce che le proposte sono presentate entro il 30 giugno di ogni anno oppure entro il 31 dicembre, senza preoccuparsi di coordinare la disposizione con quella di cui all'art. 37-*ter* che prevede la pronuncia delle amministrazioni entro quattro mesi decorrenti dalla ricezione della proposta. Per cui se una proposta fosse presentata ad esempio ai primi di gennaio la valutazione della stessa, nel rispetto dei termini di legge, potrebbe concludersi ben prima del 30 giugno che è il termine fissato dalla legge, con ovvie conseguenze sulla trasparenza e sul rispetto della concorrenza, in quanto si verrebbe a concludere il procedimento prima della scadenza del termine fissato dalla legge per la presentazione di altre proposte concernenti lo stesso intervento.

Poiché il termine dei quattro mesi attiene ad attività propriamente discrezionale in quanto riguarda la comparazione di più proposte, è da ritenere che il mancato consenso del promotore che potrebbe avere interesse ad accelerare questa fase, non possa valere ad impedire un prolungamento dei tempi.

Ovviamente nel caso in cui siano state presentate più proposte il concordamento del maggior tempo di esame e valutazione dovrà riguardare tutti i soggetti promotori.

dell'art. 21 che "la Merloni-*ter* non dice espressamente a chi compete individuare gli ulteriori elementi di valutazione dell'offerta, ma sembra chiaro che l'individuazione spetti di volta in volta, nel turno di tempo surriferito, al promotore ed alla stazione appaltante, atteso che gli "ulteriori elementi" vanno scelti tenendo conto del tipo di lavoro da realizzare, che richiede una valutazione caso per caso".

Infatti in base allo stesso art. 37-ter, nell'ipotesi in cui vi siano più proposte il procedimento di valutazione comprende un sub-procedimento, finalizzato all'esame comparativo delle proposte ai fini dell'individuazione di quelle ritenute di pubblico interesse, che potrebbe determinare un prolungamento ulteriore dei tempi.

La norma detta una struttura procedimentale minima fondata in una prima fase sulla fattibilità, che conduce alla valutazione di pubblico interesse ed alla conseguente individuazione dell'offerta ottimale da porre a base di gara.

Queste fasi sono precedute da una fase di verifica dell'ammissibilità della proposta, che consiste nell'accertamento dei requisiti del promotore stabiliti dall'art. 37-bis della legge e dall'art. 99 del D.P.R. n. 554 del 1999, nella presenza nella proposta di tutti gli elementi stabiliti dall'art. 37-bis (lo studio di inquadramento territoriale ed ambientale, lo studio di fattibilità, il progetto preliminare, la bozza di convenzione, il piano economico-finanziario, asseverato da un istituto di credito, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione), nella rispondenza della proposta all'oggetto dell'avviso.

Nelle procedure di gara ordinarie, l'amministrazione ha un limitato potere di chiedere integrazioni, ammissibili nei limiti del rispetto della *par condicio* e dell'indicazione del bando.

Tuttavia, nel caso del *project financing* assumono un valore limitato le prescrizioni dettate dall'avviso di cui all'art. 37-bis, comma 2-bis, introdotto dalla legge n. 166 del 2002. L'avviso infatti non è assimilabile ad un bando, in quanto la sua funzione non è tanto quella di dettare la *lex specialis* della procedura, ma quella di "rendere pubblica la presenza nei programmi di interventi realizzabili con capitali privati"

Il nuovo comma 2-ter dell'art. 37-bis introdotto dalla legge n. 166 del 2002 prevede che entro quindici giorni dalla ricezione della proposta le amministrazioni provvedono alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento, alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione¹⁹⁸.

La verifica di cui alla lett. b) del comma 2-ter, data la ristrettezza del termine, è una verifica meramente formale che ha ad oggetto la corrispondenza dei documenti presentati dal promotore all'elencazione di cui all'art. 37-bis, comma 1, senza entrare nel merito del contenuto dei documenti.

L'avviso, quindi, può stabilire anche prescrizioni specifiche per il singolo intervento ed indicare i criteri di comparazione tra le proposte riguardanti il medesimo intervento.

Valgono in proposito i principi elaborati dalla giurisprudenza in ordine alla possibilità di dettare prescrizioni ulteriori rispetto quelle previste dalla legge, purché pertinenti e congrue rispetto allo scopo perseguito, la cui inosservanza implica l'esclusione dalla gara solo quando si tratti di prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse dell'amministrazione o poste a garanzia della *par condicio* dei

¹⁹⁸ M. ZOPPOLATO, in, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, cit., 985, rileva che poiché il medesimo termine di quindici giorni dalla presentazione concerne sia la nomina del responsabile procedimento che la verifica, deve escludersi che la verifica sia di competenza del responsabile del procedimento in quanto potrebbe essere non ancora nominato, per concludere che appare preferibile ritenere che la verifica sia compiuta dagli uffici tecnici dell'amministrazione, e la richiesta di integrazione dal dirigente responsabile.

concorrenti¹⁹⁹, dovendosi tener conto del principio del *favor* per l'ammissione del concorrente, accompagnato dall'attenuazione del rigore formalistico.

Il responsabile del procedimento in base all'art. 6 legge 7 agosto 1990, n. 241, è tenuto a invitare i partecipanti alle gare a rettificare le domande che presentano irregolarità dal punto di vista formale.

La rettifica di eventuali irregolarità formali, costituisce infatti un principio di carattere generale valido per ogni procedimento amministrativo e quindi anche per i procedimenti di gara per l'aggiudicazione di contratti della pubblica amministrazione.²⁰⁰

La giurisprudenza amministrativa ha più volte affermato in tema di esclusione dalle gare per motivi di ordine unicamente formale che occorre privilegiare l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione di concorrenti, quando detti motivi non alterino la parità di condizioni fra gli stessi concorrenti²⁰¹.

In sostanza i limiti dell'ammissibilità dell'integrazione documentale sono quelli consueti della perentorietà dei termini (del 30 giugno o del 30 dicembre), e quello collegato del rispetto della *par condicio*.

Pertanto non potrebbe supplirsi con l'integrazione a carenze della documentazione che inficiano l'essenza della proposta, vale a dire la rispondenza della stessa all'oggetto dell'intervento come individuato nel programma triennale e reso pubblico nell'avviso²⁰².

Così, come chiarito dall'Autorità di vigilanza è ammissibile l'integrazione dell'asseverazione, anche dopo la presentazione della proposta purché in tempo utile per consentire la valutazione di cui all'art. 37-ter.

La seconda fase attiene alla valutazione delle proposte sotto i profili costruttivo, urbanistico ed ambientale, della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico-finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione

Dopo l'elencazione dei criteri la norma precisa che l'amministrazione deve verificare la sussistenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera.

In realtà l'esame della fattibilità costituisce la prima fase di valutazione della proposta che ha superato il vaglio di ammissibilità.

L'amministrazione dovrà svolgere un'istruttoria tecnica rigorosa, di livello

¹⁹⁹ Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 1999, n. 233; Cons. Stato, sez. IV, 22 dicembre 1998, n. 1515; IV, 20 novembre 1998 n. 1619; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 21 novembre 1997 n. 500; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 9 giugno 1998, n. 339.

²⁰⁰ Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2001, n. 2711; Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 1999, n. 223; Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 1999, n. 177, che richiama l'art. 21 del D.Lgs. 19 dicembre 1991 n. 406, quale espressione di un istituto di carattere generale.

²⁰¹ Cons. Stato, sez. V, 15 maggio 2001, n. 2711.

²⁰² Secondo l'opinione di A. CIANFLONE - G. GIOVANNINI, *cit.*, 195, l'introduzione specifica della richiesta di integrazione consente di estendere l'integrazione non solo alle manchevolezze meramente formali della documentazione, secondo i principi generali in materia di offerte, ma anche per vera e propria mancanza di qualche documento, fermo restando che restano non integrabili quelle proposte che a causa delle carenze documentali, non consentano di definire appropriatamente la connotazione soggettiva ed oggettiva della proposta.

comparabile e proporzionato al grado di approfondimento degli studi forniti dal promotore.

L'esame indicato nella norma rappresenta una fase della procedura di valutazione volta ad espellere le proposte che *prima facie* appaiono non fattibili.

La verifica dell'insussistenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera, va condotta alla stregua dei criteri indicati dalla norma, che però vengono in considerazione unicamente ai fini della fattibilità, per giungere ad una valutazione sulla possibilità di realizzazione, sotto il profilo progettuale (che attiene all'eseguitività del progetto), urbanistico-ambientale, giuridico-amministrativo (es. non potrebbe considerarsi fattibile una proposta che non sia suscettibile di ottenere gli atti di autorizzazione e di assenso necessari), dei costi di gestione e manutenzione (es. un intervento che richieda elevati costi), delle tariffe da applicare (es. potrebbe ritenersi non fattibile una proposta che preveda tariffe troppo alte per la tipologia dell'utenza).

Dunque non tutti i criteri indicati dalla norma vengono in considerazione in questa fase, *rectius*, non tutti vengono presi in considerazione con lo stesso grado di approfondimento.

Questa fase è infatti finalizzata all'individuazione della proposta fattibile, che non è ancora la proposta di pubblico interesse.

La valutazione della fattibilità della proposta può sfociare in tre diversi esiti:

- a) proposta non fattibile;
- b) proposta fattibile;
- c) proposta fattibile con modifiche;

Anche con la formulazione della norma risultante dalle modifiche introdotte dalla legge n. 166, non sono dettate regole specifiche per questa procedura di comparazione, che quindi si svolgerà informalmente, anche mediante audizioni dei promotori ordinate a fornire chiarimenti, ad illustrare la proposta, sul modello di una trattativa privata.

Pertanto nell'ipotesi sub c), soprattutto nei casi in cui vi siano più proposte, le richieste di integrazioni vanno condotte nel rispetto dei principi della *par condicio*, della trasparenza e della correttezza, richiamati dall'art. 1 della legge n. 109, per enfatizzare quelli che sono i principi generali e fondamentali che presiedono l'attività amministrativa.

L'esame comparativo delle proposte appare, infatti, funzionale all'individuazione della proposta ottimale da porre base di gara, che si svolge sulla base di un progetto preliminare specifico, rispetto al quale, a seguito di tale esame, l'amministrazione può assumere in maniera più efficace le determinazioni relative alle eventuali modifiche, e sulla base dei valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario relativo a quel progetto (art. 37-*quater*, comma 1, lett. a).

Il potere di modifica dell'amministrazione va tuttavia rettamente inteso.

La proposta si fonda sul piano economico-finanziario asseverato che ne costituisce il nucleo centrale ed il presupposto dell'equilibrio economico-finanziario della realizzazione dell'opera e della connessa gestione, che è l'essenza dell'istituto.

Per cui gli interventi dell'amministrazione possono tradursi in correttivi ed indicazioni che non incidono sugli aspetti essenziali della proposta, mentre ogni altra

modifica più penetrante va concordata con il promotore e sottoposta ad una verifica di compatibilità con l'equilibrio economico-finanziario risultante dal piano²⁰³.

Sia nella valutazione della proposta che nell'individuazione dei limiti del potere di modifica dell'amministrazione un ruolo centrale spetta al piano economico-finanziario, previsto come uno degli elementi essenziali della proposta²⁰⁴.

Pertanto, le modifiche possono interessare aspetti migliorativi del progetto, tali cioè da non modificarne l'impostazione strutturale, mentre se riguardano aspetti progettuali, ai quali sono collegati i flussi di reddito che consentono il recupero del capitale investito e la gestione dell'iniziativa, rendono la proposta non valutabile "di pubblico interesse", salva l'ipotesi in cui le modifiche progettuali, determinando una minore incidenza dei costi, non alterino il complessivo equilibrio del piano economico-finanziario.

In sostanza l'amministrazione non può imporre modifiche unilaterali al piano asseverato ma può proporre modifiche, sempre che non rendano inattuabile la proposta stessa, che tuttavia vanno concordate con il promotore, per verificarne la coerenza con l'equilibrio economico-finanziario.

Nel caso in cui vi siano più proposte la possibilità di modifiche presuppone sempre che la proposta sia fattibile, che le modifiche riguardino aspetti non essenziali, e che sia data a tutti i concorrenti la possibilità di adeguare le proprie proposte in ordine agli aspetti evidenziati dall'amministrazione.

Superata la fase di valutazione della fattibilità della proposta si passa a quella della valutazione di pubblico interesse, per individuare la proposta da porre a base di gara.

Nel caso in cui sia stata presentata una sola proposta, la possibilità di introdurre modifiche nella dialettica tra amministrazione e promotore è ovviamente più ampia e la valutazione è condizionata dall'accettazione delle modifiche proposte dall'amministrazione per rendere la proposta di pubblico interesse²⁰⁵.

²⁰³ Sul punto T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 2 luglio 2001 n. 4729, cit.: "le modifiche che, ai sensi dell'art. 37-*quater* comma 1 lett. a), l'amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di *project financing* possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore. Con la conseguenza che, 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".

²⁰⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916: "*La proposta del promotore non può, quindi, essere valutata indipendentemente dal piano economico-finanziario e se questo risulta incongruo la proposta non può non essere valutata inidonea allo scopo.*" Il ruolo centrale il piano di finanziamento, la congruenza del quale rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità, e la non suscettibilità di modifiche unilaterali dell'Amministrazione ma solo di lievi correttivi, è pure evidenziato in T.A.R. Calabria, Catanzaro, 23 febbraio 2004, n. 449.

²⁰⁵ In tal senso T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 gennaio 2004, n. 914 che ha evidenziato come in presenza di un solo soggetto aspirante promotore in riferimento al singolo intervento non vengono in evidenza i principi di terzietà che comunque devono informare l'azione amministrativa, fermo il perseguimento dell'interesse pubblico specifico, mentre in presenza di più aspiranti per il medesimo intervento, un'eventuale richiesta integrativa si tradurrebbe non in un'integrazione documentale, ma in un'integrazione della proposta stessa nei suoi elementi essenziali e costitutivi, che si avrebbe ad intervenuta conoscenza delle proposte formulate dai restanti soggetti che hanno risposto all'invito (nella specie la proposta era stata dichiarata non idonea per non aver presentato "l'elaborato di quantificazione degli elementi per la successiva valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come richiesto dalla l. 109/1994" e per non aver proposto "le garanzie del promotore").

L'Autorità di vigilanza²⁰⁶ ha chiarito che l'attività valutativa concerne in via preliminare l'assenza di elementi ostativi alla realizzabilità della proposta, ossia la sua idoneità tecnica, e, superata tale verifica, la valutazione della rispondenza al pubblico interesse della proposta stessa. Quest'ultima valutazione attiene alla rispondenza della proposta alle priorità fissate nel piano triennale e nell'elenco annuale, e quindi alla compatibilità con altri interventi, che è condizionata dalla necessità del concorso finanziario dell'amministrazione, in relazione alle diverse esigenze di spesa pubblica per altri interventi e dalla programmazione di interventi diversi nella stessa area.

La valutazione di fattibilità non implica la necessaria rispondenza della proposta all'interesse pubblico, in quanto una proposta può risultare fattibile sotto il profilo tecnico, economico, giuridico, gestionale ma non essere di pubblico interesse se comparata ad una diversa proposta, riguardante la realizzazione della medesima opera pubblica, che appare maggiormente di pubblico interesse sotto (almeno) uno dei profili indicati dalla norma (perché per esempio prevede tariffe più basse per l'utenza, una migliore accessibilità al pubblico, una qualità progettuale superiore etc.).

La struttura del procedimento delineato dalla norma in effetti non è però tale da consentire di tracciare una cesura tra le due fasi che finiscono per sovrapporsi, soprattutto nei casi in cui sia stata presentata una sola proposta.

Gli stessi elementi utilizzati per la valutazione della fattibilità della proposta vengono in considerazione ai fini della valutazione della rispondenza al pubblico interesse, ma richiedono un esame più approfondito.

Deve comunque aversi una duplice fase, sotto il profilo procedimentale, in quanto mentre l'istruttoria della proposta e la fase di valutazione dell'ammissibilità della stessa rientrano in un ambito di gestione, come tale rimesso alla competenza dirigenziale, la valutazione della rispondenza della proposta al pubblico interesse costituisce atto di governo.

Pertanto per gli enti locali la relativa competenza si determina in via residuale in capo alla giunta, ai sensi dell'art. 48 comma 2 del Dlgs. n. 167 del 2000.

Solo in questi limiti, infatti, l'amministrazione può esercitare la propria discrezionalità in ordine all'individuazione delle proposte di pubblico interesse, discrezionalità che non può quindi svolgersi al di fuori di quei parametri di carattere urbanistico, ambientale progettuale, funzionale, di fattibilità, di economicità, etc. che rappresentano la base di valutazione delle proposte.

Anche se non viene in considerazione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la comparazione implica un riferimento a criteri, assimilabili ai "pesi" con una diversa incidenza a seconda delle caratteristiche dell'intervento (per cui può esservi una prevalenza dell'aspetto gestionale, architettonico, etc.), per individuare la proposta che ha realizzato la combinazione ottimale degli elementi indicati dalla norma.

Va però considerato che l'attività valutativa che svolge l'amministrazione nelle procedure di gara con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che viene in considerazione nella fase finale di scelta del

²⁰⁶ Determinazione 4 ottobre 2001 n. 20/2001, *cit.*

concessionario, disciplinata dal successivo art. 37-*quater* comma 1 lett. a), attiene alla sfera della discrezionalità tecnica alla quale è estranea ogni valutazione dell'interesse pubblico. Invece lo specifico richiamo all'interesse pubblico contenuto nell'art. 37-*ter* rende ben più ampia la discrezionalità dell'amministrazione, che incontra unicamente gli ordinari limiti della congruità, dell'adeguata motivazione e della corretta ponderazione dei diversi interessi confliggenti.

La determinazione della rispondenza dell'attività amministrativa all'interesse pubblico tocca in sostanza il punto critico del diritto amministrativo, il rapporto tra legalità e discrezionalità, rispetto al quale appare attuale la riflessione di M.S. Giannini²⁰⁷, che individua l'aspetto tipico della discrezionalità, sul presupposto che non vi è un unico modo di soddisfare l'interesse pubblico, nell'apprezzamento dell'autorità che dà luogo ad un numero indefinito di scelte possibili e che non può essere assoggettato a precise regole logiche o tecniche.

L'istruttoria dell'amministrazione sulla proposta, deve essere condotta sui singoli aspetti della stessa e, in coerenza del resto con i principi della legge 241 del 1990, va effettuata in tutti i casi in cui vi sia una richiesta dell'interessato, a prescindere dalla necessità di un esame comparativo, in presenza di più di una proposta.

Il grado di discrezionalità dell'amministrazione dipende anche dal livello di approfondimento dello studio di fattibilità preliminare all'inserimento dell'opera nel programma triennale, di cui all'art. 14 della legge n. 109.

Come già evidenziato²⁰⁸, l'inserimento dell'opera nel programma triennale implica già una valutazione positiva sul pubblico interesse alla realizzazione dell'opera, per cui la discrezionalità dell'amministrazione nella fase di valutazione delle proposte risulta circoscritta alle caratteristiche dell'intervento.

Sotto quest'ultimo profilo la valutazione della rispondenza dell'opera al pubblico interesse risente delle componenti dello studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione, che toccano gli aspetti urbanistico-territoriali, di sostenibilità ambientale, urbanistica e socio-economica e le modalità di gestione, e rappresentano altrettanti parametri di valutazione. L'amministrazione non può discostarsi significativamente dalle risultanze degli studi che hanno costituito il presupposto dell'inserimento dell'opera nel programma triennale, dovendo tener conto della coerenza rispetto ad esse della proposta.

L'esame delle proposte, in base all'art. 37-*ter* si conclude quindi con l'individuazione di quelle ritenute di pubblico interesse.

Su tale aspetto deve tuttavia sottolinearsi una certa difficoltà di coordinamento della norma con il successivo art. 37-*quater*.

L'art. 37-*quater* comma 1 dispone che entro tre mesi dalla pronuncia di cui all'art. 37-*ter* (entro il 31 dicembre di ogni anno nella previgente formulazione) le amministrazioni, qualora fra le proposte presentate ne abbiano individuate alcune di pubblico interesse, previa eventuale applicazione delle disposizioni dell'art. 14, comma 8, ai fini dell'adeguamento degli strumenti urbanistici, procedono "per ogni proposta individuata" ad indire una gara, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore.

Dunque ogni proposta è diretta alla realizzazione di una singola opera pubblica o di

²⁰⁷ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, 63-64.

²⁰⁸ Cap. II, par. 2.

pubblica utilità e le proposte individuate come di pubblico interesse riguardano ciascuna interventi diversi²⁰⁹.

La lettera dell'art. 37-ter sembra indicare invece che per ogni intervento vengono individuate una pluralità di proposte, ove le stesse rivestano pubblico interesse ("... provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse").

Sarebbe logico ritenere che l'art. 37-ter nella parte in cui prevede che all'esito dell'esame delle proposte vengono individuate quelle ritenute di pubblico interesse, si riferisca solo alle proposte riguardanti lo stesso intervento.

L'esame delle proposte sotto i molteplici aspetti urbanistici, tecnici ambientali, di funzionalità etc. e soprattutto l'esame comparativo, atteso che la comparazione è un raffronto tra elementi omogenei, dovrebbe riguardare solo proposte aventi ad oggetto lo stesso intervento²¹⁰.

Il successivo comma 1 dell'art. 37-quater in queste ipotesi, cioè ove vi siano alcune proposte di pubblico interesse prevede invece l'indizione di una gara per ogni proposta individuata ("procedono, per ogni proposta individuata"), ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore.

L'indizione di una gara per ogni proposta di pubblico interesse si riferisce ovviamente ai casi in cui le proposte individuate riguardino interventi diversi, non essendo ipotizzabile indire una gara non per ogni intervento, ma per ogni proposta anche riguardante lo stesso intervento.

Dovrebbe allora ritenersi, per coordinare le due norme, che l'esame comparativo delle proposte di cui all'art. 37-ter, e quindi l'individuazione di quelle ritenute di pubblico interesse, nonostante la formulazione della norma, riguardi sia le proposte concernenti interventi diversi, sia quelle concernenti lo stesso intervento²¹¹.

In tale ultimo caso, nonostante la lettera della norma, deve ritenersi che l'esame comparativo di cui all'art. 37-ter si conclude con l'individuazione di una sola, fra le più proposte riguardanti il medesimo intervento, proposta che verrà poi posta alla base dei successivi sviluppi procedurali. Ovviamente i soggetti che hanno presentato proposte non ritenute di pubblico interesse potranno partecipare alla gara prevista dall'art. 37-quater comma 1 lett. a).

La formulazione delle norme probabilmente risente del procedimento prefigurato nel d.d.l. 1275 - Disposizioni in materia di realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione -, che specificava che in seguito all'esame

²⁰⁹ "Vi è pertanto una concorrenza interna ai singoli interventi, che si basa sulla qualità complessiva delle proposte, ed una concorrenza esterna che si basa sulla priorità tra gli interventi attuabili tramite il concorso finanziario del privato." Così N. LUGARESÌ, *Concessioni di costruzione e gestione e "project financing": problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. app.*, 4/2001, 659.

²¹⁰ S. AMOROSINO – R. SCIUTO, cit., 70, rilevano che se le proposte riguardano la medesima opera le diverse soluzioni costruttive, finanziarie, gestionali etc., potrebbero essere tutte meritevoli di qualificazione positiva per cui la comparazione non potrebbe essere, "ordinata all'individuazione di una sola proposta meritevole di accoglimento".

²¹¹ Cfr. la Determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 20/2002, cit.: "La valutazione può comprendere anche la comparazione di proposte presentate da diversi promotori con riferimento allo stesso intervento nonché di proposte relative ad interventi differenti: in tal caso la valutazione e la comparazione non sarà in senso proprio, ma servirà per stabilire la compatibilità degli interventi stessi sotto il profilo finanziario, logistico e funzionale. In altri termini, detta valutazione e comparazione impropria servirà per stabilire la compatibilità di interventi diversi in contemporanea fra loro".

comparativo, erano individuate le proposte ritenute “prioritarie nell'ambito della programmazione di cui all'art. 14”²¹².

Nelle previsioni del disegno di legge in sostanza, l'amministrazione fondava la propria scelta sulle esigenze e le scelte della programmazione, in ciò sostanziandosi il richiamo alle priorità ed il riferimento al programma triennale.

Pertanto, l'esame comparativo era volto ad operare, tra più proposte concernenti interventi diversi, una preventiva selezione sulla base della programmazione temporale operata dall'amministrazione.

Tale soluzione tuttavia rappresentava una ingiustificata limitazione della capacità operativa dell'amministrazione, che potrebbe trovare una spiegazione solo nella difficoltà delle amministrazioni di organizzare più procedure concernenti interventi diversi, legittimando in certo modo, l'inefficienza delle stesse.

D'altra parte la contemporanea indizione di più procedimenti riguardanti interventi diversi, non potrebbe trovare ostacoli in relazione ai maggiori oneri finanziari a carico dell'amministrazione, considerato che le proposte potrebbero anche avere ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche con capitale interamente privato.

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici²¹³ ha accolto il principio che la valutazione di cui all'art. 37-ter se avente ad oggetto proposte presentate per uno stesso intervento, si conclude con l'individuazione di un solo soggetto promotore. L'Autorità ha ritenuto ipotizzabili entrambe le situazioni: comparazione di proposte presentate da diversi promotori con riferimento allo stesso intervento o di proposte relative ad interventi differenti. In tale ultimo caso tuttavia “*la valutazione e la comparazione non sarà in senso proprio, ma servirà per stabilire la compatibilità degli interventi stessi sotto il profilo finanziario, logistico e funzionale. In altri termini, detta valutazione e comparazione impropria servirà per stabilire la compatibilità di interventi diversi in contemporanea fra loro.*”

D'altra parte l'introduzione dell'avviso di cui all'art. 37-bis, comma 2-bis, con la legge n. 166 del 2002, supera il problema del rapporto tra più proposte relative ad interventi diversi, in quanto manifesta la volontà dell'amministrazione di realizzare tutte le proposte oggetto dell'avviso.

La prima fase della procedura di scelta del soggetto che dovrà realizzare e gestire l'opera, può concludersi quindi o con l'individuazione di più proposte suscettibili di realizzazione, nel caso in cui vi siano più proposte concernenti interventi diversi, oppure con l'individuazione di una sola proposta nel caso in cui le proposte riguardino la stessa iniziativa.

Il positivo riscontro della rispondenza al pubblico interesse della proposta non implica il sorgere di alcun vincolo di tipo contrattuale, ma determina un obbligo procedimentale a carico dell'amministrazione in ordine all'ulteriore corso della

²¹² Il testo del d.d.l. 1275 presentato il 22 ottobre 1996 alla Commissione Lavori pubblici del Senato, (comunicazioni in sede referente) recita all'art. 2 (*Valutazione della proposta*): “1. Entro il 31 ottobre di ogni anno, le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate anche sotto il profilo urbanistico ed ambientale, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminatele anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono prioritarie nell'ambito della programmazione di cui all'art. 14 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni”.

²¹³ Determinazione 4 ottobre 2001 n. 20/2001 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - Oggetto: "Finanza di progetto", Rif: Q/178/c-AG 149-R/987/01.

procedura per l'individuazione del soggetto che dovrà realizzare l'intervento, cui si ricollega un interesse di natura strumentale tutelabile sede giurisdizionale, in ordine all'indizione della gara di cui all'art. 37-*quater* comma 1 lett. a).

Il soggetto promotore in realtà vanta, più che un interesse strumentale, un interesse specifico, diretto e particolarmente qualificato all'indizione della gara, in quanto all'esito della stessa potrà risultare aggiudicatario o comunque, come vedremo trattando della procedura, quantomeno potrà ottenere il rimborso delle spese sostenute²¹⁴.

Un interesse analogo, per gli stessi motivi, potrebbe ravvisarsi, in caso di più proposte concernenti la medesima opera, in capo a quei soggetti che hanno presentato proposte che poi, in seguito all'esame comparativo, non sono state ritenute di pubblico interesse, anche se in tal caso non vi è la certezza del vantaggio minimo conseguente all'indizione della gara, consistente nel recupero delle spese sostenute per la predisposizione della proposta nei limiti di cui all'art. 37-*bis* comma 1 ultima parte.

7. La procedura di aggiudicazione.

7.1. La fase di gara.

In conseguenza del mutamento della fase di valutazione della proposta, viene modificato anche il termine, pure considerato di carattere non perentorio, per l'indizione della gara di cui all'art. 37-*quater* originariamente stabilito al 31 dicembre e nel nuovo sistema conseguente alle modifiche introdotte con la legge n. 166 del 2002, in tre mesi dalla pronuncia di cui all'art. 37-*ter*, con cui viene individuata la proposta di pubblico interesse, da porre a base di gara.

La scelta del concessionario avviene al termine di una procedura articolata su due fasi.

La prima fase consiste nello svolgimento di una procedura di gara assimilabile alla

²¹⁴ Cfr. A. DE ROBERTO *op. cit.*, 608 nota 17, che afferma che alla valutazione positiva della proposta consegue l'obbligo *ex lege* dell'amministrazione di indire una procedura di gara, obbligo al quale si correlano interessi pretensivi.

Gli interessi pretensivi sono infatti tutelabili davanti al giudice amministrativo azionando l'interesse strumentale all'eliminazione dell'atto preclusivo del successivo sviluppo del procedimento (T.A.R. Marche 23 aprile 1993, n. 272, in *Trib. amm. reg.*, 1993, I, 2646). Sugli interessi pretensivi cfr. E. FOLLIERI, *Silenzio della p.a. e tutela degli interessi diretti all'acquisizione di un vantaggio (c.d. interessi pretensivi)* (nota a sent. T.A.R. Marche 8 aprile 1981, n. 246, in *Foro amm.*, 1981, I, 1166).

Sulla categoria degli interessi strumentali cfr. S. BRIGNOLA, *Gli interessi strumentali*, in *Foro amm.*, 1986, II, 581 "per interessi strumentali si intende una posizione soggettiva di interesse a difendere o a pretendere un determinato bene, non per il vantaggio diretto che ciò può arrecare ma in vista di un vantaggio indiretto ai fini della conservazione o del conseguimento di altro bene".... e più avanti "L'azionabilità dell'interesse strumentale viene, di regola, riconosciuta quando dal soddisfacimento di esso deriva il sicuro soddisfacimento dell'interesse finale. Essa viene negata quando il nesso fra interesse strumentale ed interesse finale non è diretto come nel caso di concorsi e di gare, poiché dalla loro indizione rimane soddisfatto il solo diritto della partecipazione, mentre l'esito favorevole dipende da un elemento ulteriore che interrompe il nesso di causalità immediata ed efficiente." Nel caso della gara di cui all'art. 37-*quater* comma 1 lett. a) peraltro l'interesse del promotore, come specificato nel testo, è condizionato da un elemento ulteriore solo per quanto concerne l'aggiudicazione, ma non per quanto attiene al recupero delle spese sostenute per la predisposizione della proposta. L'estensione dell'interesse incide quindi sull'eventuale tutela risarcitoria nei confronti dell'amministrazione inerte, che sarà limitata al danno conseguente al mancato recupero delle spese per la predisposizione della proposta, ma non potrà naturalmente avere ad oggetto anche il mancato lucro derivante dalla gestione nei termini ipotizzati nel piano economico-finanziario allegato alla proposta.

licitazione privata, procedura della quale assume i criteri di aggiudicazione, quelli previsti dall'art. 21 comma 2 lett. b), seppur non identificabile con questa. Come sopra sottolineato il progetto preliminare posto a base di gara è quello presentato dal promotore, con le eventuali modifiche apportate dall'amministrazione all'esito della chiusura della fase concernente l'esame e la valutazione delle proposte²¹⁵.

Si tratta di modifiche, che comunque vanno accettate dal promotore, che non possono stravolgere il progetto, atteso che lo stesso, in quanto rappresenta la base per la determinazione dei costi di realizzazione e manutenzione, è uno degli elementi su cui si fonda il piano economico-finanziario relativo alla gestione e quindi alle previsioni di redditività dell'intervento.

Pertanto in questa fase la comparazione avviene tra le singole offerte e non comprende la proposta del promotore, che rappresenta l'elemento di raffronto, assimilandosi al bando predisposto dall'amministrazione nella concessione ordinaria. Tale gara non si conclude con l'aggiudicazione ma con l'individuazione delle due offerte ritenute migliori.

Il parametro di riferimento è rappresentato dal progetto preliminare predisposto dal promotore, posto a base di gara e dagli elementi di cui all'art. 21, comma 2, lett. b), che fanno parte del contenuto della proposta.

I concorrenti dovranno quindi presentare offerte complete sotto il profilo tecnico, estetico, qualitativo ed in generale in relazione a tutti gli elementi considerati all'art. 21 comma 2 lett. b) concernenti anche il prezzo (ove previsto), il tempo di esecuzione, il rendimento, la durata della concessione e tutto ciò che attiene alla gestione (livello delle tariffe, criteri di aggiornamento etc.). A tali elementi vanno aggiunti quelli, variabili in relazione al tipo di lavoro da realizzare, di cui al punto 7 dell'art. 21, rispetto ai quali vi è un più ampio margine ideativo.

I contenuti dell'offerta vanno modulati sulle previsioni dell'art. 87 del regolamento, per cui l'offerta, potrebbe tradursi in modifiche al progetto preliminare, che però non concretino una sostanziale variante, che vada ad incidere sul piano economico-finanziario e sul progetto, in quanto questi atti rappresentano la base della proposta così come è stata individuata dall'amministrazione, ed è questa che viene posta a base di gara, previa eventuali modifiche al progetto stabilite dall'amministrazione ai sensi dell'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a).

Questa limitata possibilità di varianti migliorative, assimilabile all'offerta progetto dell'appalto concorso, era l'unico onere progettuale posto a carico del concorrente in questa fase, e comunque era sempre una facoltà, subordinata alla necessaria indicazione delle parti dell'opera o del lavoro che fossero suscettibili di variazione e la determinazione delle relative condizioni, come si evince anche dal combinato disposto dell'art. 85, comma 2 e dell'art. 87, comma 1, lett. g).

Con le modifiche apportate dalla legge n. 166 del 2002 la procedura di gara resta invariata ma viene introdotta la possibilità di ricorrere alla procedura dell'appalto-

²¹⁵ L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici – Determinazione del 6 marzo 2002 n. 4, ha confermato che l'aggiudicazione finale della concessione non avviene mediante licitazione privata e facendo applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma mediante procedura negoziata rispetto alla quale "la gara", di cui alla lett. a) dello stesso comma, serve non già a selezionare l'aggiudicatario della concessione bensì ad individuare i "soggetti presentatori delle due migliori offerte", (*ovvero l'unico soggetto partecipante*) con i quali instaurare la "procedura negoziata" assieme al promotore.

concorso.

Non risulta chiaro come il meccanismo dell'appalto-concorso si innesti nella procedura di gara²¹⁶.

Al fine della partecipazione alla procedura di gara non è richiesta la contestuale elaborazione del progetto definitivo (ed ovviamente esecutivo), configurandosi l'attività di progettazione, ai sensi dell'art. 19 comma 2, come uno dei contenuti dell'obbligazione del concessionario, per cui il relativo vincolo sorge al momento dell'instaurazione del rapporto.

Poiché infatti lo schema di contratto di concessione, ai sensi dell'art. 86 del Regolamento, deve contenere unicamente le condizioni relative all'elaborazione da parte del concessionario del progetto dei lavori da realizzare e le modalità di approvazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice (lett. a) nonché l'indicazione delle caratteristiche funzionali, impiantistiche, tecniche e architettoniche dell'opera e lo standard dei servizi richiesto (lett. b), lo stesso dovrebbe valere anche per la bozza di convenzione di cui all'art. 37-bis.

La scarsa previsione dell'art. 7, comma 7, lett. cc), n. 1, nella parte in cui si limita a consentire il ricorso alla procedura dell'appalto-concorso, implica un rinvio alla relativa disciplina, e quindi alla disposizione di cui all'art. 20 comma 4 della legge, che individua il contenuto dell'offerta nel progetto esecutivo e nel prezzo²¹⁷.

Con il ricorso all'appalto-concorso i partecipanti a tale fase di gara verrebbero quindi onerati degli ulteriori costi della progettazione esecutiva, e si troverebbero in una posizione peggiore anche rispetto ai concorrenti ad una gara per l'affidamento di una concessione ex art. 19, a tutto vantaggio del promotore, la cui posizione risulta ulteriormente rafforzata.

Inoltre nella fase della trattativa privata, il confronto con il promotore verrebbe svolto sulla base di elementi progettuali non facilmente comparabili, in quanto uno, il progetto del promotore, di livello preliminare, e l'altro di livello esecutivo.

Lo svantaggio conseguente alla necessità di predisporre elaborati progettuali, viene in parte attenuato dalla successiva disposizione, che modificando il comma 5 dell'art. 37-*quater*, consente un rimborso parziale delle spese sostenute.

²¹⁶ Cfr. sulla portata del richiamo all'appalto concorso, cfr. R. DIPACE, *Gli appalti di opere*, cit., 137, il quale sostiene l'applicabilità di tutta la disciplina relativa all'appalto concorso e la necessità di una motivata decisione da parte della stazione appaltante e del preventivo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, nonché la necessità di rispettare il limite di valore stabilito dall'art. 20 della legge-quadro che implica la possibilità del ricorso all'appalto concorso solo per lavori il cui importo sia pari o superiore a venticinque milioni di euro.

²¹⁷ *Contra* M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, cit., 995, il quale rileva che la precisazione di cui all'ultimo alinea dell'art. 20 comma 4 della legge - che «l'offerta ha ad oggetto il progetto esecutivo ed il prezzo» si riferisce espressamente all'«affidamento di appalti mediante appalto concorso», e non sembra, in quanto norma speciale, estensibile alle concessioni affidate con la procedura di cui agli artt. 37-bis, anche in considerazione della specificazione di cui allo stesso art. 20 comma 2 che il progetto esecutivo viene predisposto dal concessionario successivamente all'aggiudicazione. L'Autore pertanto conclude che la precisazione normativa appare un retaggio della ormai superata distinzione tra appalto-concorso e licitazione privata con aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa e che l'unico valore attribuibile all'innovazione legislativa è la possibilità che la gara possa specificamente riguardare anche varianti progettuali proposte dai concorrenti, sancendo espressamente una possibilità alla quale si poteva già pervenire attraverso il richiamo all'art. 21, comma 2, lett. b), che tra gli elementi di valutazione menziona anche «il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata».

Né nell'ipotesi di procedura "ordinaria" né nel caso in cui si ricorra all'appalto-concorso è consentita ai concorrenti la piena conoscibilità del piano economico-finanziario predisposto dal promotore.

Poiché in base all'art. 37-*quater* comma 1 a base di gara vengono messi il progetto preliminare, integralmente ed il piano economico-finanziario limitatamente agli "elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore", negli stessi termini va risolto il problema della conoscibilità del piano economico-finanziario.

Mentre il progetto preliminare viene acquisito dall'amministrazione, tant'è che in base all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a), viene posto a base di gara dopo le modifiche eventualmente apportate dall'amministrazione stessa, il piano economico-finanziario rappresenta unicamente il parametro sul quale la stessa amministrazione elabora i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta più vantaggiosa.

Pertanto mentre la possibilità di conoscere il progetto preliminare è piena, non appare ammissibile un diritto degli altri concorrenti di accesso all'intero piano economico-finanziario elaborato dal promotore; questi potranno conoscere soltanto gli elementi del piano che vengono trasfusi nel bando e che sono necessari per la presentazione della propria offerta.

Il piano economico-finanziario è il frutto dell'elaborazione del promotore ed il presupposto della economicità della gestione, per cui non potrebbe estendersi ad esso un diritto di accesso degli altri concorrenti.

La conoscenza del piano economico-finanziario prima della conclusione della prima fase della procedura di gara, inoltre altererebbe il carattere e la finalità della scansione del procedimento delineato dal legislatore.

Se l'offerente avesse la possibilità di conoscere il piano economico-finanziario elaborato dal promotore in questa fase, avrebbe un indubbio vantaggio nella procedura negoziata di cui alla seconda fase e risulterebbe svuotato anche il meccanismo di rimborso, previsto nell'ipotesi in cui la concessione venga aggiudicata a un soggetto diverso dal promotore, che presuppone l'acquisizione del piano economico-finanziario elaborato dal promotore successivamente all'aggiudicazione²¹⁸.

L'apporto dei concorrenti può tradursi in modifiche al piano economico-finanziario o al progetto costruttivo, ma non può spingersi fino al punto di formulare offerte che, concretandosi in una sostanziale variante ne comportino un stravolgimento, in quanto questi atti rappresentano la base della proposta così come è stata individuata

²¹⁸ Sul punto si è espressa l'Autorità di vigilanza con Determinazione 6 marzo 2002, n. 4 - Oggetto: Finanza di progetto: quesiti posti in materia di gara per la scelta dei partecipanti alla procedura negoziata, di variazione della composizione del promotore e di possibilità di impiego della procedura del promotore per il "ciclo integrale delle acque", specificando che la stazione appaltante ha l'obbligo di assicurare la piena conoscibilità da parte dei concorrenti solo del progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni, e dei valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore, mentre "va mantenuto riservato il piano economico-finanziario proprio del promotore in quanto afferente alle sue scelte imprenditoriali, alla sua organizzazione di impresa (sotto il profilo finanziario e patrimoniale), alle sue strategie ed in generale a quelle informazioni economiche che caratterizzano le ragioni e le valutazioni stesse del promotore rispetto al mercato".

dall'amministrazione, ed è questa che viene posta a base di gara, prelieve eventuali modifiche al progetto stabilite dall'amministrazione ai sensi dell'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a).

In sostanza è ammissibile che i concorrenti presentino, in termini analoghi all'offerta progetto dell'appalto concorso, modifiche al progetto-base elaborato dal promotore, purché le varianti migliorative non alterino i caratteri essenziali della proposta, come riconosciuto dalla giurisprudenza anche in tema di licitazione privata²¹⁹.

Il sistema di licitazione privata di cui all'art. 37-*quater*, ricalca quello previsto per la concessione dall'art. 20 comma 2, nell'ambito del quale, in base all'art. 85 comma 2 del regolamento, il progetto preliminare è peraltro suscettibile di proposte di variante, che saranno valutate in sede di gara.

Si tratta tuttavia di mera facoltà, subordinata alla necessaria indicazione delle parti dell'opera o del lavoro che è possibile variare ed alla determinazione delle relative condizioni²²⁰.

L'Autorità di vigilanza con la Determinazione n. 1 del 22 gennaio 2003, ha chiarito che alla gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a) si applicano gli stessi criteri valevoli per l'affidamento tramite *concessione ex art.19*, comma 2, della legge n.109/94, in quanto in entrambi i casi la gara si svolge sul progetto preliminare, a nulla rilevando che nell'ipotesi dell'art. 37-*quater* il progetto sia predisposto dal promotore e non dall'amministrazione.

La possibilità di variazione del progetto, che non può mai tradursi in un obbligo per il concorrente, deve quindi ammettersi anche nella procedura di gara di cui all'art. 37-*quater*, pur essendo diversa la funzione della licitazione privata 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 del *project financing* apre alla procedura negoziata tra il promotore e i due soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella licitazione privata, soltanto all'esito della quale si perfeziona la scelta del contraente²²¹.

Pertanto anche in questa gara le varianti possibili potranno consistere nella prospettazione di migliorie, ma non di modifiche progettuali tali da snaturare il progetto posto a base di gara o comunque da renderlo non comparabile con quello presentato dal promotore e fatto proprio dall'amministrazione aggiudicatrice²²².

²¹⁹ Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 1997, n. 309, in *Foro amm.*, 1997, 1064; Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 1996, n. 947, in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 68; e da ultimo Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2001, n. 578, in *Ed. e Terr.*, n. 10/2001, che ai fini della rispondenza della modifica al progetto-base alla nozione di variante con funzione migliorativa, sottolinea: "l'offerente è tenuto in primo luogo a precisare le ragioni tecniche che hanno richiesto l'adattamento proposto e la concreta variazione della singola prescrizione progettuale. In secondo luogo, egli è tenuto a provare che le novità siano tali da garantire l'efficienza del progetto e da salvaguardare quelle particolari esigenze che la stazione appaltante vuole proteggere con l'adozione della singola prescrizione derogata".

²²⁰ Cfr. sulla licitazione privata nella concessione: Baldi, M. op. cit. Cap. VI, par. 7.

²²¹ Cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, 18 luglio 2002, n. 1547, in *Urb. e App.*, 3/2002, 324, che ha confermato l'ammissibilità della previsione della facoltà per i concorrenti di presentare eventuali varianti al progetto posto a base di gara, espressamente prevista per l'affidamento della concessione dall'art. 85 comma 2 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, previa indicazione nel bando delle parti dell'opera e del lavoro e delle relative condizioni delle varianti.

²²² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2001, n. 2332 che considera varianti migliorative "esclusivamente le integrazioni progettuali esecutive, oltre agli accorgimenti tecnici incidenti sulla funzionalità, sulla durata e sull'affidabilità", escludendo comunque una sostanziale modifica del

La possibilità di modifiche più incisive, tali da costituire anche un progetto alternativo è riservata alla fase di negoziazione nel cui ambito il confronto tra il progetto del promotore e quello dei concorrenti si attua "mediante l'apertura di un dialogo competitivo multiplo e flessibile, non limitato dalla struttura formalmente più rigida della licitazione privata"²²³.

Per ciò che concerne in particolare l'aspetto economico e finanziario dell'offerta, dai caratteri e dalla funzione dell'attività di asseveramento del piano presentato dal promotore ai sensi dell'art. 37-bis, discende che poiché anche le offerte dei concorrenti debbono consentire all'amministrazione una valutazione sulla base di criteri analoghi a quelli utilizzati per la proposta del promotore, queste dovranno essere corredate da un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, nei limiti in cui risultino modificati i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa²²⁴.

Inoltre, l'asseveramento da parte dell'istituto di credito sulle offerte modificative consente di evitare il rischio di offerte anomale, che pure sussiste in termini analoghi a quelli esposti nella trattazione della concessione, cui si rinvia, trattandosi di applicare gli stessi rimedi²²⁵. Il piano economico-finanziario predisposto dal promotore è finalizzato ad individuare l'equilibrio economico-finanziario del rapporto, per cui le modifiche delle componenti quantitative relative al prezzo (che può essere previsto a carico dell'amministrazione o del concessionario) o al canone oppure ai livelli minimi di tariffe, a seconda della tipologia dell'intervento, messe in relazione agli elementi qualitativi (valore tecnico ed estetico, funzionalità, modalità di gestione), determinano i parametri di remuneratività della prestazione, che se alterati necessitano di adeguata giustificazione.

In conclusione l'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità sulle regole di svolgimento della gara, nella fase di licitazione privata, può richiedere un'offerta del concorrente che non apporti modifiche al progetto e contenga unicamente proposte economiche migliorative rispetto a quella del promotore, oppure che apporti varianti che non incidano sui caratteri essenziali del progetto, nei limiti stabiliti dalla stessa amministrazione.

progetto determinante una diversa "concezione o ideazione che determinerebbe in concreto un aliud pro alio, come tale lesivo ad un tempo sia delle posizioni degli altri concorrenti, sia della legittima discrezionalità di scelta dell'amministrazione".

²²³ Così l'Atto di regolazione del 26 ottobre 2000, n. 51 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in *Ed. e Terr.*, n. 44/2000, 70 che sottolinea come "non vi sia alcun obbligo per i partecipanti alla licitazione privata di presentare un'offerta contenente varianti al progetto posto a base di gara, ma che la possibilità di varianti sia una facoltà attribuita agli stessi dalla legge e dal regolamento attuativo, esercitabile nella fase della procedura negoziata anche relativamente alla sola individuazione del prezzo richiesto od offerto ai sensi dell'art. 81, comma 1 lett. a) e b) del D.P.R. n. 554 citato." L'Autorità sembra ritenere inammissibili nella fase di licitazione privata, anche le modifiche progettuali minori, soluzione che apparirebbe in contrasto con la possibilità di modificare gli elementi del piano economico-finanziario già in sede di licitazione privata, ammessa dalla stessa Autorità con l'Atto di regolazione n. 34/2000. Il T.A.R. Toscana, sez. II, 18 luglio 2002, n. 1547, *cit.*, ha confermato che le varianti ammissibili nella fase della procedura di licitazione non devono essere tali da snaturare il progetto, che resta il parametro sul quale effettuare le valutazioni comparative, e che invece nella successiva fase negoziale è ammissibile un più ampio margine di intervento in quanto, in questa fase si apre un dialogo competitivo multiplo e flessibile sul progetto del promotore e quello (*rectius* le varianti) del concorrente risultato vincitore all'esito della fase precedente.

²²⁴ Cfr. l'Atto di regolazione dell'Autorità del 18 luglio 2000, n. 34, *cit.*

²²⁵ Sul punto si rinvia alla trattazione del Cap. VI, par. 7.

Tuttavia, se il bando ha inserito il valore tecnico ed estetico dell'opera (art. 21, comma 2, lett. b, n. 2) tra gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere stabilita la possibilità di presentare varianti, venendo altrimenti meno il parametro, sul quale valutare il carattere migliorativo dell'offerta.

In entrambi i casi le offerte che si traducano in una modifica dei valori degli elementi per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa posti a base di gara, incidendo sul piano economico-finanziario, devono essere oggetto di asseveramento da parte di un istituto di credito²²⁶.

Un più ampio margine può invece riconoscersi nella successiva fase negoziale in ordine alla possibilità, sia per il promotore che per gli altri concorrenti, di modificare le proprie offerte.

Tanto il promotore che i partecipanti alla gara sono tenuti alla cauzione prevista dall'art. 30 comma 1 pari al 2 per cento dell'importo dei lavori da eseguire e comprendente anche l'impegno del fideiussore a costituire in caso di aggiudicazione la garanzia fideiussoria del 10 per cento sull'importo degli stessi lavori. Poiché inoltre l'intervento comprende anche una parte progettuale e gestionale, è prevista l'ulteriore cauzione, sempre a garanzia dell'offerta, pari all'importo delle spese sostenute dal promotore per la predisposizione della proposta comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 c.c.; tale ultima garanzia verrà costituita dal promotore prima dell'indizione del bando di gara e dagli altri partecipanti al momento dell'offerta.

Il carattere migliorativo rispetto alla proposta-offerta del promotore posta a base di gara, che rappresenta il parametro di confronto delle offerte presentate nella procedura svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituisce il requisito minimo dell'offerta che consente il passaggio alla fase negoziata successiva.

Tale condizione è insita nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che non muta i propri caratteri in relazione alla predisposizione del progetto da parte del promotore anziché dell'amministrazione.

Il promotore, anche se non vi partecipa, vanta una posizione giuridica qualificata in ordine al sindacato sullo svolgimento della gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a), sia in relazione al possesso da parti dei concorrenti dei necessari requisiti, sia in ordine alla validità dell'offerta, e quindi alla sussistenza del carattere migliorativo della stessa rispetto alla propria - posta a base di gara - in quanto, nel caso di mancanza di altre offerte valide, la sua proposta "è vincolante per lo stesso", con l'effetto dell'affidamento ad esso della concessione sulla base del progetto proposto e già approvato nella precedente fase²²⁷.

²²⁶ Cfr. Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici - Atto di regolazione del 26 ottobre 2000 n. 51 R/249/00 "Offerte nella licitazione privata conseguente a proposta del promotore nel *project financing*".

²²⁷ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 18 marzo 2002, n. 1140: "è da ritenersi che il promotore abbia un interesse giuridicamente rilevante a sindacare le fasi della licitazione privata volta ad individuare i soggetti della successiva procedura negoziata; e ciò anche per quanto concerne la semplice ammissibilità delle offerte presentate in quella licitazione in relazione al "suo" progetto posto a base di gara, proprio perché dalla valutazione dell'Amministrazione circa l'ammissibilità o meno di quelle offerte e circa l'idoneità di quei soggetti a concorrere successivamente con il promotore può risultare lesa il suo interesse a concorrere con soggetti correttamente selezionati ed individuati sulla base di regole predeterminate ed il suo interesse, in fin dei conti, a che l'esclusione

Nel caso in cui sia pervenuta una sola offerta, purché ammissibile, non si ha una vera e propria gara, ma piuttosto una fase di valutazione dell'ammissibilità dell'offerta, cioè della presenza di elementi migliorativi rispetto alla proposta del promotore, che consente il passaggio direttamente alla fase successiva.

7.2. La fase della procedura negoziata.

La seconda fase consta di una procedura negoziata, cioè di una trattativa privata che si svolge tra il promotore e i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte, oppure tra il promotore e l'unico soggetto che abbia presentato l'offerta relativa alla gara.

Nell'ipotesi in cui non vi sia nessun altro soggetto che partecipi alla gara, l'aggiudicazione verrà effettuata in favore del promotore. Tale infatti è il senso della previsione dell'art. 37-*quater* comma 2 che vincola il promotore alla proposta posta a base di gara nell'ipotesi in cui non vi siano altre offerte.

Invero non potrebbe ritenersi sussistente un vincolo contrattuale in capo all'amministrazione, che potrebbe sempre, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decidere di non procedere all'aggiudicazione in favore del promotore nell'ipotesi in cui non siano state presentate offerte.

In tema di contratti della pubblica amministrazione la potestà di non procedere all'aggiudicazione, in presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, costituisce un principio di carattere generale, in base a quanto previsto dall'art. 113, del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, applicabile non solo all'Amministrazione dello Stato ma ad ogni pubblica amministrazione²²⁸.

Va considerato che, tuttavia, una volta avviata la procedura, sussiste l'obbligo di continuarla, e che, avendo l'amministrazione all'esito della procedura di cui all'art. 37-*ter* qualificato la proposta del promotore in termini di rispondenza al pubblico interesse specifico, al cui soddisfacimento è preordinata la realizzazione dell'opera, difficilmente potranno ravvisarsi in concreto validi motivi di pubblico interesse prevalenti sulla valutazione già operata²²⁹.

di quei soggetti esclusi per l'inosservanza di quelle regole si traduca nella mancanza di valide offerte e dunque nel suo diritto all'aggiudicazione della concessione (del resto, il favor per la concorrenza e per la più ampia partecipazione alle gare non può mai comunque portare all'accantonamento delle regole formali e sostanziali stabilite nelle pubbliche gare a tutela dei principii di trasparenza, par condicio ed imparzialità)".

²²⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 1995, n. 1188, in *Cons. Stato*, n. 10/1995, 1443, che individua nel venir meno delle disponibilità finanziarie necessarie all'esecuzione una motivazione sufficiente in ordine alla determinazione di non procedere ad aggiudicazione. I gravi motivi di interesse pubblico, sono stati individuati: nell'insufficienza del finanziamento necessario alla esecuzione dell'opera appaltata, nelle caratteristiche di definitività del manufatto oggetto dell'opera pubblica, nella urgenza dell'opera pubblica realizzabile solo con l'indizione di una nuova gara. Mentre, per converso ne è stata esclusa la ricorrenza nel caso in cui l'annullamento provochi un ritardo dell'esecuzione dei lavori che, a sua volta, comporti la perdita del beneficio sociale derivante dalla realizzazione dell'opera pubblica (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 26 aprile 1990, n. 356, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1990, I, 921; T.A.R. Basilicata, 29 maggio 1989, *ivi*, 1989, 1380; Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 1987, n. 648, *ivi*, 87, 1783; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 1983, n. 223, in *Cons. Stato*, 1983, I, 1715, Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 1994, n. 652, *ivi*, 1994, I, 633; Cons. Giust. Amm. Sic., 28 marzo 1994, n. 106, *ivi*, 1994, I, 497).

²²⁹ Cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 22 gennaio 1986, n. 36, in *Trib. amm. reg.*, 1986, I, 1010, secondo tale pronuncia l'amministrazione deve dar conto delle ragioni che la inducono a non utilizzare o a caducare un procedimento concorsuale già avviato, perché una volta scelta ed avviata

D'altra parte la fase che precede l'acquisizione del progetto consente all'amministrazione, prima di passare alle successive fasi, di concordare condizioni migliorative rispetto alle previsioni contenute nella proposta, onde renderla ancor più adeguata alle esigenze di pubblico interesse da soddisfare²³⁰.

L'amministrazione quindi, nell'ipotesi in cui ritenga di non attribuire la concessione, sull'unico presupposto che nessuna offerta sia stata acquisita nella seconda fase, si troverebbe con ogni probabilità esposta alle pretese risarcitorie, non solo per ciò che concerne la lesione dell'interesse legittimo del promotore²³¹, ma anche in termini di responsabilità precontrattuale.

La tutela risarcitoria conseguente alla attività amministrativa nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti, è stata introdotta dapprima dall'art. 13 della legge n. 142 del 1992, poi sostanzialmente riproposta dal D.Lgs n. 80 del 1998 che, nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ha stabilito all'art. 35 comma 1 la possibilità, confermata anche a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 7 della legge n. 205 del 2000, di disporre il risarcimento del danno anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, abrogando l'art. 13 della legge n. 142 del 1992. Si tratta di responsabilità che consegue alla violazione delle regole pubblicistiche sullo svolgimento della procedura di gara, cui si connette una tutela risarcitoria limitata al danno emergente, costituito dalle spese sostenute ed eventualmente dalla perdita di occasioni, cioè all'interesse negativo, con esclusione dell'interesse positivo all'esecuzione dei lavori, che non è l'oggetto immediato dell'interesse legittimo del partecipante alla gara.

Nel caso della procedura di cui all'art. 37-*quater*, viene piuttosto in considerazione una responsabilità precontrattuale per il recesso delle trattative o comunque in relazione ad atti che precludono il perfezionamento o l'efficacia del contratto, ravvisabile quando l'amministrazione abbia mutato il precedente apprezzamento anche se non si siano verificate circostanze nuove.

L'accettazione da parte dell'amministrazione del progetto del promotore da porre a base di gara, determina il sorgere di un obbligo preliminare a contrarre, che si specifica nell'obbligo di condurre la procedura in tutte le sue fasi nel rispetto della buona fede e nella contestuale tutela dell'affidamento ingenerato nel privato con le trattative, a pena del risarcimento dei danni subiti dal partecipante in seguito all'illegittima condotta dell'amministrazione²³².

una procedura di aggiudicazione di un contratto sussiste l'obbligo di continuarla, al quale la stessa amministrazione può sottrarsi solo esponendo validi motivi di pubblico interesse prevalenti sulle posizioni di aspettativa dei partecipanti alla gara.

²³⁰ M. ZOPPOLATO, *op. cit.*, 583, sottolinea che "la concessione debba essere affidata al promotore, eventualmente previa trattativa per un ulteriore miglioramento delle condizioni, e salva (soprattutto se preannunciata momento dell'accoglimento della proposta) la possibilità di soprassedere all'aggiudicazione, con decisione adeguatamente motivata, qualora le condizioni siano ritenute inidonee al perseguimento del pubblico interesse o comunque qualora siano sopravvenute gravi ragioni di pubblico interesse contrarie all'esecuzione dell'opera".

²³¹ Sulla responsabilità per lesione degli interessi legittimi, cfr. Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Urb. e App.*, n. 10/1999, 1067, con nota di Proto, *E' crollato il muro della irrisarcibilità della lesione di interessi legittimi: una svolta epocale?*

²³² V. T.A.R. Abruzzo, Pescara, 17 ottobre 1985 n. 447, in *Trib. amm. reg.*, 1985, I, 4307: "La pubblica amministrazione che ha dato avvio alla gara per l'aggiudicazione di un contratto assume un vero e proprio impegno *de contrahendo* con i concorrenti prescelti; pertanto, quando l'iter procedimentale abbia avuto inizio, sorge nell'amministrazione l'obbligo di proseguirlo in tutte le

Il fondato affidamento del privato sul comportamento secondo buona fede da parte dell'amministrazione, si collega alle particolari modalità procedurali, specifiche rispetto a quelle delle ordinarie procedure di gara, in quanto precedute da un rapporto diretto, instauratosi tra l'amministrazione e l'aspirante concessionario a seguito della presentazione della proposta e della sua valutazione in termini di pubblico interesse all'esito della procedura di cui all'art. 37-ter.

Nonostante il testo non sia chiaro sul punto, sembra doversi ritenere che il passaggio alla fase negoziata non sia necessario nelle ipotesi in cui non vi siano offerte migliorative rispetto alla proposta-offerta del promotore posta a base di gara, che rappresenta il parametro di confronto delle offerte presentate nella procedura di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti anche nel testo previgente alle modifiche legislative che hanno riconosciuto un diritto di prelazione in favore del promotore, quest'ultimo poteva giovare della posizione di vantaggio derivante dalla formulazione della proposta a base di gara, che gli consente l'accesso diretto alla trattativa privata se le offerte presentate nella fase di gara siano più vantaggiose per l'amministrazione, e l'affidamento diretto se tale ultimo presupposto non si verifica.

In sostanza al sistema della duplice fase di gara consegue che possono essere ammesse alla fase successiva solo le offerte migliorative rispetto alla proposta del promotore.

In assenza di una procedimentalizzazione prevista dalla legge, l'amministrazione dovrà dettare alcune regole minime per consentire il rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, quali la fissazione di termini per presentare variazioni alle offerte, e quindi conoscere le variazioni presentate dagli altri concorrenti, l'indicazione di eventuali limiti alle variazioni stesse.

In questa fase, a differenza della licitazione privata, sarà tuttavia possibile apportare anche modifiche essenziali al progetto posto a base di gara, ma sempre sulla base delle indicazioni dell'amministrazione, che ne stabilisce i limiti.

In relazione a tale fase, *“sarà opportuno che l'amministrazione aggiudicatrice precisi nel bando di gara le modalità cui intende attenersi nel corso della procedura negoziata, potendo anche prevedere la possibilità del ricorso a uno o più rilanci per quanto attiene agli elementi quantitativi (prezzi, tariffe, durata concessione, tempi di esecuzione, ecc) delle offerte presentate”*²³³.

Le modalità della gara si sostanziano in una comparazione di ulteriori offerte migliorative da parte di tutti i concorrenti, invitati a rilanci plurimi, relativamente

successive sequenze, fino alla definizione, a meno che non sussistano situazioni che obiettivamente ne impediscano la conclusione, restando, in tal caso, tuttavia carico dell'amministrazione stessa l'obbligo di precisarne l'esistenza e giustificare così il suo operato”. Cfr. pure, in tema di responsabilità precontrattuale conseguente alla revoca di un bando di gara ed alla ingiustificata interruzione delle trattative e nel solco tracciato da Cass. Sez. un. del 22 luglio 1999 n. 500, cit., T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 9 marzo 2000, n. 1869, in Urb. e App., n. 9/2000, 998, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 31 luglio 2000, n. 5130, ibidem, n. 11/2000, 1249, con nota di commento di F. Busatta, che sottolinea la possibilità di offrire tutela al privato senza dover configurare un'ipotesi di responsabilità precontrattuale ex art. 1337 c.c., ma inquadrando la fattispecie nell'ipotesi di danno ingiusto conseguente alla lesione, da parte della P.A., dell'interesse legittimo pretensivo del concorrente al regolare svolgimento della procedura di gara, sviluppando una delle possibili letture della sentenza n. 500/1999 delle Sezioni unite.

²³³ Così l'Autorità di vigilanza con la Determinazione n. 1 del 22 gennaio 2003.

agli elementi pure migliorativi già emersi nel confronto tra la proposta del promotore e le due offerte (o l'unica offerta) risultate migliori nella precedente fase, quali ad esempio la durata della concessione, le diverse soluzioni progettuali, le modalità di gestione del servizio, il ribasso delle tariffe, i costi per la manutenzione etc.

Per quanto attiene agli elementi di natura quantitativa, in coerenza con la natura negoziata della procedura, l'amministrazione non è vincolata ad automatismi. Una volta assolto il vincolo, insito nel rispetto della *par condicio*, costituito dalla possibilità di consentire un allineamento delle offerte, l'Amministrazione potrebbe anche prevedere un confronto soltanto sui parametri qualitativi.

Tuttavia in concreto, i termini del confronto nella fase della procedura negoziata dipendono anche dall'esito della seconda fase, quella della licitazione privata, nel senso che se le offerte presentate in quest'ultima fase sono solo migliorative da un punto di vista economico, il confronto avverrà probabilmente, solo sotto tale profilo, salvo che l'amministrazione non intenda sollecitare in questa fase anche miglioramenti sotto il profilo progettuale.

Pertanto gli elementi sui quali può articolarsi la rimodulazione dell'offerta, sono quelli di natura *quantitativa* (prezzi, tariffe, durata della concessione, tempi di esecuzione, ecc.) che possono formare oggetto di progressive riduzioni e quindi di miglioramento delle condizioni prospettate in precedenza e si prestano ad una valutazione di tipo 'automatico', in quanto applicata a dati numerici²³⁴.

Se, invece, le offerte dei concorrenti sono risultate comprensive di miglioramenti di tipo progettuale, il confronto dovrà necessariamente coinvolgere anche l'aspetto progettuale fino ad arrivare alla formazione di un progetto che può anche essere notevolmente diverso da quello presentato dal promotore.

Inoltre, mentre nella fase di licitazione privata il confronto non può che svolgersi sulla base del sistema degli elementi considerati all'art. 21, comma 2, lett. b), costituenti il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (concernenti il prezzo, il tempo di esecuzione, il rendimento, la durata della concessione e tutto ciò che attiene alla gestione), per individuare non la migliore offerta, ma unicamente le due offerte meritevoli di passare alla successiva fase di selezione, nella fase negoziata il confronto prescinde da tali criteri e dai relativi punteggi dettati dal bando. Questi sono infatti limitati alla fase di licitazione privata, e rilevano solo nei limiti dettati dalle esigenze di non contraddizione.

Quel che rileva della procedura negoziata è il rispetto dei criteri di trasparenza, correttezza e buona fede nella conduzione delle trattative, che costituiscono corollario della garanzia della "*par condicio*"²³⁵.

²³⁴ L'Autorità di vigilanza, n. 1 del 22 gennaio 2003, cit., ha precisato che per ogni rilancio la migliore offerta sarà individuata applicando il metodo di valutazione di cui all'allegato B al D.P.R. n.554/99, impiegato per la individuazione dei due soggetti da invitare alla procedura negoziata.

²³⁵ L'Autorità di vigilanza, ult. cit., ritiene invece che le misure degli elementi di valutazione da porre a base dei successivi rilanci sono quelle dell'offerta economicamente più vantaggiosa che nel precedente rilancio è risultata la migliore. Il T.A.R. Toscana, sez. II, 18 luglio 2002, n. 1547, cit., nel valutare l'operato della commissione in relazione ai motivi di censura attinenti alle soluzioni progettuali ed alle modalità di gestione del servizio, non ha tenuto conto dei criteri fissati dal bando ma unicamente di quelli specificati dalla stessa commissione, costituenti le modalità di valutazione delle offerte concorrenti, considerando legittima la valutazione della commissione che aveva ritenuto migliore la proposta del promotore in relazione alle modalità di gestione del servizio, per la previsione di un numero maggiore di personale addetto, considerando irrilevante la circostanza che

In sostanza il dialogo competitivo multiplo e flessibile che caratterizza la fase negoziale richiede il rispetto dei limiti procedurali espressione dell'autovincolo dell'amministrazione nel dettare le regole del procedimento.

L'Autorità di vigilanza con la Determinazione n. 1 del 22 gennaio 2003, ha osservato che il ricorso a rilanci plurimi, "*deve intendersi comunque limitato - in ossequio ad un principio di complessiva convenienza - risultando evidente che all'incremento numerico delle sessioni di procedura negoziata corrisponde un allungamento dei tempi dell'azione amministrativa ed una progressiva riduzione dei margini di miglioramento delle offerte*".

Sul presupposto che la competizione viene svolta fra tre soli soggetti, l'Autorità ritiene opportuna una preventiva valutazione, da esplicitare già in sede di bando, dell'esistenza dei presupposti per spingersi oltre la seconda sessione di procedura negoziata. La legge, tuttavia, non contiene alcuna indicazione in tale senso, soprattutto in ordine alla necessità di esternare in sede di bando le ragioni per spingersi oltre la seconda sessione.

Le prime pronunce giurisprudenziali in materia²³⁶ hanno chiarito i criteri della fase di negoziazione, stabilendo che può esservi una fase di allineamento delle offerte, cioè la disponibilità ad offrire le variazioni migliorative ed aggiuntive (rispetto in primo luogo all'offerta individuata nella licitazione privata) per porle su un piano di pari convenienza, concernente "*l'oggetto della concessione, vale a dire le caratteristiche qualitative, quantitative e tipologiche dell'opera da realizzare*", e quindi l'aspetto progettuale e gli elementi economici (ammontare del corrispettivo da ricevere o viceversa del prezzo o canone da versare all'amministrazione).

In sostanza, se l'amministrazione ritiene di dover aprire la fase negoziata a miglioramenti di tipo progettuale, l'allineamento è finalizzato a consentire di formulare offerte identiche da un punto di vista qualitativo e quantitativo, per poi procedere, su tale base al meccanismo dei rilanci sugli aspetti economici.

Il passaggio alla successiva fase, poiché incide direttamente ed immediatamente sulla posizione degli altri partecipanti, costituisce atto immediatamente impugnabile se in contrasto con l'autovincolo dell'amministrazione in relazione alle regole stabilite per ogni fase.

per il sotto-insieme "personale addetto" dell'elemento "modalità di gestione del servizio", il bando prevedeva solo il 10% del punteggio previsto per tutti i cinque aspetti.

²³⁶ Cfr. T.A.R. Toscana, sez. II, 18 luglio 2002, n. 1547, cit., che sottolinea come l'introduzione di un elemento nuovo, rappresentato nella specie dalla modifica progettuale, nel confronto tra i concorrenti, implica la necessità dell'allineamento, cioè la possibilità di consentire al concorrente di interloquire sul punto, presentando una proposta quantitativamente rispondente a quella del promotore, attraverso l'introduzione di una ulteriore fase della procedura negoziata, a garanzia del rispetto della "par condicio" e di quel carattere di flessibilità tipico della trattativa privata. Nel caso esaminato da T.A.R. Umbria, 21 agosto 2002, n. 645, l'amministrazione aveva previsto l'articolazione della procedura negoziata in due sub-fasi endoprocedimentali: la prima di "allineamento" del promotore all'offerta risultata migliore all'esito della licitazione privata, migliorativa rispetto alla proposta da lui presentata; la seconda, "conclusiva", consistente nel confronto tra i due concorrenti, tramite un unico rilancio migliorativo basato sul parametro "dell'offerta economicamente aggiuntiva per l'acquisizione della proprietà dell'area edificabile", ai fini dell'aggiudicazione della concessione. Il Tribunale ha comunque precisato che la fase di allineamento, non è prevista dalla legge e rappresenta quindi una forma di autoregolazione della fase di negoziazione successiva alla licitazione privata, ma che sarebbe ammissibile pervenire alla negoziazione finale anche sulla base di offerte di valore differente.

Tale lesività è individuabile non solo per l'ipotesi della mancata aggiudicazione, ma anche nel caso in cui il soggetto ammesso alla successiva fase non risulti poi aggiudicatario, in quanto, proprio la peculiarità della procedura comporta la possibilità di effetti distorsivi della concorrenza, difficilmente ripristinabili. Questi effetti sono insiti nelle modalità di determinazione del contenuto finale dell'offerta, che si traduce nel contenuto della concessione ed in particolare nell'equilibrio economico-finanziario, che è il risultato del confronto concorrenziale e quindi dell'apporto dell'offerta del concorrente che si sarebbe dovuta escludere da quella fase²³⁷.

Anche in tale fase appare essenziale, per attestare la congruità dell'offerta la coerenza del piano economico-finanziario, che abbraccia non solo gli elementi strettamente economico-finanziari, cioè l'eventuale prezzo massimo che l'amministrazione aggiudicatrice intende corrispondere, l'eventuale prezzo minimo che il concessionario è tenuto a corrispondere per la costituzione o il trasferimento di diritti, l'eventuale canone da corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice, il livello iniziale massimo, la struttura e le modalità di adeguamento delle tariffe, ma anche quelli strettamente attinenti alla gestione, che pure concorrono a determinare il complessivo equilibrio della prestazione, ivi compresi gli elementi relativi ai proventi derivanti dalla gestione non dell'opera pubblica, ma delle opere ad essa collegate.

Pertanto come le offerte dei concorrenti poiché debbono consentire all'amministrazione una valutazione sulla base di criteri analoghi a quelli utilizzati per la proposta del promotore, devono essere corredate da un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito, nei limiti in cui risultino modificati i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così anche le modifiche apportate dal promotore alla propria proposta in seguito all'allineamento sono soggette a nuovo asseveramento, salva l'ipotesi in cui l'equilibrio economico-finanziario del piano sia comunque assicurato (perché per esempio ad una riduzione dei ricavi corrisponde una riduzione dei costi, oppure perché le modifiche incidono solo sugli utili).

Dunque la maggiore flessibilità della fase negoziale rispetto a quella della licitazione, flessibilità che si spinge fino a ritenere ammissibili variazioni anche sostanziali del progetto posto a base di gara, incontra il duplice limite del rispetto dei criteri procedurali dettati dall'amministrazione per il confronto tra il promotore e il concorrente e dell'equilibrio economico-finanziario dell'intervento, che si traduce nella necessità del nuovo asseveramento.

E' dubbio se, nell'ipotesi in cui all'esito della trattativa privata non siano state individuate offerte migliori rispetto alla proposta del promotore, quest'ultimo resti vincolato alla propria offerta.

²³⁷ Cfr. T.A.R. Umbria, 21 agosto 2002 n. 645, cit., che facendo applicazione del principio generale in virtù del quale non assume rilievo, per la configurabilità di un atto come provvedimento immediatamente impugnabile la sua collocazione nella fase terminale del procedimento, bensì il carattere lesivo degli effetti che ne derivano, ha negato che il diverso principio, secondo cui l'interesse all'impugnazione degli atti di una gara d'appalto sorge non già al momento dell'adozione degli atti che consentono la partecipazione alla gara di un'impresa concorrente, ma soltanto quando, all'esito della procedura, la partecipazione di quel soggetto produce effetti lesivi consistenti nella mancata aggiudicazione della gara, sia applicabile all'ipotesi del project financing, in ragione della peculiarità della procedura.

In base alla lettera dell'art. 37-*quater* comma 2 tale obbligo sembra aversi solo nell'ipotesi in cui non siano state presentate offerte nella seconda fase²³⁸.

Tuttavia la seconda fase si conclude con l'individuazione dei due soggetti che hanno formulato offerte che si pongono quali concorrenti rispetto alla proposta del proponente, ed introduce una trattativa con questi ultimi e il promotore, il cui esito negativo determina una situazione equiparabile a quelle in cui non siano state presentate offerte. Resta realizzabile, infatti, perché ritenuta tale all'esito del procedimento di cui all'art. 37-*quater*, la sola proposta del promotore.

D'altra parte quest'ultimo, nel momento in cui ha formulato la proposta, ha ingenerato nell'amministrazione l'affidamento in ordine alla realizzabilità dell'opera sulla base dei presupposti contenuti nel piano economico-finanziario, che ne rappresenta la base. Inoltre la fase della trattativa con i presentatori delle due migliori offerte (la seconda fase, che peraltro è solo eventuale, nelle stesse previsioni del promotore) potrebbe concludersi con l'aggiudicazione in proprio favore solo se il promotore accettasse, per superare le offerte in ipotesi migliorative degli altri due soggetti, condizioni meno vantaggiose rispetto alla proposta formulata. Pertanto il rifiuto da parte del promotore di stipulare il contratto in conformità alla proposta formulata, che è stata predisposta dallo stesso sulla base di approfonditi studi, sottoposta al vaglio dell'amministrazione e ritenuta di pubblico interesse all'esito della prima fase della procedura (art. 37-*ter*), posta alla base della gara di cui alla seconda fase, in assenza di elementi sopravvenuti, potrebbe configurarsi quale ingiustificato recesso dalle trattative e determinare l'insorgere della responsabilità precontrattuale a carico del promotore, che sarebbe tenuto a risarcire i costi sopportati dall'amministrazione per organizzare la procedura di gara.

D'altronde il riscontro della validità tecnico-economica della proposta posta a base di gara, trova un'indiretta conferma nella diserzione della gara, che il più delle volte significa che i potenziali concorrenti del promotore non hanno ritenuto realizzabile l'intervento a condizioni più vantaggiose di quelle offerte dal promotore.

Una situazione analoga si riproduce allorché nella fase della trattativa privata non vengano concordate con i due soggetti che hanno presentato le offerte migliori, condizioni più vantaggiose o comunque più accettabili per l'amministrazione, rispetto a quelle offerte dal promotore. Va inoltre considerato che, da un punto di vista pratico, è difficile che, a fronte di una proposta formulata sulla base di un approfondito piano economico-finanziario, possano individuarsi condizioni migliori. Gli elementi del piano economico - finanziario relativi ai costi, agli oneri passivi, al recupero delle spese di gestione e delle spese generali difficilmente potrebbero essere messi in discussione a meno di contestare i presupposti del piano (ad esempio sotto il profilo del flusso di introiti) oppure di offrire soluzioni tecniche alternative suscettibili di consentire una riduzione dei costi. Ciò che ovviamente sarà possibile per i concorrenti ma non per il promotore, che non potrebbe contestare i presupposti del piano, né appropriarsi delle soluzioni tecniche o degli studi dei concorrenti, contraddicendo gli elementi del piano predisposto.

Nell'ambito della concessione di costruzione e gestione vale la stessa esigenza di perseguimento del pubblico interesse alla corretta esecuzione dell'opera e gestione

²³⁸ in tal senso A. DE ROBERTO, *op. cit.*, 610.

del servizio, che ispira la disciplina delle offerte anomale, anche se il fenomeno si atteggia in maniera diversa rispetto ai lavori pubblici eseguiti con integrale finanziamento pubblico, in quanto l'offerta di condizioni non remunerative si ritorcerebbe contro lo stesso esecutore, essendo il corrispettivo derivante, quantomeno nella misura prevalente nella generalità dei casi, dalla gestione dell'opera. Tuttavia anche nel caso della concessione di costruzione e gestione è operante il principio della necessità dell'equilibrio economico-finanziario del rapporto²³⁹. Pertanto la scelta dell'affidatario non potrebbe mai fondarsi sul mero riscontro di condizioni economiche più vantaggiose per l'amministrazione, oppure sull'offerta di tariffe più basse per i servizi, che determinerebbero un più favorevole impatto sulla comunità degli utenti, e quindi sull'amministrazione in termini di consenso, ma potrebbero non essere coerenti con l'economicità della gestione.²⁴⁰

L'amministrazione deve quindi valutare l'offerta nella sua globalità ed il peso delle condizioni più vantaggiose sotto il profilo economico va inquadrato nei "presupposti e nelle condizioni che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione", secondo quanto previsto dal art. 19 comma 2-bis. In presenza di un piano economico-finanziario ottimale sotto tale aspetto ed in assenza di situazioni sopravvenute o di soluzioni tecniche alternative, la trattativa può allora incentrarsi sull'utile d'impresa.

Tanto il promotore, rispetto all'utile ipotizzato nella proposta, quanto gli altri concorrenti dispongono di un margine molto ampio in ordine alla determinazione di tale elemento. In linea di principio l'utile d'impresa, quantomeno per ciò che concerne l'entità, è un elemento disponibile, che rappresenta una scelta aziendale e non un presupposto ineliminabile ai fini della corretta esecuzione del rapporto²⁴¹.

Va tuttavia tenuto conto, che in un investimento di lunga durata, quale si ha nel *project financing*, è inevitabilmente destinato a coprire l'incremento dei costi, per cui l'entità dello stesso è destinata ad incidere sull'economicità della gestione.

Il sistema delineato dal legislatore sembra destinato ad alimentare le occasioni di

²³⁹ Cfr. T.A.R. Umbria, 21 agosto 2002 n. 645, *cit.*, che ai fini della valutazione della congruità e sostenibilità aziendale delle offerte, considera ammissibile la verifica dell'eventuale anomalia, in applicazione degli artt. 91, comma 4, e 64, comma 6, del D.P.R. 554/1999, in sede di licitazione privata. Sull'anomalia delle offerte nella licitazione privata per l'aggiudicazione della concessione, cfr. *ante*, Cap. IV, par. 4.

²⁴⁰ M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, *cit.*, 998, rileva che, qualora pur a seguito di contraddittorio il soggetto interessato non è riuscito a dimostrare la remuneratività delle condizioni proposte, lo stesso dovrà essere escluso dalla procedura con adeguata motivazione.

²⁴¹ Cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 5 marzo 1999, n. 504, in *Urb. e App.*, n. 8/1999, 878; in base a tale pronuncia, in assenza di specifiche indicazioni nel bando o nella lettera di invito, l'offerta che si caratterizza per la mancanza di un idoneo utile d'impresa non può, per ciò solo essere considerata inaffidabile. Sulla problematica relativa alla rinunciabilità dell'utile d'impresa che richiama i contrapposti orientamenti giurisprudenziali formati in materia, v. il commento di N. GAVIANO, *ibidem*, 879; secondo un primo orientamento, l'offerta che comporti una rinuncia agli utili d'impresa deve essere considerata per ciò stesso illegittima a causa della sua estraneità al vigente numero chiuso delle cause di giustificazione ammissibili in ordine al sospetto di anomalia, per cui sarebbe comunque necessario ritrarre dal contratto un margine di utile sufficiente; il secondo orientamento è nel senso della insindacabilità della congruità dell'utile, in base alla considerazione che non vi è un'espressa previsione di legge che imponga una determinata percentuale di utili e quindi consenta all'amministrazione una valutazione in tal senso, dovendo la stessa solo verificare che l'opera pubblica non sia realizzata in perdita, onde garantirne la buona esecuzione.

contenzioso, soprattutto in quanto consente l'accesso alla fase della trattativa privata plurima non soltanto al presentatore della migliore offerta nella precedente fase di gara, ma anche al secondo classificato che quindi, pur essendo stata la propria offerta già superata in tale fase, potrebbe risultare aggiudicatario all'esito della trattativa.

7.3. La prelazione in favore del promotore.

Il diritto di prelazione in favore del promotore sull'affidamento della concessione alle stesse condizioni della migliore offerta presentata in gara, era stato previsto dal disegno di legge n. 1275 (Disposizioni in materia di realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la Pubblica amministrazione) c.d. "Di Pietro"²⁴² e ripreso da alcune legislazioni regionali²⁴³. La prelazione tuttavia operava all'esito di una gara unica che si concludeva con l'individuazione di una sola offerta, senza dare ingresso ad una successiva fase di trattativa privata.

Pertanto il sistema incentrato sul diritto di prelazione, in mancanza di un ulteriore confronto tra la proposta del promotore e la migliore offerta risultante dalla gara, si risolveva in un affidamento diretto al promotore, in contrasto con il principio comunitario della concorrenza, che si traduce nella necessità del ricorso alla gara per l'individuazione del concessionario.

Il legislatore della Merloni-*ter* aveva individuato un percorso più complesso ma sicuramente rispettoso del diritto comunitario, preservando comunque una posizione privilegiata al promotore dell'iniziativa, riconoscendogli la possibilità di dettare "le regole del gioco" e consentendogli di partecipare direttamente alla seconda fase di

²⁴² V. art. 4 del testo del d.d.l. 1275 presentato il 22 ottobre 1996 alla Commissione Lavori pubblici del Senato (comunicazioni in sede referente).

²⁴³ V. art. 42-*ter*, comma 12 della l.r. Sicilia 29 aprile 1985, n. 21, *Norme per l'esecuzione dei lavori pubblici in Sicilia*, aggiunto dall'art. 21 della l.r. 8 gennaio 1996, n. 4, prima dell'abrogazione da parte dell'art. 9, comma 5, L.R. 23 dicembre 2000, n. 32, che, ai fini della disciplina della finanza di progetto, ha operato un rinvio ricettizio agli art. 37 bis e ss. della legge n. 109 ed alle norme del D.P.R. n. 554 del 199, rinvio confermato dalla nuova legge quadro regionale in materia di lavori pubblici 19 maggio 2003, n. 7, che ha recepito integralmente gli art. 37-*bis* e ss. come modificati dalla legge n. 166 del 2002. Identica previsione è nell'art. 37, comma 10 della l.r. Valle d'Aosta 20 giugno 1996, n. 12, *Legge regionale in materia di lavori pubblici*. La prelazione è prevista pure dalla legge del Friuli – Venezia Giulia, emanata successivamente alla Merloni-*ter*, l.r. 6 luglio 1999, n. 20, art. 8, che prevede, in caso di esercizio della prelazione, l'obbligo a carico del promotore di versare al miglior offerente una somma pari agli onorari ed alle spese sostenute per la redazione del progetto definitivo e gli eventuali diritti sulle opere dell'ingegno. In senso critico sulle previsioni delle legislazioni regionali in tema di prelazione, L. DE PAULI, "Project financing" e regioni a statuto speciale: alcune esperienze a confronto, in *Urb. e App.*, n. 8/2000, 817, che rileva l'incompatibilità di tali norme con il diritto comunitario e con la *par condicio*, ed i principi in tema di concorrenza, in quanto "l'esistenza della prelazione probabilmente scoraggerà una effettiva concorrenza, ed è altresì presumibile che finirà per frustrare la possibilità di miglioramenti dei progetti presentati dai promotori, rendendo arduo l'ottenimento di migliori condizioni per le amministrazioni aggiudicatrici. Senza dire che in effetti i termini temporali concessi per la elaborazione e per la presentazione di offerte alternative a quella del promotore appaiono in tutti casi assai stretti, ad ulteriore detrimento del confronto concorrenziale."; sul diritto di prelazione previsto dalla legislazione siciliana cfr. pure S. PENSABENE LIONTI, *Prospettive e profili problematici dell'inserimento del project financing nel contesto dell'ordinamento amministrativo vigente, alla stregua dell'esperienza normativa della regione siciliana*, in *Riv. trim. app.*, n. 4/1999, 568, il quale rileva come la previsione del diritto di prelazione non corrisponda all'interesse pubblico in quanto "se è vero che la caratteristica del *project financing* è legata alla sua concreta strutturazione, è ovvio che il soggetto che può porlo in esecuzione in maniera ottimale è lo stesso soggetto che l'ha proposto e non chi abbia presentato un diverso progetto risultato perdente all'esito della gara".

negoziata, senza passare attraverso la gara, posizione che si giustifica con la centralità del ruolo del promotore, sul quale ruota l'intero procedimento.

Con le modifiche conseguenti all'entrata in vigore della legge n. 166 del 2002 il diritto di prelazione assicurato al promotore si inserisce nella fase della procedura negoziata, evitando l'automatismo conseguente all'assenza di un ulteriore confronto tra la proposta e le offerte selezionate nella precedente fase.

Infatti nell'ipotesi in cui, all'esito della procedura negoziata di cui all'art. 37-*quater* una delle due offerte selezionate risulti più conveniente della proposta, individuata come proposta di pubblico interesse, viene assicurata una posizione di vantaggio al promotore che, in tale evenienza, potrà adeguare la propria proposta a "quella" (si tratta in realtà di una offerta e non di una proposta in quanto la proposta è solo quella individuata di pubblico interesse che in fase di procedura negoziata viene messa a confronto con le offerte) giudicata dall'amministrazione più conveniente, potendo così assicurarsi l'affidamento della concessione.

Solo nel caso in cui il promotore non si avvalga di tale facoltà, risulterà aggiudicatario della concessione il concorrente che avrà presentato la proposta più conveniente.

Nella versione della norma precedente all'approvazione in seconda lettura dal Senato, era previsto²⁴⁴, per evitare i possibili profili di incompatibilità con le regole comunitarie sulla concorrenza, che la posizione di vantaggio fosse limitata alla designazione del promotore, non traducendosi in una prelazione in quanto non direttamente collegata al sorgere del vincolo contrattuale, che si ha solo a seguito della gara preordinata all'aggiudicazione, in quanto in questa fase si concreta quel vantaggio della preferenza rispetto ad altri contraenti²⁴⁵.

Con la soluzione adottata in ultima battuta, pur non essendo previsto un diritto di prelazione in favore del promotore, potrebbero riproporsi i dubbi di compatibilità con la direttiva 93/37/CEE del 14 giugno 1993, disciplina comunitaria in materia di appalti di lavori pubblici, che impone comunque l'affidamento della concessione all'esito di una procedura di selezione dei concorrenti sulla base di uno dei criteri di cui all'art. 30²⁴⁶.

Va tuttavia rilevato che poiché la norma introdotta dalla legge n. 166 del 2002 identifica il vantaggio del promotore solo rispetto ad altra offerta più conveniente, potrebbe ritenersi che la facoltà di adeguamento del primo proponente, che gli consente di essere designato quale concessionario, sia limitata agli aspetti economici,

²⁴⁴ La proposta di modifica all'art. 37-ter così disponeva: "La pronuncia delle amministrazioni aggiudicatrici deve intervenire entro sei mesi dalla ricezione della proposta del promotore e deve valutare comparativamente le sole proposte eventualmente pervenute entro due mesi dalla pubblicazione dell'avviso relativo alla presentazione della prima proposta. Ove necessario, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione. Qualora una delle proposte presentate nei due mesi successivi alla pubblicazione dell'avviso risulti più conveniente della prima, le amministrazioni aggiudicatrici devono invitare il primo proponente ad adeguare la propria. In tal caso il primo proponente verrà designato come promotore; nel caso contrario, si passerà alla proposta più conveniente».

²⁴⁵ Cfr. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale (Comm.)*, 157, nel senso che la prelazione possiede una sua caratteristica natura rientrando comunque negli accordi inerenti la formazione del contratto.

²⁴⁶ L. BELLAGAMBA, in A. Massari - L. Bellagamba - M. Greco, *La Merloni-quater - Commento alle innovazioni alla legge quadro sui LL.PP. introdotte dalla legge 1 agosto 2002 n. 166 ("Collegato Infrastrutture")*, Rimini, 2003, 98.

in cui si identifica la convenienza, cioè in sostanza all'elemento del prezzo.

Per cui tale preferenza non potrebbe applicarsi nel caso in cui l'offerta presenti elementi che la rendano maggiormente rispondente alle finalità dell'amministrazione sotto uno degli altri profili che vengono in rilievo anche nella procedura negoziata, quali ad esempio la qualità progettuale, il rendimento, oppure altri elementi di cui all'art. 21, comma 2, lett. b), che, pur essendo previsti solo ai fini della procedura di gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a), potrebbero venire in rilievo ai fini della selezione anche nella successiva fase²⁴⁷.

Si deve infatti tener conto delle limitazioni che possono derivare all'utilizzo di un progetto, dalla disciplina sui diritti di privativa, soprattutto per le opere tecnologicamente complesse. Si pensi all'ipotesi in cui la gestione dell'opera dipenda dall'utilizzo di una particolare tecnologia innovativa che sia coperta da un brevetto per invenzione industriale, che ai sensi dell'art. 2584 c.c. e della legislazione speciale²⁴⁸, conferisce al titolare del brevetto il diritto esclusivo di attuare l'invenzione e di disporne.

Per ciò che concerne la progettazione, la disciplina di cui all'art. 90, contenuta nella legge speciale sul diritto di autore delle opere dell'ingegno (legge 22 aprile 1941, n. 633), prevede sulla falsariga delle regole in materia di brevetti per invenzioni e modelli, una protezione non solo della espressione formale della idea (diritto esclusivo di riproduzione dei piani e dei disegni), ma anche del contenuto di essa. Non vi è tuttavia attribuzione all'autore di un diritto di esclusiva, bensì soltanto di una pretesa ad equo compenso nei confronti di chi tale idea attua.

In linea con questo parallelismo parziale tra protezione dell'idea inventiva e protezione dei progetti di lavori di ingegneria, si richiede che si tratti di idea originale. Occorre, cioè, che vi sia stato da parte dell'autore del progetto un apporto di nuove idee destinate a risolvere problemi prima non risolti o a risolverli in modo diverso da quelli già noti, fornendo soluzioni originali²⁴⁹.

Tuttavia, poiché l'art. 37-*quater* comma 5, costituisce disposizione speciale rispetto alla disciplina sul diritto d'autore, il compenso per la progettazione - nei limiti dell'importo di cui all'art. 37-*bis*, comma 1 - è dovuto a prescindere dal carattere

²⁴⁷ M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, cit., 1001, rileva che per ridurre l'eccessiva discrezionalità insita nella possibilità per il promotore di innestare nella sua proposta alcune parti dell'offerta del concorrente al quale deve adeguarsi, sarebbe essenziale che l'amministrazione all'atto di indizione della gara menzioni sia l'esistenza del diritto di prelazione che gli elementi dell'offerta vincitrice che dovranno essere recepiti dal promotore ai fini dell'esercizio della prelazione, allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere quali elementi dovranno essere privilegiati nell'offerta ed al promotore quali potranno essere gli adeguamenti richiesti alla sua proposta per ottenere l'aggiudicazione.

²⁴⁸ Si veda legge 26 luglio 1993, n. 302/1993, di ratifica ed esecuzione dell'accordo sul brevetto comunitario, della convenzione sul brevetto europeo per il mercato comune e relativo regolamento di esecuzione, con quattro protocolli, annessi, dichiarazioni, atto finale, fatto a Lussemburgo il 15 dicembre 1989; legge 12 aprile 1995, n. 125/1995, ratifica ed esecuzione dell'atto recante revisione dell'art. 63 della convenzione sul rilascio di brevetti europei (convenzione sul brevetto europeo) del 5 ott. 1973, con atto finale, fatto a Monaco il 17 dicembre 1991.

²⁴⁹ Cfr. Cass., 13 febbraio 1987, n. 1558, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 644; la sentenza afferma che la pretesa all'equo compenso può essere attribuita solo quando: "a) il progetto presenta soluzioni originali; b) il terzo sia ricorso a tali soluzioni originali nell'attuazione della sua opera, sia esplicitamente e manifestamente, sia utilizzando soluzioni solo apparentemente diverse (c.d. sostituzioni mediante equivalenze) che non incidono sui punti realmente originali e qualificanti del progetto stesso".

originale della soluzione progettuale, nel caso in cui il promotore avvalendosi del diritto di prelazione, attui il progetto di un concorrente, ciò che può verificarsi ove la gara sia stata esperita mediante appalto-concorso.

Inoltre, lo stesso meccanismo di adeguamento non è di agevole applicazione come potrebbe sembrare ad una prima lettura della norma, anche sotto il profilo dell'equilibrio economico-finanziario. Infatti essendo basato sulla convenienza potrebbe pregiudicare, in ragione del conseguente abbassamento dei costi, alcuni degli aspetti indicati dall'art. 37-ter e sui quali si fonda la valutazione di pubblico interesse.

Deve pertanto ritenersi che la previsione che conferisce al promotore tale facoltà, non possa essere interpretata nel senso di consentire la preferenza sulla base di un automatismo del genere di quello previsto per l'aggiudicazione degli appalti con il criterio del prezzo più basso.

In tal modo la conformità ai principi comunitari non verrebbe intaccata, in quanto si darebbe luogo ad una trattativa privata in cui al promotore sarebbe consentito un ulteriore ribasso o un aumento sul prezzo offerto o richiesto dall'altro concorrente, purché sia congruo con il piano economico-finanziario²⁵⁰.

In sostanza la preferenza per il promotore che adegui la propria proposta a quella più conveniente dovrebbe essere subordinata alla verifica da parte dell'amministrazione del mantenimento dei livelli degli altri aspetti della proposta enucleati dall'art. 37-ter, sui quali si fonda la valutazione di pubblico interesse della stessa ed in particolare al controllo del rispetto dell'equilibrio, nell'ambito della proposta, tra le componenti relative al corrispettivo e di quelle relative alla qualità complessivamente intesa²⁵¹.

Per cui in ultima analisi poiché la verifica è finalizzata ad accertare che l'adeguamento della proposta rispetto all'offerta del concorrente non determini il venir meno dell'equilibrio economico-finanziario, come risultante dal relativo piano che costituisce elemento essenziale della proposta stessa, si traduce in una comparazione, sulla base di questo equilibrio, tra l'offerta del concorrente e la proposta.

La Commissione CEE ha ritenuto, con il parere motivato²⁵² che si inserisce nella procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226, comma 2, del Trattato che la posizione di vantaggio del promotore sia in conflitto con gli artt. 43 e 49 in materia di libertà di stabilimento, di libera prestazione dei servizi ed in particolare con i principi di parità di trattamento, di trasparenza e di proporzionalità. La Commissione ha osservato che il rispetto dei predetti principi implica l'applicazione uniforme delle regole di formulazione delle offerte, vietando all'amministrazione di prendere in

²⁵⁰ Conforme M. ZOPPOLATO, *op. ult. cit.*, 1002, il quale sottolinea che non determina una disparità di trattamento ed è compatibile con il concetto di "negoziazione" tramite successivi "rilanci" (economici o qualitativi, in senso lato) alla luce dei "rilanci" avversari la possibilità di "pareggiare" l'offerta avversaria, una volta acclarato che si tratta di un'offerta non ulteriormente migliorabile.

²⁵¹ Per la comparazione degli elementi relativi al corrispettivo ed alla qualità quale metodo di accertamento della remuneratività del prezzo rispetto alla prestazione, cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 8 ottobre 1998, n. 361, in *Trib. amm. reg.*, 1998, I, 4368.

²⁵² Commissione CE, Parere 2001/2182 C (2003) 3764, a titolo dell'art. 226 del trattato che istituisce la Comunità europea riguardo a talune disposizioni della legge n. 109/94 (c.d. Legge-quadro in materia di lavori pubblici) e successive modificazioni e integrazioni.

considerazione una modificazione apportata all'offerta iniziale di un solo concorrente, che risulterebbe avvantaggiato in tal modo rispetto agli altri, richiamando in proposito la sentenza della Corte di giustizia del 25 aprile 1996, *Bus wallons*, causa C-87/94.

Tuttavia, la verifica del rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, in relazione agli artt. 43 e 49 del Trattato CEE, va operata con riferimento alla procedura nel suo complesso e non ad una singola fase, vale a dire alla fase di trattativa privata tra il promotore ed i concorrenti che hanno presentato le migliori offerte nella fase assimilabile alla licitazione privata, momento terminale della procedura.

Considerando la procedura nel suo complesso è indubbio che, nell'ipotesi in cui più soggetti abbiano presentato una proposta la relativa scelta è stata operata sulla base di una comparazione che ha individuato quella ritenuta di pubblico interesse e che, comunque, tutti i soggetti potenzialmente interessati sono stati messi nella condizione di poter presentare una proposta.

Pertanto, l'introduzione del diritto di prelazione in concreto anticipa la fase del confronto tra le proposte al momento dell'individuazione di quella ritenuta di pubblico interesse, che consente al soggetto di assumere la posizione di promotore, alla quale è collegata la possibilità di avvalersi del diritto di prelazione. Nel primo caso il promotore è l'unico soggetto che si è sobbarcato gli oneri e i costi di una proposta completa, che sostituisce il bando e l'attività progettuale, di fattibilità, di analisi economico-finanziaria etc., che in mancanza di tale norma si sarebbe dovuta predisporre dall'amministrazione, e nel secondo ha già superato una prima selezione, per cui è evidente che la sua situazione è sostanzialmente diversa da quella di un concorrente che interviene nelle successive fasi della procedura²⁵³.

Secondo la Commissione, il rispetto del principio di parità di trattamento richiede che tutti i soggetti potenzialmente interessati ad assumere il ruolo di promotore siano informati del vantaggio legato alla posizione di promotore, ai fini dell'attribuzione della concessione dei lavori ed in particolare dell'esistenza del diritto di prelazione nella fase di aggiudicazione.

Pertanto, l'avviso pubblicato ai sensi dell'art. 37-*bis* introdotto dalla legge n. 166 del 2002 dovrebbe contenere sia l'informazione sull'acquisizione della posizione di vantaggio nella fase finale di selezione del concessionario, sia la definizione dei criteri in base ai quali l'amministrazione procede, in caso di più proposte concernenti il medesimo intervento, alla scelta della proposta che sarà posta a base di gara, consentendo in tal modo ai potenziali promotori di conoscere gli elementi in base ai quali valutare l'opportunità o meno di presentare una proposta.

Deve tuttavia considerarsi che anche per l'avviso, pur non essendo equiparabile al bando, vale il principio dell'integrazione, che, peraltro, è operante anche senza le limitazioni che nel bando derivano dal principio di imperatività, connesso al carattere

²⁵³ M. ZOPPOLATO, *op. ult. cit.*, 1003, sottolinea correttamente come proprio perché il promotore si trova in una posizione diversa e maggiormente meritevole di tutela rispetto ai suoi concorrenti, avendo sostenuto lo sforzo propulsivo iniziale, porre sullo stesso piano, al termine della procedura, il promotore e gli altri operatori del settore significa in realtà penalizzare il primo che, con il proprio sforzo, ha attribuito ai concorrenti una chance di partecipare alla procedura di affidamento di un'opera pubblica in concessione che, altrimenti, avrebbe potuto essere indetta dopo molto tempo o forse mai.

di *lex specialis* della gara²⁵⁴.

In base a tale principio i potenziali promotori sono messi nelle condizioni di conoscere, attraverso il richiamo nell'avviso alla procedura di cui agli art. 37-*bis* e ss. della possibilità di avvalersi del diritto di prelazione.

Anche ai fini della prefissione dei criteri di valutazione delle proposte le indicazioni dell'avviso devono intendersi automaticamente integrate dagli elementi indicati nell'art. 37-*ter*, costituiti dalla qualità progettuale, dalla funzionalità, dalla fruibilità dell'opera, dall'accessibilità al pubblico, dal rendimento, dal costo di gestione e di manutenzione, dalla durata della concessione, dai tempi di ultimazione dei lavori, dalle tariffe da applicare, dalla metodologia di aggiornamento delle stesse, dal valore economico e finanziario del piano, dal contenuto della bozza di convenzione.

Considerato che al momento della presentazione della proposta non esiste un progetto, non risulta agevole per l'amministrazione estrapolare da tale insieme di elementi quelli che, sulla base delle caratteristiche e delle finalità dell'opera, costituiranno i criteri per l'individuazione della proposta ottimale, sul modello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Alcuni elementi contenuti nell'art. 37-*ter* coincidono con quelli indicati dall'art. 21 comma 2 della legge, anche se, data la peculiarità della procedura, non potrebbe ritenersi che l'individuazione degli stessi debba poi tradursi in punteggi numerici, risultando sufficiente la eventuale definizione di una scala di preferenze e priorità. In concreto la possibilità di indicare già nell'avviso i criteri in base ai quali l'amministrazione procederà alla scelta della proposta che sarà posta a base di gara, sono strettamente legati al grado di approfondimento degli studi di fattibilità preliminari all'inserimento dell'intervento nel programma triennale.

Va in conclusione considerato che una eccessiva formalizzazione dell'avviso, nel senso dell'assimilazione al bando di gara, finirebbe per snaturare le caratteristiche dell'istituto, impiegate sulla capacità ideativa del promotore.

7.4. Il rimborso delle spese del promotore e del concorrente.

Il bando di gara deve fissare il termine di conclusione della procedura negoziata successiva alla conclusione della gara. Se entro tale termine il promotore non risulti aggiudicatario avrà diritto al pagamento delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, pagamento che verrà effettuato direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice, cui è stata versata dall'aggiudicatario una cauzione corrispondente a tale importo.

Nell'ipotesi in cui entro tale termine non viene conclusa la procedura e quindi l'aggiudicazione non intervenga né in favore del promotore né in favore di altri soggetti, l'amministrazione, in base all'inequivoca disposizione dell'art. 37-*bis* comma 4, sarebbe comunque tenuta al pagamento di tale importo, che poi verrà recuperato nei confronti dell'aggiudicatario.

Non sembra, invece che tale obbligo sorga anche nell'ipotesi in cui l'amministrazione

²⁵⁴ Infatti, "il bando non può considerarsi l'unica ed esclusiva fonte per la previsione e la disciplina dei requisiti di partecipazione ad un concorso: esso non può prescindere, per la precisa individuazione della fattispecie, dalle fonti "esterne", le quali, rispetto al bando stesso, in quanto disposizioni di legge, devono considerarsi prevalenti o, comunque, integrative" (Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2002, n. 5767; Cons. Stato, sez. IV, n. 380 del 6 marzo 1998).

decida di non procedere all'aggiudicazione per sopravvenute ragioni di pubblico interesse²⁵⁵.

La disposizione relativa al rimborso delle spese sostenute per la proposta, è un'applicazione del principio generale di cui all'art. 2041 c.c. sull'ingiustificato arricchimento, in quanto l'aggiudicatario utilizza, sia pur tenendo conto delle eventuali modifiche stabilite dall'amministrazione, un progetto predisposto dal promotore che ha comportato una serie di studi e quindi di oneri finanziari che non potrebbero gravare sullo stesso, atteso che se ne avvantaggerebbe il soggetto aggiudicatario.

In base alla previgente formulazione del comma 5 dell'art. 37-*quater*, il promotore risultato aggiudicatario aveva l'obbligo di versare all'altro o agli altri due partecipanti una somma corrispondente all'importo delle spese sostenute per la proposta di cui all'art. 37-*bis*.

La *ratio* giustificatrice della norma che prevede il rimborso delle spese in favore dei concorrenti non aggiudicatari diversi dal promotore, potrebbe ravvisarsi unicamente nella necessità di favorire la partecipazione alla gara, il cui esito positivo per l'offerente non determina l'affidamento della concessione, ma semplicemente l'ingresso alla successiva fase della procedura, all'esito della quale viene individuato l'affidatario.

Tale previsione era stata oggetto di serrate critiche, negandosene la rispondenza al principio dell'ingiustificato arricchimento, in quanto da un lato il promotore avrebbe realizzato l'intervento e dunque ricavato un vantaggio economico sulla base di un'idea progettuale dallo stesso predisposta, dall'altro il partecipante non aggiudicatario, non sostiene le spese necessarie per l'elaborazione di una proposta completa, sotto i profili richiamati, ma si limita a esaminare il progetto preliminare ed i valori risultanti dal piano economico-finanziario predisposto dal promotore ed alla formulazione di un'offerta che si fonda sulla proposta del promotore incidendo sulla stessa con elementi migliorativi, ciò che implica un onere sicuramente meno gravoso e comunque rientrante nell'ordinario rischio d'impresa²⁵⁶.

Si era pure evidenziato il rischio di speculazioni connesso al sistema, che finiva per

²⁵⁵ Esclude tale obbligo in considerazione del fatto che la norma pone l'onere economico a carico dell'aggiudicatario ed in base al principio generale sulla sopravvenienza di pubblico interesse che consente all'amministrazione di sottrarsi alla conclusione del contratto senza dover per questo risarcire i danni, M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-ter) cit.*, 586.

²⁵⁶ Le perplessità su tale meccanismo risultano condivise dalla stessa Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici che nell'Atto di regolazione del 26 ottobre 2000, n. 51 rileva: "se per quanto riguarda il caso del promotore che non risulti aggiudicatario, il meccanismo di rimborso previsto dall'art. 37-*quater* trova il proprio fondamento negli oneri che sicuramente il promotore stesso avrà sostenuto per la elaborazione della proposta, non altrettanto chiaro risulta lo spirito della norma quando disciplina l'ipotesi del promotore che risulti aggiudicatario.... Ora, da un lato, il rimborso di cui trattasi (*del promotore al primo e al secondo in graduatoria della licitazione privata*) potrebbe essere ben superiore rispetto alle spese sostenute che non sono ovviamente nessun modo comparabili a quelle del promotore, poiché non comprendenti oneri di promozione dell'opera; dall'altro può apparire anomalo che, nel caso di aggiudicazione ad altro concorrente, la legge abbia previsto unicamente un rimborso per il promotore, nulla spettando al secondo concorrente individuato nella licitazione privata." La stessa Autorità individua la *ratio* della disposizione "nello scopo di incentivare la massima partecipazione alle procedure in *project financing* di concorrenti diversi dal promotore, al fine di instaurare con quest'ultimo un confronto concorrenziale dal cui esito l'amministrazione, e quindi la collettività, può ricavare utile beneficio. Confronto concorrenziale effettivo rispetto alla proposta del promotore, che è incentivato proprio dalla natura, ritenuta penalizzante del secondo classificato."

costituire un mezzo per favorire partecipazioni "di comodo" alla gara, finalizzate non all'aggiudicazione ma ad ottenere il rimborso delle spese di cui all'art. 37-bis, di entità considerevole in quanto possono raggiungere il 2,5 per cento del valore dell'investimento.

La ripartizione delle spese, in caso di partecipazione alla procedura di due soggetti, nella misura del 60 per cento al non aggiudicatario migliore offerente e del 40 per cento al secondo offerente, imponeva inoltre all'amministrazione di stilare una graduatoria con criteri rigorosi. La norma, infatti, radicava in ciascun offerente l'interesse ad impugnare non solo l'aggiudicazione ma anche la graduatoria, con immaginabili conseguenze in termini di contenzioso.

Anche per i criteri del rimborso, le modifiche introdotte dalla legge n. 166 del 2002 segnano un ritorno al meccanismo delineato dal d.d.l. 1275 che prevedeva soltanto in caso di esercizio del diritto di prelazione, a carico del soggetto promotore, un rimborso solo a favore del migliore offerente di una somma pari alle spese da questo sostenute e documentate per la partecipazione alla gara; viceversa lo stesso d.d.l., in caso di mancato esercizio del diritto di prelazione, prevedeva l'obbligo del pagamento a carico dell'aggiudicatario ed in favore del promotore, dell'importo delle spese sostenute e documentate per la redazione della proposta medesima e per la rinuncia ai diritti sulle opere dell'ingegno²⁵⁷.

L'intervento del legislatore della Merloni-*quater*, riconduce il meccanismo di rimborso a criteri di equità e di coerenza con i principi dell'ingiustificato arricchimento, in quanto prevede, a carico del promotore che risulti aggiudicatario all'esito della procedura negoziata di cui al comma 1, lett. b), il rimborso delle spese, sostenute e documentate, in favore dell'altro soggetto, ovvero degli altri due soggetti che abbiano partecipato alla procedura solo nel caso in cui la gara sia stata esperita mediante appalto-concorso.

Infatti, poiché il ricorso all'appalto-concorso implica la necessità di elaborare un progetto da allegare all'offerta, solo in questo caso si giustifica il ristoro delle spese in favore dei partecipanti. Ristoro che peraltro sarà inevitabilmente parziale in quanto non può superare il limite di cui all'art. 37-bis, che però è modulato sul progetto preliminare che è l'unico livello di progettazione richiesto al promotore, insufficiente a coprire i costi della progettazione esecutiva che devono predisporre i concorrenti nel caso di appalto-concorso.

Viene inoltre abolita la ripartizione *ex lege* delle spese, in caso di partecipazione alla procedura di due soggetti, nella misura del 60 per cento al non aggiudicatario migliore offerente e del 40 per cento al secondo offerente, prevedendo una ripartizione sulla base delle spese "sostenute e documentate", che nell'ipotesi, probabilmente ricorrente, in cui l'ammontare fissato in base all'art. 37-bis sia insufficiente a coprire integralmente i costi sostenuti da entrambi i concorrenti, verrà

²⁵⁷ V. art. 4 del testo del ddl. 1275 presentato il 22 ottobre 1996 alla Commissione Lavori pubblici del Senato (comunicazioni in sede referente).

effettuata in proporzione, in applicazione di un criterio concorsuale²⁵⁸.

Il riferimento nel nuovo art. 37-*quater*, comma 5, all'art. 37-*bis*, comma 1, quinto periodo è frutto di un refuso, in quanto la parte della disposizione richiamata non riguarda le spese sostenute dal promotore che sono invece regolate dal sesto e settimo periodo (penultimo e ultimo).

Infine anche con le modifiche introdotte all'art. 37-*quater* permane l'attribuzione dell'importo delle spese in favore di entrambi i partecipanti solo nell'ipotesi in cui aggiudicatario risulti il promotore, mentre nel caso in cui sia aggiudicatario un concorrente diverso dal promotore, non è previsto in favore dell'altro soggetto alcun rimborso.

In sostanza il promotore da solo assorbe il rimborso dell'intera somma spesa per la predisposizione della proposta, per cui non vi è spazio per alcun rimborso, neppure parziale in favore del partecipante non aggiudicatario.

Le inevitabili anomalie del sistema si riflettono peraltro anche sul promotore aggiudicatario, rispetto al quale il costo di progettazione, *rectius* di elaborazione della proposta, può variare (in misura doppia) a seconda della partecipazione o meno di altri soggetti alla gara, in quanto l'obbligo del pagamento delle spese di elaborazione della proposta, non è operante nell'ipotesi in cui la gara di cui all'art. 37-*quater*, comma 1, lett. b), vada deserta.

Permane anche nella nuova formulazione della norma, l'altra anomalia rappresentata dalla diversità di trattamento dei concorrenti rispetto all'ipotesi in cui risulti aggiudicatario uno dei due soggetti diversi dal promotore. In tal caso non è previsto in favore dell'altro soggetto un rimborso a carico dell'aggiudicatario non-promotore, mentre nell'ipotesi in cui aggiudicatario risulti il promotore, è prevista l'attribuzione dell'importo delle spese in favore di entrambi i partecipanti.

8. La soppressione dell'obbligo di affidamento esterno dei lavori.

L'art. 37-*quater* previgente all'ultimo comma prevedeva una deroga rispetto alla regola generale, stabilita all'art. 2, comma 4 della stessa legge n. 109/1994, relativamente alla percentuale dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi ridotta dal 40 al 30 per cento.

Si era introdotta in tal modo una disposizione di favore rispetto al regime dell'affidamento a terzi previsto in generale per le concessioni di lavori pubblici, probabilmente allo scopo di incentivare il ricorso allo strumento del *project financing*.

La disposizione non favoriva il ricorso al *project financing*, in quanto si limitava a ridurre la percentuale dei lavori da appaltare a terzi.

La legge n. 166 del 2002 ha eliminato l'obbligo per il concessionario di appaltare a terzi una percentuale dei lavori, oggetto della concessione non inferiore al 40 per cento.

Con la nuova formulazione del comma 3 dell'art. 2 della legge n. 109, l'amministrazione concedente, se intende aprire al mercato una quota dei lavori, deve

²⁵⁸ M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, cit., 1004, rileva che il collegamento ai costi sostenuti, senza nessuna distinzione tra il primo e secondo classificato nella fase della licitazione privata, potrebbe portare al paradosso che il promotore sia tenuto risarcire al secondo un importo molto superiore di quello spettante al primo, con evidente illogicità del sistema.

inserire specifica previsione nel contratto di concessione, indicando la percentuale minima del 30 per cento del valore globale dei lavori oggetto della concessione, con la facoltà per i candidati di aumentare tale percentuale.

L'abrogazione dell'art. 37-*quater*, comma 6 determina l'integrale inapplicabilità della disposizione dell'art. 2, comma 3, in ragione della particolarità dell'istituto del *project financing*.

Pertanto il concessionario scelto con la procedura di cui agli artt. 37-*bis* e ss., potrà eseguire in proprio tutti i lavori in quanto non è prevista in capo all'Amministrazione una analoga facoltà di indicare una percentuale di lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi.

9. La Direttiva 2004/INS/CE; il dialogo competitivo.

La direttiva 2004/INS/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, introduce la figura del "dialogo competitivo", quale particolare forma di affidamento di lavori, servizi o forniture che si attaglia, per ciò che concerne i lavori, alle procedure di cui agli artt. 37-*bis* e ss. della legge n. 109 del 1994.

In base al 31° considerando, le amministrazioni aggiudicatrici che realizzano progetti particolarmente complessi, possono trovarsi nell'impossibilità oggettiva di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie.

Tale situazione, non è limitata ai lavori e può in particolare verificarsi per l'esecuzione di importanti progetti di infrastrutture di trasporti integrati, di grandi reti informatiche, di progetti che comportano un finanziamento complesso e strutturato, di cui non è possibile stabilire in anticipo l'impostazione finanziaria e giuridica.

Ai fini del ricorso a tale procedura, un appalto pubblico è considerato particolarmente complesso quando l'amministrazione aggiudicatrice non è oggettivamente in grado di definire, conformemente all'art. 23, paragrafo 3, lett. b, c o d della direttiva, i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, e/o non è oggettivamente in grado di specificare l'impostazione giuridica e/o finanziaria di un progetto.

L'art. 1 comma 11 c) della direttiva definisce il "dialogo competitivo" una procedura alla quale qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare e nella quale l'amministrazione aggiudicatrice avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte.

Il dialogo competitivo è quindi una procedura di selezione, assimilabile alle procedure negoziate, in cui l'amministrazione si avvale, ai fini della definizione del contenuto e dell'oggetto del contratto, del contributo propositivo dei soggetti operanti nel settore di mercato rilevante, dotati dei requisiti di capacità economico-finanziaria connessi e proporzionati all'oggetto dell'appalto.

Il ricorso a tale procedura è ammesso solo in presenza dei presupposti indicati dall'art. 29 comma 1, costituiti dalla complessità dell'appalto, che richiede il concorso dell'operatore economico per l'individuazione delle soluzioni idonee a soddisfare le necessità dell'amministrazione, quando non risulti possibile, sulla base di una

valutazione rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, un grado di determinazione dell'oggetto del contratto suscettibile di consentire il ricorso alla procedura aperta o ristretta.

La prima fase della procedura contempla la pubblicazione di un bando di gara, tramite il quale le amministrazioni rendono note le loro necessità e le loro esigenze, e definiscono nel bando stesso e/o in un documento descrittivo, i criteri o le norme obiettivi e non discriminatori che intendono applicare, il numero minimo di candidati che intendono invitare e, all'occorrenza, il numero massimo (art. 44).

La prima fase della procedura è finalizzata ad individuare la soluzione ottimale in relazione alle esigenze ed agli obiettivi dell'amministrazione. A tal fine viene avviato un dialogo con i candidati che riguarda tutti gli aspetti dell'appalto.

Il confronto, analogamente a quanto previsto dell'art. 37-*bis* ai fini dell'individuazione della proposta di pubblico interesse è sostanzialmente rimesso all'iniziativa dei candidati, con il solo limite del rispetto della parità di trattamento di tutti gli offerenti, che si traduce nella possibilità di accesso non discriminatorio alle informazioni rilevanti. Si tratta delle informazioni concernenti il processo di maturazione degli obiettivi delle amministrazioni, che vengono definiti sulla base delle soluzioni proposte.

E' un processo dinamico che parte dall'individuazione degli obiettivi che si propone l'amministrazione per soddisfare determinate esigenze definite in modo generico, sulla base delle quali i concorrenti formuleranno le soluzioni proposte, per gradi di definizione sempre più particolareggiati, fino all'individuazione della soluzione ottimale.

E' prevista infatti la possibilità, che deve essere indicata nel bando o nel documento descrittivo, di prevedere l'articolazione della procedura per fasi successive in modo da eliminare le soluzioni non rispondenti ai criteri precisati nel bando di gara o nel documento descrittivo. La norma (art. 29, comma 4) si riferisce ai criteri di aggiudicazione, anche se in realtà non si tratta di criteri di aggiudicazione in senso proprio, in quanto l'aggiudicazione è rimessa ad una successiva fase e potrà avvenire unicamente con il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 29, comma 1).

Si tratta piuttosto dei criteri fissati dall'amministrazione ai fini della valutazione della rispondenza delle soluzioni alle proprie esigenze, che, in termini analoghi a quanto previsto dall'art. 37-*ter*, ma senza una elencazione definita in quanto la previsione comunitaria si rimette interamente alle determinazioni dell'amministrazione, possono individuarsi nei profili costruttivi, urbanistici, ambientali, della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, delle tariffe da applicare, o in altri elementi definiti dall'amministrazione.

In base al successivo comma 5 l'amministrazione può anche optare per una fase unica di dialogo, sulla base di un confronto diretto delle proposte, che prosegue fino all'individuazione delle soluzioni in grado di soddisfare le sue necessità.

In sostanza l'amministrazione per conseguire l'obiettivo di individuare e definire i mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità, e fermo restando che vengono in considerazione tutti gli aspetti dell'appalto, si trova di fronte ad una duplice possibilità:

- selezione articolata su più fasi in cui vengono progressivamente eliminate le soluzioni non rispondenti ai criteri, di fattibilità e pubblico interesse, definiti con un primo livello di approssimazione dall'amministrazione nel bando e poi per gradi di approfondimento maggiori in progressione;
- selezione su una fase unica, maggiormente rispondente all'essenza del dialogo competitivo, basate sul confronto tra le soluzioni offerte fino all'individuazione di quella ottimale.

La prima opzione presuppone un grado di definizione preventiva dei criteri, suscettibile di consentire una scelta tra soluzioni eliminando quelle non rispondenti ai criteri prefissati dall'amministrazione.

In base al comma 4 questa modalità è finalizzata a ridurre il numero di soluzioni da discutere durante la fase del dialogo. L'amministrazione quindi potrebbe lasciare aperta a tutti i concorrenti la possibilità di adeguarsi alle soluzioni individuate, ma potrebbe già prevedere una prima selezione delle offerte, anche senza un confronto diretto, per progressiva eliminazione di quelle che non soddisfano i criteri predeterminati, identificando le soluzioni con le offerte.

E' proprio la predeterminazione dei criteri che consente di operare una selezione dei concorrenti già in questa fase, riducendo il numero dei concorrenti e consentendo il passaggio alle fasi successive solo di alcune offerte, scelte in base ai criteri di aggiudicazione precisati nel bando di gara o nel documento descrittivo.

Il successivo art. 44, comma 4 specifica che le amministrazioni aggiudicatrici, quando ricorrono alla facoltà di ridurre il numero di soluzioni da discutere, effettuano tale riduzione applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara, nel capitolato d'oneri o nel documento descrittivo, devono comunque assicurare un numero sufficiente di soluzioni, che garantisca una concorrenza effettiva.

La seconda opzione, assimilabile per certi versi al concorso di idee, sarà adottata nei casi in cui l'amministrazione non è in grado di fornire criteri di valutazione predeterminati, in quanto sono possibili una pluralità di soluzioni per il conseguimento dell'obiettivo. Si pensi all'ipotesi in cui l'amministrazione intenda realizzare un collegamento tra due o più località, che potrebbe realizzarsi con opere stradali, ferroviarie o marittime.

L'elemento unificante è dato dal principio di non discriminazione che richiede la ricerca di un delicato punto di equilibrio tra l'accesso alle informazioni, che deve essere assicurato in modo da non favorire alcuni offerenti rispetto ad altri ed il divieto, a carico delle amministrazioni aggiudicatrici, di rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o «altre informazioni riservate comunicate dal candidato partecipante al dialogo senza l'accordo di quest'ultimo» (art. 29, comma 3). Una volta conclusa la fase del dialogo competitivo si apre la procedura di gara vera e propria.

A differenza di quanto previsto dall'art. 37-*quater* della legge n. 109 del 1994, la base della procedura non è costituita dal progetto di un concorrente, il promotore, la cui proposta è stata valutata come rispondente al pubblico interesse in base all'art. 37-*ter* e posta base di gara.

La seconda fase infatti è un confronto tra le offerte finali, non eliminate nella prima fase nell'ipotesi in cui vi sia stata una preventiva selezione in base ai criteri predeterminati, che dovranno conformarsi alle soluzioni presentate e specificate nella

fase del dialogo. Si tratterà di offerte complete sotto il profilo progettuale, in quanto «devono contenere tutti gli elementi richiesti e necessari per l'esecuzione del progetto» (art. 29 comma 6).

La disposizione prevede la possibilità che le offerte, possano essere chiarite, precisate e perfezionate, con il limite del rispetto degli elementi fondamentali «dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara».

In sostanza le integrazioni non possono tradursi in varianti del nucleo fondamentale comune delle soluzioni individuate, che determinerebbero un'alterazione della concorrenza o un effetto discriminatorio, in quanto anche se non vi è un progetto posto a base di gara, come nell'ipotesi della procedura di cui all'art. 37-*quater* della legge n. 109 del 1994, all'esito del confronto concorrenziale svolto nella fase della dialogo competitivo, le offerte finali sono il frutto di soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo, alle quali devo conformarsi, perché costituiscono la base della successiva fase di gara.

La direttiva in sostanza detta un procedimento che si caratterizza per il modo di formazione delle offerte, a formazione progressiva, che sovverte l'impostazione classica in quanto non si è di fronte ad un oggetto definito dall'amministrazione, che costituirà il contenuto del contratto da stipulare, ma ad un insieme di proposte che, nel loro insieme ed all'esito del dialogo concorrono alla determinazione degli elementi essenziali dell'oggetto e del contenuto del contratto che costituiscono la base delle offerte progettuali complete sulle quali si opera la selezione finale.

La seconda fase del dialogo competitivo è una gara da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei consueti elementi conformemente all'art. 53 (la qualità, il prezzo, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, le caratteristiche ambientali, il costo d'utilizzazione, la redditività, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica, la data di consegna e il termine di consegna o di esecuzione).

L'amministrazione dovrà precisare nel documento descrittivo, la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo eventualmente una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo sia appropriato.

Nell'ipotesi in cui la ponderazione sia impossibile per ragioni dimostrabili, l'amministrazione dovrà indicare l'ordine decrescente d'importanza dei criteri.

CAPITOLO III

LA SOCIETA' DI PROGETTO E L'ESECUZIONE DELLA CONCESSIONE

SOMMARIO: **1.** La società di progetto. - **2.** Il patrimonio separato nella riforma del diritto societario. - **3.** La sostituzione della società di progetto al concessionario. - **4.** L'affidamento dei lavori ai soci. - **5.** Le obbligazioni. - **6.** La risoluzione. - **7.** La posizione dei finanziatori. - **7.1.** Il vincolo di indisponibilità. - **7.2.** Il subentro. - **7.3.** Il privilegio sui beni mobili. - **8.** Le altre disposizioni sulla società di progetto della legge n. 166 del 2002.

1. La società di progetto.

La società di progetto è il soggetto protagonista dell'operazione di *project financing*, quale centro di imputazione del capitale di rischio e dei contributi pubblici e responsabile dell'intervento.

Lo schema tradizionale della concessione di costruzione e gestione è fondato sulla realizzazione dell'opera e sulla gestione nel corso del periodo di concessione da parte di un unico soggetto, che al termine del periodo di gestione trasferisce l'opera al soggetto pubblico. Tale schema ha rappresentato per un lungo periodo una delle tecniche più diffuse di *project financing* anche in ambito internazionale (*Build, Own-Operate and Transfer - B.O.T. o B.O.O.T.*).

L'elemento di crisi di tale tecnica era insito nella sua struttura, fondata sulla concentrazione dei ruoli nell'esecutore, che assumeva anche il ruolo di progettista, finanziatore e gestore, pur senza essere in possesso il più delle volte della capacità tecnica e finanziaria necessaria. Né in particolare nell'ordinamento italiano, il costruttore poteva cedere a terzi la gestione, perché ciò avrebbe comportato una cessione del contratto o una subconcessione, entrambi vietati.

Altra caratteristica negativa era data dal fatto che gli eventuali finanziatori risultavano particolarmente esposti al rischio di insolvenza dell'esecutore-gestore, in quanto il finanziamento, pur essendo destinato alla realizzazione dell'iniziativa, era comunque effettuato al soggetto. Quest'ultimo a sua volta, proprio in virtù della concentrazione dei ruoli, era soggetto ad un'eccessiva esposizione finanziaria.

Da ciò è sorta la necessità di un sistema più articolato, suscettibile di consentire la partecipazione all'iniziativa di più soggetti con diverse specializzazioni, la costituzione di un patrimonio autonomo finalizzato esclusivamente al finanziamento del progetto, onde consentire la separazione giuridica e finanziaria (*ring fence*) e di bilancio (*off balance sheet financing*) del progetto rispetto alle altre attività del gruppo dei promotori, la ripartizione dei rischi mediante la stipulazione di appositi accordi di copertura (*security package*) tra promotori, finanziatori ed eventualmente fornitori.

In particolare poiché il *project financing* si incentra sul concetto di "unità economica", l'elemento più significativo è dato dalla separazione sotto il profilo economico e giuridico dell'iniziativa dai suoi promotori, enucleando il progetto dalle

altre attività dei promotori ed evitando quindi la confusione di attività e passività inerenti l'iniziativa nel patrimonio dei promotori.

La forma pura di project financing (c.d. *non recourse*) prevede l'impossibilità, in base ad appositi accordi negoziali, per i finanziatori di aggredire i promotori dell'iniziativa, potendo soddisfarsi unicamente nei confronti del patrimonio della società di progetto.

Nella pratica risulta tuttavia più diffuso il project financing c.d. *limited recourse*, che consente al finanziatore anche la possibilità di rivalersi, entro limiti prefissati, sul patrimonio dello sponsor oppure di escutere le garanzie fideiussorie.

In ogni caso i finanziatori, con la partecipazione alla società si accollano una parte del rischio d'impresa, ottenendo comunque la certezza che i finanziamenti vengano destinati unicamente per quella specifica iniziativa, con esclusione di altre attività del concessionario e che i proventi della gestione vengano canalizzati in primo luogo per il rimborso del debito.

La società di progetto è lo strumento formale per assicurare la partecipazione all'iniziativa di una pluralità di soggetti con ruoli diversi: promotori, costruttori e gestori in primo luogo, ma anche finanziatori, assicuratori, fornitori ed acquirenti del prodotto.

In particolare i soggetti protagonisti di un'operazione di *project financing*, possono individuarsi nei:

- promotori: di solito coincidono con i gestori, in quanto la gestione rappresenta l'elemento centrale ai fini della redditività dell'iniziativa. A volte i promotori possono essere soggetti diversi dai gestori, il cui compito si ferma all'attivazione dell'iniziativa economica, tramite l'apporto di tecnologie, di *know-how* e di capitale di rischio;
- realizzatori: sono imprese di costruzioni, fornitori, società di ingegneria oppure società che raggruppano questi soggetti;
- finanziatori: si tratta di solito di istituti di credito che, previa verifica della fattibilità economico-finanziaria dell'iniziativa, provvedono al finanziamento, in taluni casi assumendo quote di rischio (*merchant bank*);
- gestori: assumono un ruolo fondamentale in quanto la buona riuscita dell'iniziativa si fonda, in gran parte, sull'attendibilità delle previsioni di reddito derivanti dalla gestione.

L'obiettivo è quello di consentire attraverso la costituzione di un soggetto e la collaterale strutturazione di un sistema di contratti, il superamento delle tecniche di finanziamento tradizionali, incentrate sull'erogazione di un finanziamento proporzionale alle garanzie, di solito reali, del soggetto finanziato.

Tale strutturazione è finalizzata a consentire il completamento dell'opera e l'esercizio della stessa, nel rigoroso rispetto dei presupposti anche temporali, del piano economico-finanziario, assorbendo nel sistema i fattori ostativi legati a singoli aspetti dell'iniziativa (ad esempio modifiche progettuali, ritardi nella costruzione, scioperi, rischi di natura varia), prevedendo altresì nei casi di disfunzioni più gravi il subentro di altri soggetti.

La società di progetto (*Special Purpose Company*) rappresenta, in sostanza lo strumento per ottenere l'isolamento economico-finanziario del progetto ed un'adeguata struttura delle garanzie.

In particolare, per ciò che concerne il profilo delle garanzie, il coinvolgimento di una pluralità di soggetti, implica il sovvertimento dell'ottica "bancaria" delle garanzie incentrata, ai fini della valutazione delle capacità di rimborso del finanziamento, sull'affidabilità economico-patrimoniale dei soggetti, in favore di una valutazione fondata sulle previsioni di reddito dell'iniziativa.

La previsione contenuta nella Merloni-ter della società di progetto quale attore dell'iniziativa risponde, sia pure non integralmente, a tali esigenze.

L'art. 37-quinquies, introduce la possibilità per l'affidatario della concessione di costituire una società di progetto, a meno che la costituzione della società di progetto non sia prevista dal bando come obbligatoria.

Tale facoltà od obbligo non riguarda solamente gli interventi di project financing, cioè non riguarda solo la concessione disciplinata dagli artt. 37-bis e seguenti ma anche la concessione "tradizionale", di cui all'art. 19, comma 2, in coerenza d'altra parte con l'appartenenza dei due istituti al medesimo *genus*, ed in generale tutte le tipologie di concessione.

La norma, infatti, si riferisce espressamente alle concessioni per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità.

L'impiego della disgiuntiva "o" tra gestione dell'infrastruttura e gestione di un servizio di pubblica utilità negli artt. 37-quinquies e 37-sexies indica una differenziazione tra la gestione dell'opera e l'erogazione di un servizio di pubblica utilità. La distinzione tra concessione di servizi pubblici e concessione di lavori pubblici, come in precedenza esposto, allorché l'erogazione dei servizi presuppone la realizzazione di un'opera è stata identificata nel differente oggetto; sarebbe ravvisabile una concessione di servizi pubblici nel caso in cui l'erogazione del servizio pubblico sia l'oggetto prevalente dell'attività, mentre nella concessione di lavori pubblici oggetto preminente è la realizzazione dell'opera e la gestione costituisce unicamente uno strumento sostitutivo del corrispettivo, finalizzato alla remunerazione dell'opera.

Nella prassi tuttavia non è agevole una distinzione.

In giurisprudenza sono stati distinti il profilo della "gestione" dell'opera che si caratterizza per la prevalenza della manutenzione, quello della "utilizzazione" ed "erogazione" di servizio pubblico, in cui prevale l'attività di impresa del gestore consistente nell'effettuazione di prestazioni a terzi o nell'erogazione di servizi pubblici agli utenti²⁵⁹.

Nella Merloni-ter emerge il tentativo di superare la distinzione, includendo entrambe le attività nell'oggetto della concessione di costruzione e gestione, per evitare che un'interpretazione ristretta della nozione di gestione limiti il ricorso allo strumento del *project financing*.

I concessionari di servizio cui è stata estesa la facoltà di istituire la società di progetto²⁶⁰, si identificano nei soggetti di cui all'art. 2, comma 2, lett. b), della stessa legge n. 109 del 1994, norma che comprende, in seguito all'eliminazione nel testo

²⁵⁹ Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 1996, n. 561, in *Foro it.*, III, 1996, 375.

²⁶⁰ In tal senso M. ZOPPOLATO, *op. cit.*, 589; M.A. SANDULLI, in AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni-ter"*, 616; *contra* M. PROTTO, in AA.VV., *La riforma dei lavori pubblici*, 777, sul rilievo dell'estraneità della materia rispetto all'ambito applicativo della legge quadro e sulla base del dato letterale della disposizione.

introdotto dalla legge n. 166 del 2002 dei concessionari di esercizio di infrastrutture destinate al pubblico servizio²⁶¹, in un'unica categoria una serie di soggetti diversi, tra i quali i concessionari di lavori pubblici, i concessionari di servizi pubblici e i gestori di servizi nei settori speciali, che hanno quale carattere comune la titolarità di un diritto speciale o esclusivo loro attribuito dall'amministrazione.

D'altra parte il *project financing*, in quanto tecnica di finanziamento di un'unità economica, a prescindere dal dato normativo, è una tecnica che può ben essere realizzata anche nel settore dei pubblici servizi non dovendosi identificare necessariamente il progetto in termini costruttivi ma come progetto riferito ad una attività economica.

L'ambito dei concessionari di pubblici servizi è potenzialmente assai ampio, comprendendo tutti i soggetti gestori di servizi che si avvalgono di diritti a carattere monopolistico (basti pensare al settore dei servizi municipalizzati ex t.u. 15 ottobre 1925, n. 2578, R.D. 9 maggio 1912, n. 1447, legge 29 dicembre 1969, n. 1042), tali da sottrarli al regime normale di concorrenza e da consentire loro di agire in una posizione sotto alcuni aspetti autoritativa, (procedure espropriative o imposizione di servitù coattive art. 2, comma 4, lett. a), D.Lgs. n. 158 del 1995).

La norma specifica che deve trattarsi di un servizio "nuovo". Tale requisito non potrebbe riferirsi all'affidamento, in quanto per i servizi già affidati vale l'esclusione dell'applicazione della norma conseguente alla previsione nel bando della facoltà o obbligo di costituire la società; sembra pertanto indicare l'applicabilità ai servizi, per i quali la realizzazione delle opere sia strumentale alla gestione del servizio²⁶², per cui la novità del servizio si collega alla realizzazione dell'opera strumentale alla gestione.

La disposizione comunque non va intesa in senso letterale, per cui la novità del servizio non implica necessariamente l'istituzione del servizio per la prima volta. Così nel caso degli Enti Locali la possibilità del ricorso alla norma non può essere impedita dalla circostanza dell'intervenuta municipalizzazione allorché l'ente stabilisca di gestire un servizio già istituito con il ricorso alla concessione, oppure disponga il passaggio alla concessione, dopo un periodo di gestione tramite una delle diverse forme contemplate dall'art. 113 del t.u. n. 267 del 2000²⁶³.

L'art. 37-*sexies* che disciplina l'emissione di obbligazioni da parte della società di progetto si riferisce peraltro alle società costituite al fine di "realizzare e gestire una

²⁶¹ I concessionari gestori di una infrastruttura si distinguevano dai concessionari di lavori pubblici per il diverso ambito delle prestazioni che riguardano soltanto la gestione e non anche la realizzazione dell'infrastruttura.

²⁶² In tal senso M. ZOPPOLATO, *op. cit.*, 589, che sottolinea come proprio la necessità di realizzare l'opera determina la novità del successivo servizio; F. CARINGELLA, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit. 1255, che sottolinea l'attribuzione al concessionario di diritti non riconducibili alla nozione di gestione dell'opera realizzata evitando, nel contempo, che tale attribuzione si estenda ad opere già realizzate, con la conseguente trasformazione della concessione di costruzione e gestione in concessione di servizi *tout court*.

²⁶³ A. MASCOLINI, *Il "project financing" nella legge-quadro sui lavori pubblici*, in *Contr. dello Stato e degli Enti Pubb.*, n. 2/1999, 186, in relazione all'applicazione degli artt. 37-*quinquies* e *sexies*, considera "nuovo servizio di pubblica utilità", quello che viene assentito dopo l'entrata in vigore della legge. Nel senso della possibilità di successione da un modulo di erogazione del servizio ad un altro nel sistema della legge 142 del 1990, sul presupposto che la necessaria interscambiabilità tra i modelli di gestione rappresenta una risposta alle esigenze del continuo adeguamento del modello scelto alla situazione locale, v. G. ALPA - A. CARULLO - A. CLARIZIA, *cit.*, 63.

singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità" eliminando la disgiuntiva "o", presente nell'art. 37-*quinquies* tra i termini "realizzazione" e "gestione".

Nonostante il dubbio al quale può dare adito la formulazione di tale ultima norma, deve ritenersi che comunque la società di progetto possa essere costituita anche per la gestione di infrastrutture e di servizi. Tale interpretazione appare coerente con la tendenziale assimilazione dei concessionari di lavori pubblici ai concessionari di infrastrutture adibite al pubblico servizio ed ai concessionari di servizi pubblici, operata dal richiamato art. 2, comma 2, della stessa legge, e dell'art. 3, comma 8, della legge n. 415/1998 in relazione alla disciplina economica del rapporto, e soprattutto con la ragione ispiratrice della norma che è quella di favorire la costituzione della società di progetto, proprio per una più adeguata gestione dell'iniziativa, per cui il dato relativo alla gestione assume un valore preminente rispetto alla realizzazione dell'opera.

La circostanza che la facoltà di costituire la società di progetto debba essere contemplata dal bando di gara, esclude l'applicabilità della norma ai rapporti in corso.

La società di progetto essendo costituita con l'unico obiettivo della realizzazione e gestione di una singola opera, potrebbe configurarsi come "società occasionale", in quanto sarebbe assente l'elemento della professionalità nell'esercizio dell'attività economica, modello la cui ammissibilità nel nostro ordinamento è stata messa in dubbio²⁶⁴.

Il presupposto della non ammissibilità è dato dalla carenza degli elementi di abitudine e sistematicità, che impedirebbero la qualificazione dell'attività economica in termini di attività di impresa, in base alla definizione dell'art. 2082 c.c.

Il problema è superabile in una duplice prospettiva, l'una tesa a dimostrare che la peculiarità dell'operazione non è tale da indurre a ravvisare nella società di progetto una società occasionale²⁶⁵ e pertanto la società di progetto è compatibile con il modello dell'art. 2802 c.c., l'altra nel rilievo che l'esercizio professionale di un'attività economica è compatibile con lo svolgimento di un singolo affare che impegni la società in un'attività prolungata nel tempo²⁶⁶.

L'amministrazione è obbligata, anche ai sensi dell'art. 85 del Regolamento, ad inserire nel bando di gara la clausola che consenta la possibilità per l'aggiudicatario di costituire una società di progetto, ed ha la facoltà di imporre la costituzione della società quale obbligo a carico dell'aggiudicatario. La discrezionalità dell'amministrazione è limitata alla fissazione, in sede di bando, dell'ammontare minimo del capitale sociale. Si tratta tuttavia di una discrezionalità che deve essere

²⁶⁴ P. Carrière, *Project financing, profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, 106 e ss. che ha approfondito pure gli aspetti della legittimità di eventuali clausole che limitino la circolazione delle partecipazioni sociali.

²⁶⁵ In tal senso P. CARRIÈRE, *Project financing*, cit., 107, che evidenzia come il limite temporale dell'attività sociale ed il carattere "chiuso" dell'oggetto, non siano tali da impedire di ravvisare nella società di progetto una "attività di impresa".

²⁶⁶ C. PEZZI, *I Profili civilistici del "Project Financing"*, in *Riv. Trim. App.*, n. 1/2002, 58, che richiama F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., III, 1, 272 ss., concludendo che la costituzione della società di progetto all'interno del *project financing* non ha nulla a che vedere con la figura della società occasionale, restando estranea alle problematiche connesse all'ammissibilità nel nostro ordinamento di tale ultima fattispecie.

esercitata con riguardo al complessivo ammontare ed alle caratteristiche dell'investimento, ai fini di una corretta determinazione del rapporto tra capitale proprio e capitale di debito, pur con le difficoltà di stabilire il livello adeguato di capitalizzazione della società, in quanto non vi sono regole specifiche ed univoche per la determinazione del rapporto ottimale tra debito e mezzi propri, per iniziative quali la realizzazione e gestione di opere pubbliche²⁶⁷. Nel caso in cui nel bando non venga specificato l'ammontare minimo del capitale sociale, la relativa determinazione sarà rimessa all'aggiudicatario, dovendosi applicare la disciplina ordinaria stabilita per il tipo di società.

Il limite minimo stabilito nel bando viene ad integrare quello previsto dalla disciplina codicistica, per cui nell'ipotesi in cui il capitale sociale scenda al di sotto di tale limite e non venga reintegrato, si ha lo scioglimento automatico della società in base all'art. 2448, n. 4, c.c.

L'amministrazione può anche prevedere nel bando l'obbligatorietà della società di progetto, che sarà la soluzione preferibile nei casi in cui, in considerazione dell'importo o delle caratteristiche delle opere, voglia garantirsi una più ampia partecipazione alla realizzazione e gestione dell'opera, e quindi la possibilità di ottenere maggiori garanzie grazie alla ripartizione del rischio.

La società può assumere unicamente le forme di società di capitali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. A differenza del consorzio ex art. 2602 c.c., che ha in comune con l'associazione temporanea l'elemento di non dare vita ad un organismo dotato di soggettività autonoma rispetto ai singoli consorziati, tale elemento manca nella società consortile ex art. 2615-ter c.c. che assume la veste di persona giuridica.

Come è noto la caratterizzazione della società consortile in relazione ad alcuni aspetti del regime della figura, in ragione del concorso di norme (societarie, da un lato, e consortili, dall'altro lato) è ancora dibattuta.

Al riconoscimento legislativo del tipo società consortile non si accompagna, infatti, una disciplina specifica, con l'eccezione della norma del secondo comma dell'art. 2615-ter. Nel primo comma dell'articolo è invece implicito il rinvio alle norme delle società²⁶⁸.

²⁶⁷ Sull'ottimizzazione del rapporto tra capitale e debito in una società di project financing, cfr. G. TAMBURI, *Come applicare il project financing e alle opere "calde" e alle opere "fredde"*, in U. Draetta - C. Vacca (a cura di), *Il project financing*, cit., 106 e ss., che sottolinea come il grado di finanziamento in termini di capitale proprio dipende dal grado di rischio del progetto, che se elevato richiede una maggiore capitalizzazione della società di project financing, mentre un progetto con un rischio contenuto può essere finanziato con elevati livelli di indebitamento. L'autore rileva inoltre come non essendoci in Italia alcuna tradizione di project financing le banche non saranno facilmente disposte ad un elevato coinvolgimento nel debito delle prime operazioni che verranno effettuate e comunque un elevato concorso di capitale proprio sottoscritto dai promotori potrà progressivamente creare quella fiducia delle banche che, una volta affermatasi, consentirà successivamente di realizzare operazioni con livelli di indebitamento sempre più elevati.

²⁶⁸ L'orientamento dominante vede nella società consortile anzitutto e soprattutto una società integralmente soggetta, da un punto di vista generale, alla disciplina della figura e, più specificamente, a quella del tipo societario prescelto, con la sola particolarità (peraltro non da tutti riconosciuta) costituita dalla sostituzione della causa lucrativa con quella mutualistico-consortile. Il perseguimento diretto di finalità consortili si identifica nella gestione mutualistica dell'impresa quale scopo comune dei soci e quindi nella compenetrazione tra oggetto e scopo dell'ente. In sostanza la gestione mutualistica, quindi anche la gestione consortile, riassume oggetto e scopo della società

Il tratto in comune tra consorzi e società consortile, oltre allo scopo mutualistico, è che in entrambi i soggetti si ravvisa quale dato caratterizzante quell'organizzazione comune, per la disciplina o lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese, la cui mancanza è invece tipica dell'associazione temporanea²⁶⁹. Da ciò discende il diverso regime della rappresentanza che nei confronti del consorzio e segnatamente della società consortile, si atteggia come rappresentanza organica.

La particolare struttura della società, in relazione sia ai rispettivi ruoli che al sistema delle garanzie, implica uno spostamento del modello societario classico, imperniato sul sistema della partecipazione di controllo, che determina l'indirizzo gestionale, e delle partecipazioni di capitale, verso un modello in cui appare condizionante, in virtù del vincolo fiduciario che lega i soci, l'*intuitus personae*, che si riflette sul principio della circolazione delle quote²⁷⁰.

Sotto tale profilo appare più confacente alle caratteristiche dell'operazione il ricorso alla società a responsabilità limitata, che consente, in base all'art. 2479, comma 1, c.c., di introdurre una clausola statutaria di divieto di circolazione delle quote.

Appare infatti meno incisiva ai fini della conservazione della compagine societaria la norma di cui all'art. 2355, c.c., che consente alle società per azioni di inserire nell'atto costitutivo una clausola con la quale si sottopone a particolari condizioni l'alienazione delle azioni nominative, che potrebbe configurarsi quale "clausola di gradimento" ma non vietare l'alienazione delle quote.

individuandosi nella reciprocità delle prestazioni tra società e soci l'essenza dello scopo mutualistico (cfr. in generale, e anche per le indicazioni, G. VOLPE PUTZOLU, *Le società consortili*, in *Tratt. Colombo-Portale*, Torino, 1994, 269 e ss.). Appare recessiva la tesi che configura la società consortile quale consorzio a tutti gli effetti per cui l'assunzione della veste esteriore societaria non sottrarrebbe alla integrale applicazione del regime tracciato dagli artt. 2602 ss. c.c. In posizione intermedia si colloca chi contamina in vario modo disciplina societaria e disciplina consortile, proponendo molteplici variazioni sul tema della "forma" (o, come altri vuole, struttura) societaria sovrapposta alla "sostanza (o, come altri vuole, causa) consortile (v. G. VOLPE PUTZOLU, *I consorzi per il coordinamento della produzione e degli scambi*, in *Tratt. Galgano*, vol. IV, Padova, 1981, 427 ss.; G. MARASÀ, *Le "società" senza scopo di lucro*, Milano, 1984, 254 ss.; M.S. SPOLIDORO, *Le società consortili*, Milano, 1984, spec. 141 ss.; A. BORGIOI, *Consorzi e società consortili*, in *Tratt. Cicu-Messineo* vol. XLI, t. 3, Milano, 1985, 1981 s.; G.D. MOSCO, *I consorzi tra imprenditori*, Milano, 1988, 294 ss.; G. MARASÀ, *Consorzi e società consortili*, Torino, 1990, 119 ss. [prima della riforma della materia attuata con la legge n. 377/1976, cfr. invece, per tutti, G. MINERVINI, *Concorrenza e consorzi*, in *Tratt. Grosso-Santoro Passarelli*, vol. VI, fasc. 7, Torino, 1961, 93 s.]; in giurisprudenza, Trib. Genova, 19 maggio 1962, in *Temi*, 1962, 533, con nota di E. Del Conte, *I consorzi costituiti in forma di società*; Trib. Ascoli Piceno, 2 ottobre 1980, e App. Ancona, 10 novembre 1980, entrambe in *Giur. comm.*, 1983, II, 823, con nota di G. Marasà, *Osservazioni in tema di società consortile e scopo di lucro*; Cass., 4 novembre 1982, n. 5787, in *Giur. comm.*, 1984, II, 568, con nota di G. Capurso, *La Cassazione e la disciplina giuridica applicabile alle società consortili*; Trib. Matera, 23 aprile 1985, in *Giust. civ.*, 1986, I, 257, con nota di G. Mori, *Sulla disciplina delle società consortili*). Sulla possibilità di costituire la società di progetto in forma di società consortile, M. PROTTO, *op. cit.*, 781, rileva la difficoltà di coniugare l'interesse dei privati verso l'investimento in tale forma societaria in considerazione dell'ammissibilità ai sensi dell'art. 2615, comma 2 c.c., di una clausola statutaria a che obblighi i soci al ripianamento delle perdite, contraddicendo l'effetto di separazione del progetto dalle altre attività dei soggetti dell'operazione, che rappresenta la funzione tipica della società di progetto.

²⁶⁹ Per un confronto tra associazioni temporanee e consorzi v. C. TABEGNA, *Le associazioni temporanee di imprese*, 1981, v. pure G. FISCHIONE, *I consorzi per la realizzazione delle opere pubbliche* in *Arch. giur. oo. pp.*, 1987, 2009 e ss.; M. BALDI, *Associazioni temporanee di imprese, consorzi e gruppi europei di interesse economico nella l. 109 del 1994*, in *Riv. amm. app.*, 1997, 131.

²⁷⁰ P. CARRIÈRE, *Project financing*, cit., 112 ss.

2. Il patrimonio separato nella riforma del diritto societario

Con la riforma del diritto societario oggetto del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, emanato in attuazione della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366, entrata in vigore il 1° gennaio 2004, è stata introdotta una compiuta disciplina del patrimonio separato, che, come abbiamo visto, costituisce uno dei principi ispiratori della società di progetto.

L'istituto previsto dall'art. 4.4.b) della legge delega n. 366 del 2001 ha lo scopo di consentire ad una società per azioni di destinare parte del proprio patrimonio a specifici affari, realizzando una separazione patrimoniale in grado di condurre un principio di autonomia sul piano della responsabilità.

In sostanza l'istituto risponde allo stesso obiettivo della società di progetto, dal punto di vista del finanziamento, in quanto tutela i finanziatori circoscrivendo il loro rischio agli esiti economici dell'affare stesso, utilizzando un meccanismo opposto a quello della società di progetto, che è appunto una società relativa ad un affare specifico, tramite la costituzione dell'isolamento dell'unità economica in cui si sostanzia la realizzazione e gestione dell'opera - lo "specifico affare" - nell'ambito della stessa società.

Il patrimonio separato è concepito come uno strumento per realizzare una forma di autonomia limitata ad una parte del patrimonio sociale, che risulta sottoposto a gestione separata, rilevante anche nei confronti dei terzi e come strumento finanziario in cui la separatezza si proietta sui proventi di un'attività futura.

Il modello di patrimonio separato appare ispirato al trust di origine anglosassone, disciplinato dalla Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, relativa alla legge applicabile al *trust* ed al suo riconoscimento, recepita con legge 16 ottobre 1989, n. 364²⁷¹.

La Convenzione definisce *trusts*: «i rapporti giuridici istituiti da una persona, il costituente – con atto tra vivi o mortis causa - qualora dei beni siano stati posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato».

In base all'art. 2 della Convenzione gli elementi che caratterizzano il *trust* sono:

- a) la costituzione dei beni in *trust* in una massa distinta separata dal patrimonio del *trustee*;
- b) intestazione dei beni in *trust* in capo al *trustee* o ad un altro soggetto per conto del *trustee*;
- c) investitura in capo al *trustee* di un potere, che è anche obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del *trust* e secondo le norme imposte dalla legge al *trustee*.

Il mantenimento nella titolarità del disponente di alcuni diritti e facoltà o l'attribuzione al *trustee* di alcuni diritti in qualità di beneficiario non è necessariamente incompatibile con l'esistenza di un *trust*.

Il *trust* risponde sia all'esigenza di costituire un patrimonio separato che a quella di ottenere un controllo sulle attività di gestione del costituente in funzione del rimborso di finanziamenti.

²⁷¹ Sull'istituto v. S. BARTOLI, *Il Trust*, Milano, 2001; T. ARRIGO - S. CAVANNA, *Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai trusts ed al loro riconoscimento*, in *Commentario breve al codice civile. Leggi complementari*, a cura di G. Alpa - C. Zatti, 1999, 7 ss.; e, per una disamina dei rapporti con il project financing, V. LOPILATO, *Trust e project financing*, in www.lexitalia.it, n. 9-2002.

Nel disegno della riforma sono presenti entrambi i modelli, in quanto l'art. 2447-*bis*, comma 1, c.c. stabilisce che la società può:

- a) costituire uno o più patrimoni, ciascuno dei quali destinato in via esclusiva a uno specifico affare;
- b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare, i proventi dell'affare stesso o parte di essi siano destinati al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo.

La prima caratteristica dell'istituto è la sottrazione del patrimonio destinato alla responsabilità patrimoniale per le obbligazioni non attinenti allo specifico affare contemplato, cui si aggiunge il vincolo dei proventi dell'affare stesso al rimborso dei finanziatori, che sono alcune delle finalità tipiche della società di progetto di cui all'art. 37-*quinquies* della legge n. 109 del 1994.

Il patrimonio separato, in quanto sottratto alla garanzia dei creditori diversi da quelli le cui prestazioni sono legate allo specifico affare, rappresenta una fonte di finanziamento, rafforzata dalla prelazione in favore dei finanziatori sui proventi dell'affare, finalizzata al rimborso totale o parziale dei finanziamenti.

Pertanto nella struttura del patrimonio separato si riscontrano i due elementi tipici del meccanismo della società di progetto: la sottrazione del capitale (in questo caso quella parte coincidente con patrimonio separato) dalla garanzia dei creditori generali dell'impresa e la destinazione in via esclusiva dei proventi della gestione al rimborso dei finanziatori dell'operazione.

La costituzione del patrimonio separato incontra tuttavia il limite del 10 per cento del valore complessivo del patrimonio netto della società (capitale sociale maggiorato delle riserve e degli accantonamenti di rito), mentre non sono previsti limiti quantitativi al finanziamento, che potrà essere anche notevolmente superiore alla quota del 10 per cento, e dunque alla destinazione al rimborso dei proventi dell'affare.

Il grado di separatezza del patrimonio è peraltro rimesso all'autonomia privata, in quanto la società può anche stabilire che per le obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare oggetto della costituzione del patrimonio separato, possa rispondere in via sussidiaria anche con il restante patrimonio sociale.

Resta comunque salva, in base all'art. 2447-*quinquies* c.c., la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti dal fatto illecito, per evidenti ragioni di tutela della particolare tipologia di creditori in relazione alla fonte dell'obbligazione.

Pertanto l'istituto finisce per introdurre una forma surrettizia di prelazione in favore dei finanziatori, rafforzata dalla possibilità, sia pure rimessa alla eventuale statuizione della delibera costitutiva del patrimonio, di prevedere una responsabilità sussidiaria della società, che va chiaramente a discapito dei creditori e dei soci non interessati allo specifico affare.

In base all'art. 2447-*ter* c.c. la deliberazione di costituzione del patrimonio destinato deve contenere una serie di indicazioni tra le quali spiccano l'esistenza di un piano economico-finanziario relativo allo specifico affare da cui risulti l'equilibrio tra l'ammontare del patrimonio e la realizzazione dell'affare, con l'indicazione delle garanzie offerte ai terzi²⁷².

²⁷² Specificamente la deliberazione deve prevedere:
a) l'affare al quale è destinato il patrimonio;

Ai fini dell'opponibilità ai terzi è necessario che la deliberazione costitutiva sia soggetta al deposito ed all'iscrizione ai sensi dell'art. 2436 c.c., che segna il termine di decorrenza di due mesi entro il quale i creditori della società possono proporre opposizione.

In base all'art. 2447-*quinquies* c.c., è necessaria per l'opponibilità, nell'ipotesi in cui vi siano beni immobili o mobili registrati, la trascrizione nei relativi registri e la menzione negli atti compiuti in relazione allo specifico affare del vincolo di destinazione, in mancanza del quale la società risponde anche con il restante patrimonio.

E' pure stabilito che l'attività di gestione con patrimonio dedicato sia oggetto di una contabilità separata, integrata, nei casi in cui vi sia l'emissione di strumenti finanziari dall'ulteriore documentazione di cui all'art. 2447-*sexies*. La necessaria trasparenza della gestione del patrimonio dedicato impone l'obbligo di separata iscrizione nel bilancio dei beni e rapporti relativi e, in presenza di più patrimoni dedicati, l'obbligo di redigere per ciascuno un rendiconto separato.

In sostanza in questo modello di patrimonio separato, analogamente al *security trust* si configura una immediata operatività della destinazione specifica del patrimonio a prescindere dall'erogazione del finanziamento, anche se costituisce una garanzia ulteriore per i finanziatori, in quanto i finanziamenti risultano vincolati alle finalità oggetto dello specifico affare.

Di minore complessità è la disciplina dei patrimoni separati di carattere finanziario, di cui all'art. 2447 lett. b). In questo caso infatti il patrimonio separato funge esclusivamente da veicolo di finanziamenti, sostanzialmente affidato all'autonomia contrattuale. In questo secondo modello di patrimonio separato rileva ai fini della garanzia non tanto il patrimonio attuale, o parte di esso, ma il flusso di reddito futuro legato allo specifico affare, e rispetto al quale sorge la necessità di evitare la confusione con il restante patrimonio dell'impresa.

È stato correttamente rilevato²⁷³ che le caratteristiche dell'istituto sono tali da poterne ipotizzare una utilizzazione solo per gli investimenti di lunga durata, in cui i proventi

b) i beni e i rapporti giuridici compresi in tale patrimonio;

c) il piano economico-finanziario da cui risulti la congruità del patrimonio rispetto alla realizzazione dell'affare, le modalità e le regole relativi al suo impiego, il risultato che s'intende perseguire e le eventuali garanzie offerte ai terzi;

d) gli eventuali apporti di terzi, le modalità di controllo sulla gestione e di partecipazione ai risultati dell'affare;

e) la possibilità di emettere strumenti finanziari di partecipazione all'affare, con la specifica indicazione dei diritti che attribuiscono;

f) la nomina di una società di revisione del controllo contabile sull'andamento dell'affare, quando la società non è assoggettata alla revisione contabile ed emette titoli sul patrimonio diffusi tra il pubblico in misura rilevante e offerti a investitori non professionali;

g) le regole di rendicontazione dello specifico affare.

²⁷³ F. DI SABATO, *La disciplina dei patrimoni dedicati*, in AA.VV., *Società - Il dizionario della riforma*, in *Guida giuridico normativa, Italia Oggi*, n. 16/2003, 220, che rileva come le esperienze di project financing non esigevano la creazione di un istituto nuovo. Lo stesso Autore sottolinea che la configurazione di una nuova causa di prelazione, in cui si concreta l'istituto, pone il dubbio di costituzionalità della norma rispetto al principio di tipicità delle cause di prelazione sancito dall'art. 2740 c.c., dubbio che si estende anche all'ipotesi di patrimonio dedicato di cui all'art. 2447 c.c. n. 1, seppure in questo caso si tratti di una operazione tipicamente operativa, con un fine specifico.

dell'affare consentono il rimborso del finanziamento, quale appunto il project financing.

L'art. 2447-*decies*, detta i contenuti del contratto di finanziamento necessari affinché possa sorgere la prelazione in favore dei finanziatori:

- a) una descrizione dell'operazione che consenta di individuarne lo specifico oggetto; le modalità e i tempi di realizzazione; i costi previsti e i ricavi attesi;
- b) il piano finanziario dell'operazione, indicando la parte coperta da finanziamento e quella a carico della società;
- c) i beni strumentali necessari alla realizzazione dell'operazione;
- d) le specifiche garanzie che la società offre in ordine all'obbligo di esecuzione del contratto e di corretta e tempestiva realizzazione dell'operazione;
- e) i controlli che il finanziatore, o soggetto da lui delegato, può effettuare sull'esecuzione dell'operazione;
- f) la parte dei proventi destinati al rimborso del finanziamento e le modalità per determinarli;
- g) le eventuali garanzie che la società presta per il rimborso di parte del finanziamento;
- h) il tempo massimo di rimborso, decorso il quale nulla più è dovuto al finanziatore.

In sostanza il contratto deve contenere il piano economico-finanziario dell'operazione, le garanzie, che in parziale antitesi con la nozione di patrimonio dedicato sono previste a carico della stessa società, e la specificazione dei poteri di controllo previsti in favore dei finanziatori.

La presenza di requisiti indicati è necessaria ma non sufficiente affinché sorga la prelazione, in quanto è prevista una pubblicità costitutiva, il deposito di copia del contratto per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese.

A garanzia sia dei finanziatori che degli altri creditori è inoltre imposta l'adozione di un sistema di incasso e di contabilizzazione che consenta l'individuazione in ogni momento dei proventi dell'affare e la separazione dal restante patrimonio della società.

Il sistema di canalizzazione dei finanziamenti rispecchia quello di una delle forme di *trust* riconosciute, il *trust borrowing vehicle*²⁷⁴, che si concreta nell'affidamento, mediante un negozio unilaterale recettizio, al *trustee* di un mandato all'incasso dei ricavi relativi all'operazione oggetto del *trust*, tramite la cessione di tutti i contratti che ad essa si riferiscono²⁷⁵.

Analogamente a quanto previsto per il patrimonio separato di carattere finanziario, l'obiettivo è quello di consentire una ripartizione dei proventi dell'affare, una volta coperti i costi di gestione, in favore dei finanziatori fino al momento in cui verrà completato il rimborso del debito.

E' evidente che nel caso del patrimonio separato di carattere finanziario si persegue lo stesso obiettivo senza il ricorso alla cessioni dei crediti ma direttamente attraverso un contratto di finanziamento, opponibile ai terzi. Il profilo causale del negozio è la

²⁷⁴ Cfr. M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, 672 e ss.

²⁷⁵ Cfr. l'attenta analisi di V. LOPILATO, *cit.*, 9 che sottolinea come il *trust* riduce in maniera rilevante i c.d. rischi operativi legati al flusso di cassa, ottenendo la segregazione materiale del denaro mediante l'accensione di un conto presso una banca che potrà essere alternativamente intestato al *trustee* nella sua qualità di rappresentante del trust ovvero al trust, rappresentato dal *trustee*.

destinazione dei proventi dello specifico affare a favore dei finanziatori, c.d. effetto segregativo, che si attua tramite una contabilità separata con la canalizzazione degli incassi presso un istituto bancario.

In caso di fallimento è peraltro consentito (art. 2247-*decies*, co. 3) ai finanziatori di insinuarsi nel passivo per il credito residuo che non sia stato soddisfatto sul patrimonio destinato, per cui rivive la responsabilità patrimoniale integrale della società.

L'art. 2247-*ter*, lett. e) consente inoltre l'emissione di strumenti finanziari di partecipazione all'affare, con la specifica indicazione dei diritti che attribuiscono, unicamente per l'ipotesi di patrimonio destinato "operativo" di cui all'art. 2447, lett. a), mentre per i patrimoni separati di carattere finanziario, tale possibilità è esclusa dall'art. 2247-*decies*, comma 7. Non essendo previsti limiti quantitativi all'utilizzo di tale strumento, a differenza di quanto previsto per le obbligazioni, ed in mancanza di indicazioni sulle modalità di gestione e rientro dell'investimento, viene lasciato un ampio margine all'autonomia statutaria, in quanto è possibile che tali strumenti assumano carattere di titoli partecipativi.

Quanto al profilo organizzativo infine, l'art. 2447-*octies* prevede un'organizzazione dei titolari di strumenti finanziari di cui all'art. 2447-*ter*, lett. e) in una assemblea speciale che delibera sostanzialmente su argomenti di interesse comune, quali la nomina e la revoca dei rappresentanti comuni di ciascuna categoria con funzioni di controllo, sulla costituzione di un fondo spese, sulle modificazioni dei diritti attribuiti dagli strumenti finanziari e su eventuali controversie.

I portatori di strumenti finanziari sono concepiti quali investitori, senza alcuna possibilità sostanziale di partecipazione alle decisioni relative alla gestione dell'affare, come invece gli azionisti, ma piuttosto in una posizione assimilabile a quella degli obbligazionisti.

Indubbiamente l'istituzione del patrimonio separato introduce la possibilità di una gestione mirata di un singolo progetto all'interno della stessa società, con la possibilità di costituire rapporti giuridici e modalità di finanziamento che godono della stessa autonomia all'interno della società, per cui all'autonomia gestionale corrisponde un'autonoma responsabilità giuridica, evitando la confusione con la restante parte del patrimonio e dei rapporti giuridici della società non pertinenti allo specifico progetto.

Queste caratteristiche rendono l'istituto teoricamente utilizzabile anche nel *project financing*, ma appare difficile che possa soppiantare la società di progetto.

L'articolazione della disciplina della società di progetto, la capacità di aggregare i diversi attori dell'iniziativa (progettisti, costruttori, gestori, finanziatori), l'automatismo nella titolarità del rapporto concessorio, i poteri di subentro, rendono l'istituto non fungibile con il patrimonio separato.

Questo vale in particolare per il patrimonio separato di cui all'art. 2447 lett. a), in cui il limite del 10 per cento del patrimonio netto, in considerazione del livello medio di capitalizzazione delle società, non è agevolmente coniugabile con la media degli investimenti che richiede un'operazione di *project financing*.

Questo modello di patrimonio separato può essere utilizzato per la costituzione di un fondo destinato a coprire le spese necessarie per la formulazione della proposta (progettazione preliminare, studio di fattibilità, redazione del piano economico-

finanziario). Il patrimonio separato garantisce i finanziatori dei promotori che i fondi destinati alla fase di presentazione dell'iniziativa non possano essere distolti dalla relativa destinazione, ottenendo l'effetto segregativo.

Il ricorso al patrimonio separato di carattere finanziario, di cui all'art. 2447 lett. b), offrendo garanzie ai finanziatori in parte assimilabili alla società di progetto, con il vantaggio di una mancanza di coinvolgimento diretto, potrebbe invece trovare applicazione per gli interventi minori in sostituzione degli ordinari strumenti di finanziamento.

3. La sostituzione della società di progetto al concessionario.

La possibilità di costituire una società dopo l'aggiudicazione dell'appalto non è, peraltro, una novità nel nostro ordinamento.

Viene, infatti, in considerazione l'art. 26 D.Lgs. n. 406/1991 che riproduce la disciplina dell'art. 23-*bis* della legge n. 584/1977 (introdotto con la legge 8 ottobre 1984, n. 687), la cui disciplina è stata ripresa dall'art. 96 del D.P.R. n. 554 del 1999, e tuttavia limita la possibilità di costituire società (esclusa quella semplice), anche consortili, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori alle imprese parti di un raggruppamento, prevedendo che la società subentra nell'esecuzione totale o parziale del contratto, senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto, restando ferma, d'altra parte, la responsabilità delle imprese riunite nei confronti della stazione appaltante.

Quanto alla natura ed agli effetti del «subentro» nell'esecuzione totale o parziale del contratto originario, conseguente alla costituzione ed alla notifica dell'atto costitutivo, l'unico punto fermo, che discende direttamente dal dato normativo (art. 26, comma 2, D.Lgs. n. 406/1991) è che il subentro non è assimilabile a fattispecie quali il subappalto o la cessione del contratto, in quanto l'effetto tipico si produce automaticamente senza necessità di atti autorizzativi o di approvazioni da parte della stazione appaltante. Secondo un'opinione la formazione della società consortile, determina una successione automatica nella titolarità del contratto di appalto dalle imprese temporaneamente riunite, al nuovo soggetto costituito. In tal caso, considerato che l'art. 26 fa salve le responsabilità delle imprese riunite, l'associazione temporanea pur permanendo in vita, verrebbe ad assumere il ruolo di obbligato sussidiario nei confronti dell'ente committente per l'ipotesi di inadempimento della società di esecuzione, che acquista la posizione di parte del contratto di appalto e dunque obbligato principale²⁷⁶.

La prevalente dottrina qualifica tale fenomeno di subentro quale creazione di un mero strumento di esecuzione dei lavori²⁷⁷ ovvero come creazione di un rapporto derivato²⁷⁸, traendone la conseguenza che non si verifica alcun mutamento nella titolarità del rapporto contrattuale che resta radicato in capo alle imprese

²⁷⁶ Cfr. M. MAZZONE - C. LORIA, *Le associazioni temporanee di imprese*, 1985, I^a ed., 199 ss., nel senso che con la costituzione della società si determini un subentro nella titolarità del contratto cfr. da ultimo G.A. TEDESCHI - G. TORNO, *Consorzi, riunioni temporanee, GEIE - L'associazionismo imprenditoriale nei pubblici appalti*, Milano, 1999, 282.

²⁷⁷ D. CORAPI, *La società per l'esecuzione congiunta dei lavori - commento art. 23 bis della legge 487/84*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1985, II, 134.

²⁷⁸ R. VIRGILIO, *Profili Fiscali - commento all'art. 12 della legge 687/84*, *ivi*, 159, nonché gli stessi M. MAZZONE - C. LORIA, *Le associazioni temporanee di imprese*, 1990, 216 (nuova edizione).

raggruppate, mentre la società ex art. 26 assume rilevanza unicamente sul piano esecutivo, quale struttura operativa del raggruppamento.

Pertanto, in tale sistema, anche dopo il subentro della società tutti i rapporti scaturenti dal contratto di appalto continuano ad intercorrere direttamente tra l'associazione aggiudicatrice e l'ente committente, restando ad essi del tutto estranea la società subentrante, la quale in relazione ai lavori che deve eseguire, può, in quanto soggetto autonomo di diritti, intrattenere rapporti diretti soltanto con eventuali altri terzi (maestranze, fornitori, banche, consulenti, etc.), ma non anche con l'ente committente, restando quelli a monte con le associate legate al regime di partecipazione nella società. La costituzione della società lascia inoltre impregiudicata la responsabilità solidale di tutte le imprese dell'associazione orizzontale per l'esatto adempimento dei lavori.

Analogamente a quanto previsto dall'art. 26 del D.Lgs. 406 del 1991, l'art. 37-*quinquies* dispone che la società così costituita, affinché il subentro spieghi i suoi effetti, non necessita di alcuna autorizzazione o approvazione e che il subentro non costituisce cessione di contratto.

La formulazione di tale norma aveva dato luogo a varie ipotesi interpretative sugli effetti e la portata del subentro.

Le difficoltà interpretative nascevano proprio dalla formulazione della norma previgente le modifiche introdotte dalla legge n. 166 del 2002, nella parte in cui si limitava ad escludere che il subentro costituisse cessione del contratto, mentre dal punto di vista degli effetti un subentro integrale della società di progetto all'aggiudicatario, sarebbe assimilabile alla cessione di contratto, o comunque ad una novazione soggettiva²⁷⁹.

Si ricorda che mentre l'art. 339 della legge sui lavori pubblici 20 marzo 1865, n. 2248, All. F ammetteva la cessione del contratto subordinandola al consenso dell'Amministrazione, l'art. 22 comma 2 della legge di conversione del decreto antimafia n. 152/1990, legge 12 luglio 1991, n. 203, nell'introdurre l'art. 18 comma 2 della legge n. 55/1990, sancì il divieto assoluto di cessione dei contratti d'appalto di lavori pubblici, a pena di nullità.

Tale netta chiusura del legislatore in materia aveva suscitato perplessità interpretative in ordine all'eventuale estensibilità del principio anche alla ipotesi di successione del contratto, conseguente a trasferimento di azienda o di ramo d'azienda.

L'orientamento prevalente era però nel senso che trattandosi di norma di divieto, e dunque eccezionale rispetto al principio dell'autonomia privata, l'interpretazione dovesse essere letterale, limitata dunque alla cessione ex art. 1406 c.c. e non estensibile alla cessione ex art. 2558 c.c., quale effetto del trasferimento d'azienda.

Ma non sono mancate in senso contrario autorevoli indicazioni espresse in sede consultiva dall'Avvocatura Generale dello Stato e dal Consiglio di Stato²⁸⁰ che hanno sostenuto che con l'art. 22 legge n. 203/1991, il legislatore ha inteso vietare la sostituzione di un soggetto ad un altro, comunque tale effetto venga conseguito, traendone la conclusione che la norma in esame preclude, in caso di trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda, la successione ex art. 2558 c.c. nel contratto di

²⁷⁹ In tal senso M.A. SANDULLI *cit.*, 620.

²⁸⁰ Parere Avv. Gen. Stato, reso con nota n. 55935 del 25 maggio 1992 e Cons. Stato, Sez. II, 3 febbraio 1993 n. 53, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1450.

appalto di opere pubbliche, configurando il divieto di mutamento soggettivo quale principio di carattere generale in materia di contratti pubblici, operante anche quando il subentro costituisca un effetto indiretto della cessione.

L'art. 35 della legge n. 109 la cui introduzione nel corpo della legge quadro sui LL.PP. mirava effettivamente a fare chiarezza in materia, ha poi sancito in sostanza la piena ammissibilità di tali cessioni, salvo la verifica da parte dell'Amministrazione del possesso in capo al cessionario dei requisiti previsti dagli artt. 8 e 9 della legge e dei requisiti di cui all'art. 10-*sexies* della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive integrazioni.

Tale norma sancisce peraltro una netta distinzione tra cessione d'azienda e cessione di contratto, le quali risultano così sottoposte a diversa disciplina, con ciò dando validi argomenti di diritto positivo per una conferma dell'originaria interpretazione dell'art. 18, comma 2, legge n. 55/1990 come volto a vietare il solo negozio di cessione del contratto, inteso come atto giuridico autonomo, e non il più ampio fenomeno del trasferimento di tutti i rapporti contrattuali connessi all'esercizio dell'impresa, che si verifica quale effetto automatico della cessione di azienda (o ramo della stessa)²⁸¹.

Sembra potersi ritenere che l'art. 35 non introduca una disciplina modificativa rispetto all'art. 18, comma 2 della legge n. 55/1990, ma implicitamente interpretativa rispetto alle precedenti incertezze e cioè finalizzata ad aggiungere un adempimento formale alla successione nel contratto, che rimane confermata quale effetto naturale di tali operazioni.

Resta, quindi, il divieto di cessione del contratto, atteso che l'art. 18 della legge n. 55/1990 non è stato modificato sul punto dall'art. 9 della legge n. 415 del 1998.

In sostanza il quadro emergente dalla nuova disciplina in tema di cessione d'azienda esclude una discrezionalità dell'amministrazione in ordine all'opposizione al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, limitandosi a prevedere un potere di accertamento della sussistenza dei requisiti e degli adempimenti procedurali cui è subordinata l'efficacia della cessione, confermando il principio della trasferibilità automatica dei contratti di appalto di lavori pubblici a seguito di cessioni di azienda o fusioni, preesistente all'entrata in vigore della legge-quadro e nel contempo il divieto di cessione del contratto.

Le diverse interpretazioni dell'art. 37-*quinquies* previgente nella parte in cui prevede che la società di progetto diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione, dipendono in larga misura dalle finalità e dalle caratteristiche della società di progetto.

Secondo un'opinione il subentro determinerebbe una vicenda di acquisto derivativo costitutivo in capo alla società, che però riguarderebbe non l'intera posizione del concessionario, in quanto non verrebbe meno il precedente rapporto tra quest'ultimo e l'amministrazione, ma si avrebbe la costituzione in suo favore di una situazione derivata da quella del concessionario²⁸².

²⁸¹ Per una completa disamina delle problematiche connesse agli artt. 35 e 36 della legge n. 109 del 1994, come modificata dalla legge n. 415 del 1998, cfr. il commento di A. VARLARO SINISI, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. Caringella, cit., 1211.

²⁸² E' l'opinione di PROTTO, cit., 779; in senso conforme G. DE MARZO, *Finanza di progetto e "Merloni-ter"*, cit.; F. CARINGELLA in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit., 1292, contra G. MANGIALARDI, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e*

Si avrebbe dunque la costituzione *ex lege* di un rapporto contrattuale plurilaterale senza comunione di scopo²⁸³ in cui aggiudicatario e società di progetto, che rappresentano un unico centro di interessi, assumono la contitolarità del rapporto contrattuale. Tale soluzione interpretativa, conseguendo alla contitolarità del rapporto il mantenimento in capo all'aggiudicatario della posizione di coobbligato nei confronti del committente, appare offrire maggiori garanzie alla pubblica amministrazione ed attenua lo strappo ai principi consolidati in materia di mutamenti soggettivi nei contratti pubblici.

Nella precedente edizione si era osservato che il dato normativo non sembra prestarsi a tale interpretazione, limitandosi a sancire il subentro della società nel rapporto di concessione²⁸⁴.

A differenza dell'art. 26 del D.Lgs. n. 406 che circoscrive gli effetti del subentro all'esecuzione totale o parziale del contratto, l'art. 37-*quinquies*, specifica che la società "diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario". Il subentro, quindi, nella norma in esame, concerne l'intero rapporto, per cui si avrebbe l'integrale sostituzione della società al soggetto aggiudicatario²⁸⁵.

La prima interpretazione, tendeva quindi a negare la specialità della disciplina della società di progetto, assimilata sotto tale profilo alla società operativa di cui all'art. 26 cit.²⁸⁶, mantenendo ferma la responsabilità delle imprese riunite. Presupponeva inoltre una concezione della società di progetto quale mero veicolo finanziario, cioè quale centro di imputazione dei finanziamenti, la cui operatività era limitata a tale funzione, e quindi assumeva una rilevanza esterna ma non incideva sui rapporti con l'amministrazione.

Tuttavia, come sopra esposto, uno dei principi ispiratori del *project financing* è proprio la separatezza del patrimonio del soggetto che realizza l'intervento.

In base a tale interpretazione la separazione giuridica e finanziaria del progetto rispetto alle altre attività del concessionario sarebbe stata salvaguardata tramite il

servizi, in *Urb. e App.*, n. 3/2000, 241, sul presupposto che la posizione di concessionario "è esclusiva ed incompatibile con la permanenza di situazioni di obbligo in capo a soggetti diversi" e ricostruendo la fattispecie non in termini di negozio traslativo, ma di negozio abdicativo cui la legge connette l'effetto di trasmissione della qualità di concessionario conseguente alla "manifestazione di volontà dell'originario aggiudicatario, idonea ad estinguere la posizione giuridica soggettiva in capo al medesimo e a costituirlo in capo alla società", per cui dal carattere originario dell'acquisto della qualità di concessionario, discende che sarà la società di progetto a stipulare la convenzione connessa alla concessione ed a prestare tutte le garanzie previste dall'art. 30, comma 2, della legge, mentre non potrebbero essere utilizzate le garanzie offerte dal primo concessionario in quanto estinte.

²⁸³ Sulla distinzione tra contratti plurilaterali con comunione di scopo e contratti plurilaterali senza comunione di scopo cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile - il contratto*, Milano, 1984, 56.

²⁸⁴ Cfr. M. BALDI - G. DE MARZO, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001, 377 e ss.

²⁸⁵ In tal senso M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 617. Secondo M. ZOPPOLATO, *op. cit.*, 592, si tratterebbe di una forma anomala di subentro assimilabile alla mera trasformazione formale del soggetto aggiudicatario, in seguito alla cessione di azienda, ed agli atti di trasformazione, fusione e scissione di cui all'art. 35 della legge n. 109 del 1994.

²⁸⁶ In tal senso G. MANGIALARDI, *cit.*, 242, il quale rileva che l'art. 96 dello schema di Regolamento (il cui testo è stato confermato nella stesura definitiva) conserva la responsabilità delle imprese riunite anche dopo la costituzione della società operativa, senza nulla statuire in ordine alla permanenza della responsabilità dell'originario concessionario anche successivamente al subentro della società di progetto nella concessione.

collegamento negoziale tra il rapporto concessorio e la costituzione della società di progetto, nei confronti dei terzi ma non nei confronti dell'ente concedente, rispetto al quale appunto tale separazione non sarebbe stata operante²⁸⁷.

La piena operatività di tale principio, anche nei confronti del concedente, sarebbe stata vanificata ammettendo una responsabilità solidale – nei confronti dell'amministrazione - dell'aggiudicatario, sia in forma di impresa singola che in forma di raggruppamento, rispetto alla società di progetto.

La limitata operatività del principio di separazione non sembra tuttavia trovare sufficienti ragioni giustificatrici nella tutela dell'interesse pubblico ad un allargamento delle responsabilità soggettive, in vista della corretta esecuzione dell'opera e gestione del servizio, in quanto tale obiettivo è perseguibile, con maggiore efficacia e coerenza con i principi ispiratori del project financing, mediante la determinazione del capitale sociale, rimessa all'amministrazione in sede di bando, e delle garanzie richieste.

Aderendo a questa configurazione, la formulazione dell'art. 37-*quinquies* previgente, nella parte in cui si limitava a specificare che il subentro della società di progetto non costituisce cessione di contratto, da un lato era finalizzata ad escludere, in coerenza con la sancita non necessità di autorizzazione o approvazione, anche sotto il profilo privatistico (art. 1406 c.c.) il consenso dell'amministrazione, dall'altro appariva probabilmente ispirata all'intento di assicurare la coerenza del meccanismo del subentro con il regime della disciplina antimafia in tema di cessione di contratto.

Con il nuovo comma 1-ter aggiunto all'art. 37-*quinquies* dall'art. 7, comma 7, lett. dd), della legge n. 166 del 2002, questi aspetti della disciplina che, per il carattere innovativo rispetto a principi consolidati in materia di appalti, avevano ingenerato dubbi interpretativi risultano chiariti nel senso di un rafforzamento dello strumento della società di progetto.

La modifica introdotta nel collegato alla finanziaria chiarisce che anche nel caso del subentro vale la regola generale del mutamento soggettivo nella titolarità dell'intero rapporto, confermando che il subentro non costituisce cessione del contratto, ma precisando che la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'Amministrazione concedente.

La stessa previsione impone il mantenimento della responsabilità solidale dei soci tra loro e con la società di progetto nei confronti della pubblica amministrazione, solo nei casi in cui sia previsto a copertura del costo dei lavori anche un prezzo a carico dell'amministrazione e con l'ulteriore condizione che il prezzo sia corrisposto in corso d'opera.

Tale ultima disposizione va coordinata con la modifica all'art. 19, comma 2, che contempla la possibilità di corrispondere il prezzo non più solo a collaudo effettuato, in un'unica rata o in più rate annuali, costanti o variabili, come nella previgente formulazione, ma anche in corso d'opera. Solo per quest'ultima modalità di versamento del prezzo opera quindi il meccanismo di solidarietà ai fini del rimborso

²⁸⁷ Cfr. F. CARINGELLA, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit., 1292, il quale osserva che "la norma in esame, diversamente da quanto dispone l'art. 37-*octies* per il subentro della società designata dai finanziatori in caso di risoluzione del rapporto concessorio per motivi attribuibili al concessionario, non impone alcuna rispondenza delle caratteristiche tecniche e finanziarie della società di progetto a quelle possedute dal concessionario. Ciò porta a ritenere che la società di progetto possa essere utilizzata esclusivamente come "veicolo" per la raccolta di capitali".

del contributo versato.

La solidarietà, anche se ha ad oggetto e limite l'ammontare del finanziamento pubblico è infatti diretta a garantire la corretta esecuzione dei lavori, in quanto non scatta nell'ipotesi in cui il versamento del prezzo sia successivo al collaudo.

In alternativa alla responsabilità solidale è prevista la possibilità, al fine di liberare i singoli soci, di costituire garanzie bancarie o assicurative, sempre con il limite dell'impegno coincidente con l'ammontare del finanziamento pubblico versato in corso d'opera e, in coerenza con le finalità della garanzia, fino all'emissione del certificato di collaudo.

In sostanza il legislatore ha ritenuto non necessaria la garanzia per quella parte dell'intervento coperta dall'autofinanziamento del concessionario, sul corretto presupposto che in questo caso la funzione della garanzia è assolta dal sistema di finanziamento, evitando che in tal modo il concessionario fosse costretto a prestare una doppia garanzia una nei confronti delle banche o degli Enti assicurativi, cioè dei soggetti che finanziano la parte dell'investimento a carico delle risorse private, l'altra nei confronti dell'amministrazione concedente.

La previsione supera, *rectius*, chiarisce il riferimento alle garanzie indicate dal promotore di cui all'art. 37-bis. L'art. 37-*quater* al comma 2 richiama unicamente la cauzione di cui all'art. 30 comma 1, cioè quella pari al 2 per cento dell'importo dei lavori e da prestare per la partecipazione alla gara, non quella di cui al comma 2 che corrisponde al 10 per cento dell'importo dei lavori, specificando inoltre che la proposta da porre a base di gara, su richiesta dell'amministrazione aggiudicatrice e prima dell'indizione della gara, deve essere corredata da un'ulteriore cauzione, corrispondente all'importo – che non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento risultante dal piano economico-finanziario – delle spese per la predisposizione della proposta. Tale ulteriore cauzione è assimilabile a quella stabilita dall'art. 30 comma 1 e quindi è ancora garanzia dell'offerta, ma non è finalizzata a garantire la corretta esecuzione del rapporto di concessione.

Pertanto deve ritenersi, in considerazione delle finalità della garanzia, che nell'ipotesi in cui sia previsto un prezzo a carico dell'amministrazione la garanzia non possa limitarsi al 10% dell'importo dei lavori ma debba coprire il complessivo ammontare del prezzo, che peraltro, con la modifica dell'art. 19, potrebbe essere di rilevante entità. Mentre se l'intervento sia eseguito in regime di autofinanziamento totale, senza il concorso di risorse pubbliche, potrebbe essere richiesta alla società di progetto unicamente la cauzione di cui all'art. 30, comma 2, della legge e 101 del D.P.R. n. 554 del 1999, in quanto prevista a garanzia della buona esecuzione (*“dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento”*), oltre alla polizza indennitaria decennale di cui al successivo art. 104, a copertura dei rischi di rovina parziale o totale o derivanti da gravi difetti costruttivi²⁸⁸.

²⁸⁸ La formulazione della norma prima delle modifiche apportate dal Senato in seconda lettura limitava l'impegno all'importo del finanziamento pubblico: “Salvo diversa previsione del contratto di concessione, responsabile del buon adempimento della stessa è la società di progetto, la quale presta la garanzia globale di esecuzione, di cui all'art. 30, comma 7-bis. Fino all'attuazione di tale garanzia, la società di progetto presta la garanzia fidejussoria di cui all'art. 30, comma 2, e, laddove ritenuto opportuno, l'ente concedente potrà esigere, all'atto del subentro, che gli affidatari della concessione non vengano in tutto liberati. Il limite di tale impegno, comunque, non dovrà eccedere, nel suo

La modifica va coordinata con il nuovo meccanismo di garanzia di cui all'art. 7 comma 7 lett. t), n. 1 della legge n. 166 del 2002 che, modificando l'art. 30, comma 2, prevede uno svincolo progressivo della garanzia a partire dal raggiungimento del 50 per cento dell'importo contrattuale, mentre appare recessiva la garanzia globale di esecuzione di cui all'art. 30 comma 7-bis²⁸⁹.

Il principio della separazione giuridica e finanziaria (*ring fence*) del progetto rispetto alle altre attività del promotore, ha pure ispirato la possibilità di costituire la società di progetto, a differenza di quella *ex art.* 26, anche se l'aggiudicatario non è un'associazione di imprese e quindi anche con soggetti diversi dall'aggiudicatario.

Per ciò che concerne le associazioni temporanee, cioè i concorrenti costituiti da più soggetti, l'art. 37-*quinquies* previgente, nella parte in cui (comma 1) si limitava a prescrivere l'indicazione nell'offerta della quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto, sembrava da un lato limitare la partecipazione ai soli soggetti raggruppati, dall'altro cristallizzare la composizione della società al momento dell'offerta, impedendo mutamenti successivi.

In effetti in linea generale, le possibilità di modificazione soggettiva dell'associazione temporanea affidataria di un appalto pubblico sono, a tutt'oggi, limitate alle sole ipotesi legislativamente stabilite di fallimento di taluna delle imprese riunite, o di morte, interdizione od inabilitazione del titolare, ove si tratti di ditta individuale (art. 23, comma 14 e 15, D.Lgs. n. 158/1995 di attuazione delle direttive CE 90/531 e 93/38; art. 25 D.Lgs. n. 406/1991; già art. 23 legge n. 584/1977).

Tali ipotesi, in quanto derogatorie del principio di invariabilità soggettiva dell'appaltatore di opere e servizi pubblici, espresso da una serie di disposizioni normative di cui all'art. 347 legge 20 marzo 1865, n. 2248 All. F - abrogato con l'entrata in vigore del D.P.R. n. 554 del 1999 - art. 18 comma 2 legge n. 55/1990 e successive modificazioni ed integrazioni richiamato dall'art. 18 D.Lgs. n. 157/1995, art. 23 comma 6 D.Lgs. n. 158/1995, debbono ritenersi tassative e pertanto insuscettibili di applicazione analogica ai sensi dell'art. 14 disp. prel. c.c.

Non sembrano, in particolare, comprese nell'ambito di applicazione di tale norma quelle fattispecie che lungi dal costituire impedimenti giuridici all'esercizio dell'impresa (quali sono appunto il fallimento, la morte l'interdizione o

complesso, l'importo del finanziamento pubblico previsto per l'esecuzione delle opere".

²⁸⁹ Quest'ultima disposizione ha introdotto nel sistema degli appalti il c.d. "*performance bond*", istituito che ha origine nella pratica del commercio internazionale ed espressamente regolati in taluni ordinamenti nazionali allo scopo di coprire il beneficiario, di solito una banca o un istituto finanziario di un altro paese, contro i rischi atipici estranei all'area di copertura propria della fideiussione. In dottrina v. PORTALE, *Fideiussione e «Garantievertrag» nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie*, a cura di Portale, Milano, 1978, 1043 ss. (e ivi accurata bibliografia); ID., *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1985, I, 169; MACCARONE, *Contratto autonomo di garanzia*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. Irti, Milano, 1981, III, 379 ss.; BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Banca, borsa, ecc.*, 1982, I, 1982; GRIPPO, *La garanzia automatica in bilico tra tecnica e politica. Tendenze della giurisprudenza*, id., 1985, II, 83 ss.; MAZZONI, *Le lettere di «patronage» nelle procedure concorsuali: contributo allo studio dei profili sistematici delle garanzie autonome*, id., 1984, II, 385; SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contratto e impresa*, 1985, 939 ss.; in giurisprudenza, v. Pret. Roma, decr. 2 luglio 1986, in *Nuova giur. civ.*, 1987, 516, con nota di A. Brozzetti; Trib. Milano 28 novembre 1985, *Foro it. Rep.*, 1986, voce cit., n. 379, e in *Banca, borsa, ecc.*, 1987, II, 56; G.B. PORTALE, *Nuovi sviluppi del contratto autonomo di garanzia*, id., 1985, I, 169.

l'inabilitazione), si sostanziano piuttosto in mere difficoltà di fatto o ragioni di opportunità che l'appaltatore è tenuto a superare con la diligenza richiesta ai fini dell'adempimento, determinate da motivi economici²⁹⁰.

Pertanto l'ipotesi di costituzione di società di progetto da parte dei soggetti costituiti in associazione sembra, sotto tale profilo, ricalcare la fattispecie di cui all'art. 26 D.Lgs. n. 406/1991, con gli stessi limiti ivi previsti ed in più con la necessità di esprimere la volontà di costituire la società già al momento dell'offerta.

Va tuttavia considerato che la norma, nella parte in cui stabilisce l'indicazione nell'offerta delle quote di partecipazione al capitale di ciascun soggetto, non appare applicabile al promotore, in quanto fa riferimento all'offerta, che viene formulata dagli altri concorrenti ma non dal promotore.

Il promotore può anche essere costituito da più soggetti, in quanto in base all'art. 37-*bis* comma 2, possono formulare proposte sia le associazioni temporanee e i consorzi tra costruttori, in ragione del rinvio ivi operato all'art. 10, sia le associazioni o consorzi comprendenti enti finanziatori e/o gestori di servizi.

Quest'ultimo quindi, anche se costituito in forma plurisoggettiva, non avrebbe alcun vincolo temporale in ordine alla ripartizione delle partecipazioni, che può essere stabilita in un momento successivo alla propria proposta e coincidente con la costituzione della società.

La prescrizione peraltro non si riferisce a tutti i concorrenti non promotori, ma solo ai concorrenti costituiti da più soggetti.

Sarebbe quindi evidente la disparità di trattamento sia rispetto al promotore, sia in generale rispetto all'aggiudicatario non costituito in forma di associazione temporanea che, in base alla lettera della prima parte dell'art. 37-*quinquies* ha la facoltà di costituire una società di progetto in qualunque momento successivo all'aggiudicazione.

Per cui ad una più attenta lettura della norma non sembra che possano ricavarci preclusioni alle modificazioni dell'assetto societario, dalla necessità, per i partecipanti alla gara di cui all'art. 37-*quater* in qualità di concorrenti costituiti in forma plurisoggettiva, di indicare le quote di partecipazione alla società di ciascun soggetto, parte del raggruppamento²⁹¹.

La possibilità di circolazione delle partecipazioni societarie rappresenta inoltre un principio generale dell'ordinamento, quale espressione della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), che potrebbe essere limitato solo sulla base di previsioni espresse. Ma nella disciplina delle società di progetto non si ravvisa una norma del tenore dell'art. 4 del D.P.R. 16 settembre 1996 n. 533 che, in tema di società miste con capitale pubblico minoritario prescrive, sia pure in termini di determinazione del

²⁹⁰ In senso contrario e cioè favorevole alla prosecuzione del rapporto da parte delle imprese residue, purché posseggano i necessari requisiti di idoneità, nel caso di inadempimento di una delle imprese riunite, cfr. in dottrina M. MAZZONE - C. LORIA, *op. cit.*, 162 ss.; M. PALLOTTINO, *Le associazioni temporanee di imprese: problemi di diritto pubblico*, in *Atti del convegno CERISOP 8/9 giugno 1983*, Roma, 71 ss..

²⁹¹ G. MANGIALARDI, *cit.*, 242, il quale sottolinea che "una trasformazione societaria potrebbe rilevare ed essere sottoposta a previa autorizzazione dell'amministrazione solo nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2447 c.c., nel caso cioè di trasformazione di s.p.a. in s.r.l. dovuta alla riduzione del capitale sociale (ovvero, per consolidata giurisprudenza, del patrimonio netto) al disotto del limite legale proprio delle s.p.a. In tale ipotesi, attraverso la trasformazione, potrebbe venir meno la forma societaria che l'amministrazione in sede di gara ha stabilito per la società di progetto".

contenuto obbligatorio degli statuti, l'esclusione, fino al 31 dicembre del quinto anno dalla data di costituzione della società, degli atti di cessione di azioni, costituzioni di diritti reali sulle stesse e di ogni altro atto idoneo a determinare la perdita della posizione di maggioranza del socio privato, scelto con la procedura di evidenza pubblica delineata nel precedente art. 2.

Peraltro in tale fattispecie assume indubbio rilievo il carattere associativo del contratto, ed il connesso rischio che l'Ente Locale possa trovarsi all'improvviso, quali *partner* soggetti non graditi o non idonei alla gestione del servizio pubblico oggetto della società, conferendo effettività alla previsione relativa alla necessaria capacità tecnico-economica in capo all'aspirante socio privato.

Nel caso della società di progetto il rischio dell'iniziativa ricade sostanzialmente sulla stessa società, per cui il mutamento della compagine sociale assume una valenza assimilabile alla cessione di azienda ed alle altre ipotesi ad essa equiparate.

Ciò che rileva, in un rapporto a struttura complessa qual è quello riferito ad un'operazione di *project financing* è il profilo delle garanzie, la cui sussistenza rende il rapporto indifferente, sotto il profilo del perseguimento dell'interesse pubblico, alle vicende concernenti la composizione societaria.

In tale contesto la necessità per il concorrente plurisoggettivo di indicare la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto, assume un rilievo più limitato di quanto in apparenza possa sembrare.

Da un lato, infatti, la norma ribadisce la necessità di una verifica della composizione soggettiva del raggruppamento ai fini dell'accertamento della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 10-*sexies* legge 31 maggio 1965, n. 575 e dei requisiti di qualificazione, dall'altro risponde all'esigenza di assicurare la partecipazione alla società di progetto di tutti i soggetti costituiti in raggruppamento. La necessità della partecipazione all'esecuzione dell'appalto di tutti soggetti parte del raggruppamento risulta, infatti, un principio ormai consolidato e risponde all'esigenza di assicurare che ciascuna delle imprese riunite partecipi all'esecuzione dei lavori, in quanto il concorso dei rispettivi apporti delle imprese associate è strumentale al buon andamento ed al raggiungimento del risultato finale, atteso che il presupposto dell'istituto dell'associazione temporanea è proprio l'inadeguatezza dei mezzi tecnici finanziari in possesso delle imprese singole²⁹². Tale principio assume un rilievo specifico nel *project financing*, in quanto uno dei caratteri tipici di tale tecnica è proprio l'aggregazione di energie imprenditoriali diverse ai fini del conseguimento dell'ottimale realizzazione e gestione dell'opera.

La prescrizione quindi, già nella formulazione previgente dell'art. 37-*quinquies*, non poteva interpretarsi nel senso di precludere la circolazione delle partecipazioni societarie²⁹³.

Il punto di rottura più significativo rispetto al principio di immutabilità soggettiva sancito dall'art. 18 della legge 55 del 1990, è peraltro rappresentato dalla possibilità di costituire la società di progetto anche nel caso in cui concorrente sia un'impresa

²⁹² V. Cass. 7 agosto 1997, n. 7287, in *Urb. e App.*, n. 3/1998, 268; Cass. 2 marzo 1996, n. 1650, in *Corr. giur.*, 1996, 1029.

²⁹³ M. ZOPPOLATO, *cit.*, 591, ritiene che la norma non solo non preclude il mutamento delle quote possedute dai vari soggetti ma anche che l'obbligo di indicazione delle quote societaria sia privo di concreta rilevanza, potendo l'indicazione essere successivamente modificata.

singola.

Il problema della circolazione delle partecipazioni va quindi inquadrato nell'ambito della verifica dei requisiti di qualificazione tecnica ed economica, anche nei confronti del concorrente impresa singola che, aggiudicatasi la concessione, potrebbe costituire una società di progetto con altri soggetti i cui requisiti non sono mai stati verificati perché non hanno partecipato alla gara e poi cedere la propria partecipazione.

Per evitare tale inconveniente era stata proposta una soluzione interpretativa²⁹⁴ nel senso di rimettere comunque all'amministrazione il controllo sul rispetto della normativa antimafia e sui requisiti di qualificazione, applicando un regime analogo a quello previsto dall'art. 35, argomentando anche dal comma *1-bis* dell'art. 37-*quinquies* introdotto dall'art. 6 della legge 144 del 1999, che subordina la possibilità da parte della società di progetto di affidare direttamente ai propri soci i lavori da eseguire e i servizi da prestare al possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari.

Il legislatore della *Merloni-quater*, con l'introduzione del comma *1-ter* nell'art. 37-*quinquies* adotta una soluzione più rigorosa, peraltro in linea con il principio di immutabilità soggettiva sancito dall'art. 18 della legge n. 55 del 1990, specificando da un lato che il contratto di concessione deve già stabilire le modalità per la eventuale cessione delle quote della società di progetto, ed imponendo comunque la partecipazione alla società di progetto dei soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione che sono tenuti a garantire, nei limiti del contratto di concessione, il corretto adempimento degli obblighi del concessionario, sino alla data del certificato di collaudo.

La norma non chiarisce se i requisiti siano quelli minimi definiti nel bando in relazione all'ammontare dell'intervento - nel caso di promozione dell'opera ai sensi dell'art. 37-*bis* - oppure quelli propri del soggetto ammesso, per cui mentre nel primo caso potrebbero cedere le quote tutti i soci i cui requisiti non siano stati essenziali per l'ammissione, nel secondo caso tale possibilità sarebbe limitata ai soci che non hanno concorso neppure in minima parte alla formazione dei requisiti.

Appare condivisibile la tesi²⁹⁵ che propende per la prima opzione interpretativa, sul rilievo della prevalenza del principio generale di credibilità delle partecipazioni azionarie e dell'autonomia della società rispetto ai soci, e fermo restando che comunque la norma non richiede una partecipazione qualificata, per cui la presenza dei soci che hanno concorso formare i requisiti può essere limitata anche ad una partecipazione minima.

Tale ultima previsione potrebbe apparire pleonastica ove si consideri che, dovendo i soci partecipare alla società di progetto la garanzia è in *re ipsa*. Tuttavia potrebbe avere un senso proprio in relazione all'entità della partecipazione, la cui mutevolezza è pure un effetto tipico del modello societario, imponendo una forma di garanzia anche nel caso in cui la partecipazione sia minima, per evitare che attraverso la riduzione della stessa ad una quota simbolica, si offra una strada per una sostanziale elusione dello scopo della disposizione.

La limitazione vale in primo luogo per i concessionari-costruttori. L'art. 98 del

²⁹⁴ Cfr. BALDI – DE MARZO, *cit.*, 382.

²⁹⁵ M. ZOPPOLATO, in *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, *cit.*, 1021.

D.P.R. n. 554 del 1998, prevede che i requisiti dei concessionari che intendono eseguire i lavori con la propria organizzazione d'impresa sono equiparati a quelli previsti per gli appaltatori dagli artt. 8 e 9 della legge, nei limiti dell'esecuzione diretta, dovendosi cioè far riferimento alla quota dei lavori non affidata all'esterno.

In caso di esecuzione in proprio, risulta quindi integralmente applicabile il D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, recante il regolamento in materia di qualificazione degli esecutori di lavori, che disciplina il nuovo sistema di qualificazione previsto dall'art. 8 della legge, tenendo conto, ai fini della determinazione dell'importo dei lavori, che si deve detrarre la quota, peraltro non più obbligatoria nel nuovo regime, che si intenda eventualmente appaltare all'esterno.

Vale ancora per i concessionari-gestori, o comunque per i concessionari che pur essendo imprese di costruzioni, non intendono eseguire direttamente i lavori oggetto della concessione, che devono invece essere in possesso esclusivamente dei requisiti attinenti la capacità economico-finanziaria e tecnica (art. 98 comma 3), cioè di quelli di cui all'art. 98 comma 1 lett. a), b), c) e d), con esclusione dei requisiti di qualificazione dei costruttori di cui agli artt. 8 e 9 della legge.

Poiché è difficile che le imprese di costruzione siano in possesso dei requisiti relativi alla gestione di servizi affini, per evitare di precluderne di fatto la possibilità di partecipazione alle gare, la norma consente (comma 2), la partecipazione anche in assenza dei requisiti relativi alla gestione di servizi affini, purché in possesso dei requisiti relativi alla capacità finanziaria di cui alle lettere a) e b), riferiti al fatturato medio ed al capitale sociale con un incremento fissato nel bando di gara, in misura non inferiore al doppio e non superiore al triplo dell'ammontare previsto dalla norma. Pertanto, tenuto anche conto dell'incremento di cui all'art. 98 comma 2, la partecipazione di enti creditizi e assicurativi, che ai sensi dell'art. 37-*bis* ultimo comma, possono presentare proposte in associazione con i soggetti di cui agli artt. 10 e 17, comma 1, lett. f), ancorché privi dei requisiti relativi alla gestione, può essere determinante in relazione ai requisiti economico-finanziari per la qualificazione della compagine che costituisce il soggetto concessionario.

Il riferimento alla data di emissione del certificato di collaudo quale limite temporale della garanzia di buon adempimento, potrebbe far ritenere che la limitazione valga esclusivamente per i concessionari-costruttori.

L'esigenza di conservazione nella compagine societaria dei soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 98 del D.P.R. n. 554 del 1999 che hanno consentito l'affidamento della concessione, vale però anche per le banche e gli altri investitori istituzionali, che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione.

Infatti in base all'ultima parte della disposizione, solo nel caso in cui la partecipazione di questi soggetti non abbia avuto tale peso determinante, il loro ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle relative partecipazioni, possono avvenire in qualsiasi momento.

E' pertanto evidente che il termine qualificazione va inteso come riferito non ai requisiti del costruttore ma a quelli generali del concessionario.

Quindi il limite temporale dell'emissione del certificato di collaudo non attiene all'aspetto soggettivo, concessionario-costruttore contrapposto al concessionario-gestore, ciò che peraltro sarebbe in contrasto con il carattere unitario del concessionario, ma a quello funzionale.

Poiché la gestione, oltre che un obbligo del concessionario è anche un diritto in quanto rappresenta, in tutto o in parte, il corrispettivo dell'esecuzione, il collaudo dell'opera segnando il passaggio dalla fase dell'esecuzione a quella della gestione, determina anche il trasferimento del rischio economico dell'operazione, in caso di concorrente finanziamento pubblico, dall'amministrazione al concessionario, che attraverso la corretta gestione recupera i costi anticipati per la costruzione, per cui la garanzia in ordine all'idoneità dei soggetti che in concreto assumeranno la gestione è interna al sistema.

In sostanza dal nuovo quadro normativo emerge che l'interesse perseguito dal legislatore è quello della realizzazione dell'opera.

Da ciò deriva la necessità di mantenere le garanzie fino al collaudo e l'obbligo conseguente di mantenere nella compagine sociale i soggetti che hanno determinato la qualificazione, i quali sono tenuti "*a garantire, nei limiti di cui sopra*, (vale a dire nei limiti del contributo percepito), *il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo*".

Pertanto, nel caso in cui il concessionario sia in possesso dei requisiti del costruttore ed abbia previsto la realizzazione in proprio, in tutto o in parte, dei lavori, i soggetti in possesso di tali requisiti sono tenuti a partecipare alla società quanto meno sino al collaudo.

Parimenti sia i soggetti gestori del servizio se in possesso dei requisiti di cui all'art. 98, comma 1, lett. c) e d), sia i soggetti finanziatori (banche ed altri investitori istituzionali) se in possesso dei requisiti di cui all'art. 98, comma 2, di carattere determinante ai fini della qualificazione, sono vincolati alla partecipazione alla società di progetto sino all'emissione del certificato di collaudo.

Il riferimento alla possibilità di ingresso nel capitale sociale e di smobilizzo delle partecipazioni da parte delle banche e degli investitori istituzionali in qualsiasi momento, costituisce una specificazione della regola che rimette al contratto di concessione di stabilire le modalità per la cessione delle quote, nel senso che, nel dettare tali modalità, deve essere comunque assicurata la libera circolazione delle quote in ogni fase del rapporto con riguardo a tali soggetti, fatte salve le ipotesi in cui abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione.

4. L'affidamento dei lavori ai soci.

Il comma 1-*bis* dell'art. 37-*quinquies* introdotto dall'art. 6 della legge 144 del 1999 subordina la possibilità da parte della società di progetto di affidare direttamente ai propri soci i lavori da eseguire e i servizi da prestare al possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari.

La disposizione introdotta dall'art. 4 della legge 144 del 1999, risolveva il difettoso coordinamento tra la disciplina della società di progetto e il previgente art. 37-*quater* comma 6, ora abrogato dalla legge n. 166 del 2002 che rinviava all'art. 2, comma 4 (previgente) pur riducendo la percentuale dei lavori da appaltare obbligatoriamente a terzi al 30 per cento.

Il concessionario, e quindi la società di progetto, prima dell'entrata in vigore del comma 1-*bis* dell'art. 37-*quinquies*, poteva, in virtù di tale richiamo eseguire i lavori e gestire i servizi in proprio o avvalendosi della propria organizzazione d'impresa,

comprendente le società dallo stesso controllate a norma dell'art 2359 del codice civile.

In sostanza la società di progetto poteva effettuare affidamenti diretti soltanto alle società dalla stessa controllate, mentre, in virtù dell'equiparazione operata dal comma 4 dell'art. 2 previgente delle imprese collegate ai soggetti terzi, le società collegate potevano rendersi affidatarie dei lavori, nella ridotta percentuale stabilita dal comma 6 dell'art. 37-*quater*, solo partecipando alle gare, in cui la società di progetto assumeva qualità di ente aggiudicatore, a norma dell'art. 2, comma 6, lett. d)²⁹⁶.

Tuttavia i soci della società di progetto, a seconda dei casi, si configurano quali società controllanti la società di progetto o società collegate, ma non quali società controllate dalla stessa, essendo la società di progetto costituita *ex novo* dopo l'aggiudicazione. Da tale sistema scaturiva l'impossibilità pratica di affidamenti diretti della società di progetto ai propri soci, per cui legislatore è intervenuto introducendo il comma 1-*bis* nell'art. 37-*quinquies*, sancendo in tal modo la possibilità di affidamento diretto sia dei lavori che dei servizi da parte della società di progetto ai propri soci.

Peraltro con la nuova formulazione dell'art. 2 comma 3 conseguente alle modifiche introdotte dalla legge n. 166 del 2002, si estende il regime di liberalizzazione degli affidamenti diretti da parte del concessionario con la piena assimilazione a quello comunitario.

Sono infatti equiparati ai lavori in proprio quelli eseguiti tramite imprese collegate o controllate, per la cui nozione vale la definizione di cui alla direttiva 93/37/CEE

Poiché le imprese che fanno parte della società di progetto possono non coincidere con la nozione di impresa collegata di cui alla direttiva²⁹⁷, la disposizione mantiene valore anche in seguito all'abrogazione del comma 6 dell'art 37-*quater* che imponeva l'affidamento a terzi, nella percentuale ridotta del 30 per cento dei lavori oggetto della concessione.

La possibilità di affidamento diretto deve intendersi estesa non solo ai soci esecutori che hanno partecipato alla procedura di gara, ma anche a quelli che siano entrati a far parte della compagine sociale dopo l'aggiudicazione, in quanto l'unico requisito, richiesto dalla norma è che i soci siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari²⁹⁸.

²⁹⁶ Sul problema degli affidamenti infragruppo cfr. Cap. VI, par. 9.1..

²⁹⁷ La disposizione comunitaria infatti non contempla le ipotesi di mera partecipazione al capitale, in quanto intende per impresa collegata qualsiasi impresa su cui il concessionario può esercitare direttamente o indirettamente un'influenza dominante o qualsiasi impresa che può esercitare un'influenza dominante sul concessionario oppure qualsiasi impresa che è sotto l'influenza dominante di un'altra impresa unitamente al concessionario, legando la nozione di influenza dominante alla proprietà, alla partecipazione finanziaria o alle norme che disciplinano l'impresa stessa. L'influenza dominante è presunta quando un'impresa direttamente indirettamente, nei confronti di un'altra impresa:

- detiene la maggioranza del capitale sottoscritto dell'impresa, o
- dispone della maggioranza dei voti connessi alle partecipazioni al capitale dell'impresa, o
- può designare più della metà dei membri dell'organo di amministrazione, direzione o di vigilanza dell'impresa.

²⁹⁸ *Contra*, M. ZOPPOLATO, in, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-quater)*, cit., 1019, sulla base di una interpretazione sistematica fondata sulla circostanza che a differenza delle imprese che hanno partecipato alla gara e di quelle non socie, che per ottenere l'affidamento devono passare attraverso le modalità procedurali di cui all'art. 2 comma 3, i nuovi soci otterrebbero la possibilità di

Si tratta in sostanza dei requisiti ordinari per la stipulazione degli appalti con la pubblica amministrazione, e richiesti ai partecipanti alle gare indette dal concessionario ai fini dell'affidamento a terzi, per cui per gli appalti di lavori dovrà farsi riferimento al D.P.R. n. 34 del 2000 che detta i requisiti tecnico-economici e i requisiti generali per la partecipazione alle procedure di gara e per gli appalti di servizi ai requisiti previsti dal D.Lgs. n. 157 del 1995, limitatamente agli appalti di rilevanza comunitaria, integrati con i requisiti stabiliti dall'art. 98 del Regolamento in relazione allo specifico intervento.

La verifica in ordine al possesso dei predetti requisiti deve intendersi riservata alla società di progetto in quanto concessionario, non essendovi un rapporto diretto tra i singoli soci e l'amministrazione concedente²⁹⁹.

5. Le obbligazioni

Il ricorso ai titoli obbligazionari per il finanziamento di opere pubbliche, non è una novità della legge n. 109, in quanto, soprattutto per la realizzazione di grandi infrastrutture, reti autostradali, aeroporti etc., era prevista per le società per azioni, a prevalente capitale pubblico, concessionari per la costruzione e l'esercizio, la possibilità di emettere prestiti obbligazionari, garantiti dallo Stato³⁰⁰.

A tale struttura risponde la facoltà di emissione di prestiti obbligazionari in favore degli Enti Locali, prevista dall'art. 32 della legge n. 142 del 1990 e confermata dall'art. 205 del t.u. n. 267 del 2000, che rappresenta una ulteriore modalità di finanziamento e di ripartizione del rischio nella realizzazione di un intervento di project financing, c.d. BOC, in quanto di solito il relativo rendimento viene legato ai risultati della gestione.

L'emissione delle obbligazioni in base all'art. 35 della legge 23 dicembre 1994 n. 724, è consentita, previo benestare della Banca d'Italia, a Province, Comuni, unioni di Comuni, città metropolitane, comunità montane, consorzi tra enti locali territoriali e Regioni, che non si trovino in situazione di dissesto o ad esse equiparate,

eseguire lavori al di fuori di qualsiasi adempimento a tutela della concorrenza, senza alcuna ragione di interesse pubblico o di coerenza con gli istituti. Tuttavia l'ingresso di nuovi soci determina una situazione assimilabile alle ipotesi di cui agli artt. 35 e 36 della legge, in cui pure in relazione a vicende societarie o altrimenti all'azienda si assiste all'esecuzione dei lavori da parte di soggetti non precedentemente selezionati.

²⁹⁹ In relazione alla norma dell'art. 2345 c.c., che prevede la possibilità per l'atto costitutivo di stabilire l'obbligo dei soci di eseguire prestazioni accessorie non consistenti in denaro, determinandone il contenuto, la durata, le modalità ed il compenso e stabilendo particolari sanzioni in tema di inadempimento, G. MANGIALARDI, *cit.* 240, osserva che poiché l'art. 37-*quinquies*, comma 1-*bis* consente di affidare ai soci "i lavori da eseguire i servizi da prestare", le relative attività comprendono non solo le prestazioni accessorie, ma anche tutte quelle rientranti nell'oggetto sociale, per cui deve ritenersi che l'art. 37-*quinquies*, comma 1-*bis* ha introdotto una deroga all'art. 2345 c.c., consentendo la possibilità alla società di affidare ai propri soci lavori e servizi senza prevedere limiti qualitativi e quantitativi, con la conseguenza che la società di progetto potrebbe emettere azioni nominative cui è connesso l'obbligo di eseguire ogni tipo di prestazione funzionale all'adempimento dei lavori e dei servizi, subordinando la trasferibilità delle azioni alla sussistenza in capo al cessionario dei requisiti previsti per la prestazione da eseguire.

³⁰⁰ Tale possibilità era stabilita, anche in deroga all'art. 2410 c.c., da una serie di disposizioni in materia di legislazione autostradale (art. 3 della legge 24 luglio 1961, n. 729, art. 9 della legge 28 aprile 1971, n. 187), aeroportuale (art. 12 della legge 10 novembre 1973, n. 755) e dall'art. 2 della legge 17 dicembre 1971 n. 1158, sulla realizzazione di un collegamento stabile viario e ferroviario e di altri servizi pubblici fra la Sicilia ed il continente.

limitatamente al finanziamento degli investimenti, con esclusione delle spese di parte corrente. Il richiamo della norma all'art. 46 del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, sull'autofinanziamento delle opere pubbliche, abrogato in seguito all'entrata in vigore del t.u. n. 267 del 2000 ma i cui contenuti sono stati ripresi in gran parte dall'art. 201 del t.u., in base alla specificazione operata dal regolamento di attuazione, adottato con D.M. 5 luglio 1996, n. 420, implica la necessità che nei casi in cui il prestito sia finalizzato alla realizzazione di opere pubbliche destinate all'esercizio di servizi pubblici a rilevanza imprenditoriale, l'emissione delle obbligazioni sia subordinata alla preventiva approvazione del piano economico-finanziario diretto ad accertarne l'equilibrio economico-finanziario ai fini della connessa gestione, anche in relazione agli introiti previsti ed al fine della determinazione delle tariffe.

In base all'art. 35 comma 5 legge n. 724, le obbligazioni potranno essere convertibili o con *warrant* in azioni di società possedute dagli enti locali, le cui modalità di conversione e di esercizio del *warrant* saranno specificate nella delibera di emissione, che dovrà altresì indicare l'investimento da realizzare, l'ammontare nominale del prestito, il prezzo di emissione alla pari, la data entro cui l'ente intenda procedere all'emissione, la data di godimento, la durata, la data e le modalità di rimborso, le caratteristiche delle cedole e la natura del tasso, fisso o variabile, degli interessi da corrispondere ai sottoscrittori del prestito (art. 1, comma 5, D.M. 5 luglio 1996).

A garanzia dei sottoscrittori, nel caso in cui il prestito sia finalizzato alla realizzazione di opere pubbliche, quale ulteriore condizione per l'emissione è previsto dal regolamento che l'ammontare del prestito obbligazionario non possa superare l'importo del progetto esecutivo a cui fa riferimento.

Altra metodologia, che trova il suo precedente nella legge n. 36 del 1994 in materia di risorse idriche è la possibilità di convertire l'obbligazione in diritto reale, utilizzabile per opere le cui caratteristiche consentono la fruizione diretta da parte del privato (ad esempio posti macchina, posti barca, aree di vendita all'interno di un mercato) consentendo al sottoscrittore, all'atto della scadenza del titolo, un'opzione per il trasferimento in proprietà del bene o comunque per la costituzione di un diritto reale in luogo della restituzione del capitale e di interessi.

La peculiarità della struttura della società di progetto è ispirata anche all'intento di garantire finanziamenti ulteriori con il ricorso al mercato dei risparmiatori-utilizzatori, consentendo con la previsione di cui all'art. 37-*sexies*, alle "società costituite al fine di realizzare e gestire una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità" di emettere, previa autorizzazione degli organi di vigilanza, obbligazioni, nominative o al portatore, anche in deroga ai limiti di cui all'art. 2410 c.c., purché garantite pro-quota mediante ipoteca.

I soggetti che possono avvalersi di tale facoltà si identificano con le società di progetto in senso proprio, quindi con esclusione dei promotori non costituiti in società di progetto. Tuttavia, come osservato³⁰¹, l'ambito di applicazione della norma risulta esteso alle società costituite al fine di realizzare e gestire una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, a prescindere dalle modalità

³⁰¹ M. PROTTO, *cit.*, 784.

dell'affidamento, per cui contempla le società miste costituite per la gestione dei servizi pubblici locali e la realizzazione delle opere strumentali, risultando superato anche il limite temporale della previsione nel bando di gara per l'affidamento della concessione di cui il precedente art. 37-*quinquies*.

Il primo problema interpretativo concerne la portata della deroga ai limiti di cui all'art. 2410 c.c. in relazione alla forma della società.

Le società di progetto possono, infatti, essere costituite anche in forma di società a responsabilità limitata, per cui la deroga potrebbe essere intesa nel senso di consentire l'emissione di obbligazioni anche alle società costituite in tale forma³⁰². Tuttavia si tratterebbe di una deroga non all'art. 2410, ma al sistema del codice civile al quale è estranea la possibilità di emettere obbligazioni da parte delle società a responsabilità limitata ed in particolare all'art. 2486, comma 3, che non consente alle società a responsabilità limitata l'emissione di obbligazioni.

Seguendo un'interpretazione finalistica la possibilità delle società di progetto di emettere obbligazioni risponde alle caratteristiche del project financing, incentrate sul finanziamento al progetto al quale corrisponde la sottocapitalizzazione del soggetto, che in ragione della riconosciuta capacità dell'intervento di assicurare il recupero del finanziamento, deve potersi rivolgere al mercato finanziario per ottenere la necessaria provvista di capitale, senza le limitazioni conseguenti all'impossibilità di emettere obbligazioni³⁰³.

La *ratio* del divieto per le società a responsabilità limitata di emettere obbligazioni, è stata individuata³⁰⁴ nella tutela degli interessi generali dei risparmiatori, sulla base di una valutazione operata dal legislatore circa l'incompatibilità con la possibilità di creazione e collocazione di quei particolari titoli di credito, con la struttura della società, non limitata al solo minore ammontare del capitale sociale, ma al complesso delle caratteristiche, ravvisate anche nel collegamento più stretto con le persone dei soci e nella soggezione a forme di pubblicità e controllo meno penetranti.

La portata del divieto, in considerazione delle esigenze pubblicistiche che è diretta a tutelare, esclude che una deroga di tale portata, e per giunta implicita, al codice civile, possa ravvisarsi nella disposizione dell'art. 37-*sexies*.

³⁰² In tal senso S. AMOROSINO – R. SCIUTO, *cit.*, 73 sul presupposto che l'amministrazione può imporre un capitale minimo in grado di garantire gli obbligazionisti e ravvisando la *ratio* della deroga "nella particolare configurazione della società di progetto in quanto in essa l'equilibrio non è tanto tra capitale di rischio e capitale di debito, quanto tra l'investimento e la remunerazione attesa dalla gestione economica".

³⁰³ Così G. MANGIALARDI, *cit.*, 243, il quale sottolinea che "la conferma del divieto per le società di progetto costituite in forma di S.r.l., si tradurrebbe nella sostanziale disapplicazione dell'art. 37-*quinquies*, nella parte in cui prevede che le società possono essere costituite nella forma in esame". G. DE MARZO, *Finanza di progetto e "Merloni-ter"*, *cit.*, 128, rileva che se il legislatore avesse inteso consentire la sola deroga ai limiti di cui all'art. 2410 c.c., non avrebbe avuto bisogno di specificare che le società in esame possono emettere obbligazioni, "anche" in deroga a quei limiti, ravvisando nella disposizione una deroga implicita, ma non per questo equivoca che traspare dall'indifferenziato riferimento alle società costituite al fine di realizzare e gestire una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità. Su questa linea F. CARINGELLA in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, *cit.*, 1294, che ravvisa proprio nella facoltà dell'amministrazione concedente di stabilire nel bando di gara la misura del capitale sociale minimo, e quindi proporzionato all'importanza dell'iniziativa, oltre che nella necessità della preventiva autorizzazione per l'emissione delle obbligazioni, argomenti favorevoli ad un'interpretazione della norma nel senso di consentire anche alle società a responsabilità limitata la possibilità di emettere obbligazioni.

³⁰⁴ Cass. 14 febbraio 1995, n. 1574, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1660 e ss.

Nella disciplina dell'attività di raccolta del risparmio il legislatore quando ha ritenuto ammissibile la deroga ai principi codicistici, è intervenuto con disposizioni specifiche, come nel caso dell'art. 12 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, che prevede la possibilità per le banche "in qualunque forma costituite" di emettere obbligazioni. In tal caso peraltro l'emissione delle obbligazioni non convertibili o convertibili in titoli di altre società è disciplinata dalla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, ed inoltre la deroga si inserisce nell'ambito dei penetranti controlli previsti per l'attività bancaria in generale, che assicurano la salvaguardia dell'interesse pubblico alla tutela del risparmio, cui non possono essere assimilate le previsioni stabilite dall'art. 37-*sexies* comma 2, che si limitano all'avvertimento dell'elevato grado di rischio del debito da inserire nei titoli e nella relativa documentazione di offerta, secondo modalità stabilite con decreto del Ministro delle Finanze, di concerto con il Ministro dei Lavori Pubblici.

D'altra parte, la scelta in ordine alla forma societaria è rimessa all'aggiudicatario, salva l'incidenza sulla forma della società delle determinazioni dell'amministrazione, ai sensi del precedente art. 37-*quinquies*, circa l'ammontare minimo del capitale sociale. Tale possibilità dell'amministrazione di imporre un capitale minimo, quale ulteriore garanzia per gli obbligazionisti, vale peraltro solo per le società di progetto costituite ai sensi dell'art. 37-*quinquies*, ma l'ambito di applicazione dell'art. 37-*sexies*, come sopra precisato, è più ampio, estendendosi alle società costituite al fine di realizzare e gestire una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità.

Pertanto, se l'aggiudicatario intende avvalersi della possibilità di emettere obbligazioni dovrà, nei casi in cui il bando - che indica l'ammontare minimo del capitale sociale - consenta l'alternativa, optare per la costituzione di una società di progetto in forma di società per azioni in coerenza con il sistema codicistico³⁰⁵.

L'art. 2410 al comma 1 impone, per esigenze di tutela dei creditori, la corrispondenza tra l'ammontare delle obbligazioni e il capitale versato ed esistente.

La stessa norma, al n. 1 del comma 1, consente la possibilità di emettere obbligazioni per un ammontare che supera il capitale sociale, purché tale eccedenza non superi i 2/3 del valore degli immobili ipotecati, oppure, secondo l'interpretazione dominante, consente di emettere obbligazioni che possono anche superare il capitale esistente, purché l'intero ammontare delle obbligazioni non superi i 2/3 del valore degli immobili ipotecati.

In base all'interpretazione prevalente infatti il superamento del limite del capitale di cui all'art. 2410, comma 1, previsto dall'art. 2410, comma 1, n. 1, c.c., riferisce l'ammontare della garanzia a quello delle obbligazioni emesse e non all'eccedenza dell'importo delle obbligazioni rispetto al capitale sociale (cui si riferisce, invece, l'art. 2410, comma 1, n. 2, c.c.)³⁰⁶.

³⁰⁵ In tal senso A.M. GIAMPAOLINO, in AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni-ter"*, cit., 624.

³⁰⁶ Per la prima interpretazione v. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2, *Le società*, Torino, 1999, 460; per la seconda, G. FERRI, *Le società*, Torino, 1987, 505 e in giurisprudenza Trib. Milano, 5 maggio 1997, in *Vita not.* 1998, 329, nonché App. Milano, 27 giugno 1997 e Trib. Milano, 24 aprile 1997, in *Giur. it.* 1998, 95 con nota di Sarale, che hanno rifiutato l'omologazione ad una delibera di emissione di prestito obbligazionario per un ammontare superiore al capitale sociale, in quanto la garanzia ipotecaria sui beni della società era prestata a favore della sola eccedenza e non dell'intero

La corrispondenza tra l'ammontare delle obbligazioni e il capitale può essere superata, per le società di progetto, subordinatamente all'autorizzazione degli organi di vigilanza, con l'emissione di obbligazioni, nominative o al portatore, garantite pro-quota mediante ipoteca.

L'art. 37-*sexies* consente in sostanza di costituire garanzia ipotecaria per coprire quella parte dell'ammontare delle obbligazioni che supera il capitale, dovendosi in tal senso intendere il riferimento alla garanzia pro-quota³⁰⁷.

La deroga è tale, rispetto al limite codicistico, nella parte in cui impone che l'intero ammontare delle obbligazioni non superi i 2/3 del valore degli immobili ipotecati, mentre la disposizione dell'art. 37-*sexies* consente l'emissione di obbligazioni in eccedenza rispetto al capitale, purché il valore di tale eccedenza sia pari al valore degli immobili ipotecati, garantendo in tal modo tale eccedenza, e solo questa.

La disposizione è finalizzata a favorire il ricorso al *project financing*, offrendo una possibilità di finanziamento ulteriore rispetto al ricorso al credito bancario per le società di progetto.

La norma non appare chiara per quanto attiene ai soggetti che possono fornire la garanzia ipotecaria necessaria per rendere la deroga operante, in quanto non specifica se gli immobili debbano essere di proprietà della società di progetto, ciò che renderebbe assai ridotte le possibilità di applicazione della norma, oppure se possono anche essere di proprietà di terzi, ivi compresi i soci.

Tuttavia il silenzio del legislatore, confrontato con l'espressa previsione dell'art. 2410 che specifica che gli immobili devono essere "di proprietà sociale", induce a propendere per la seconda interpretazione.

D'altra parte la deroga "ai limiti" di cui all'art. 2410 non potrebbe essere intesa solo con riferimento al dato quantitativo dei 2/3, ma anche alla proprietà degli immobili³⁰⁸.

Né potrebbe ritenersi possibile la costituzione della garanzia sulle opere da realizzare, in contrasto con il carattere pubblico delle stesse e con le finalità di tutela del credito che pure ispirano la disposizione.

La norma infine non specifica l'organo competente ad emettere l'autorizzazione né la

importo del prestito. V. pure App. Milano, 27 giugno 1997, in *Società*, 1998, 52 (con nota di Bernabai), che collega la portata della deroga al limite del capitale prevista dall'art. 2410, comma 1, n. 1, alla considerazione che "gli immobili di proprietà societaria, ..., sono normalmente parte del capitale nei limiti della quota del loro valore iscrivibile in bilancio e quindi, se l'intero valore (nella misura di due terzi) fosse portato a garanzia della sola eccedenza di obbligazioni rispetto all'entità del capitale, non rimarrebbe più l'intero capitale versato ed esistente a garantire le altre obbligazioni, ma la sola parte di quel capitale non costituita dagli immobili della società".

³⁰⁷ Il termine pro quota andrebbe quindi ad indicare "una quota della somma complessivamente garantita" cioè una parte dell'emissione, quella eccedente il capitale versato ed esistente per cui "la deroga al dettato codicistico risiede appunto nella possibilità di garanzia non per i due terzi ovvero fino a due terzi, ma alla pari tra il valore delle obbligazioni esuberante rispetto al capitale e il valore degli immobili ipotecati", così A.M. GIAMPAOLINO, in AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni-ter"*, cit., 625. Secondo altra interpretazione (F. CARINGELLA in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit., 1298) il termine pro quota indicherebbe invece che la garanzia ipotecaria "deve coprire l'intero importo del prestito obbligazionario e non solo l'eccedenza dell'importo delle obbligazioni rispetto al capitale sociale".

³⁰⁸ Cfr. F. CARINGELLA, *op. ult. cit.*, 1298, il quale sottolinea che la norma consente anche la costituzione di ipoteca su beni mobili registrati, nonché la possibilità di garantire il prestito obbligazionario per mezzo di un trust.

funzione della stessa, se cioè essa sia finalizzata alla tutela della stabilità dei mercati, oppure se le relative valutazioni si estendono all'idoneità dello strumento ed alla sua efficacia in relazione all'interesse pubblico specifico connesso alla realizzazione dell'opera. In tal caso vi sarebbe una competenza concorrente dell'amministrazione dei lavori pubblici, in termini analoghi a quanto previsto dal comma 2 in relazione al decreto che dovrà stabilire le modalità di segnalazione dell'elevato grado di rischio del debito.

Il comma 2 dell'art. 37-*sexies*, introduce infatti una condizione ulteriore alla possibilità di emettere obbligazioni, che finirà per limitare il ricorso al finanziamento tramite obbligazioni.

La disposizione, che non è immediatamente operante in quanto le relative modalità applicative saranno stabilite con decreto del ministro delle Finanze di concerto con il ministro dei Lavori pubblici, prescrive di inserire nei titoli e nella documentazione di offerta, "un avvertimento dell'elevato grado di rischio del debito", che inevitabilmente si rifletterà sia sulle autorizzazioni da parte degli organi di vigilanza, sia sulla risposta del mercato.

Con la riforma del diritto societario viene estesa la possibilità del ricorso al finanziamento tramite emissione di obbligazioni.

Il nuovo testo dell'art. 2412 c.c. allarga i limiti di emissione, fino ad una somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio approvato.

Questo limite potrà essere superato "se le obbligazioni emesse in eccedenza sono destinate alla sottoscrizione da parte di investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali". Al superamento del limite si accompagna la responsabilità per l'eventuale insolvenza della società a carico di investitori professionali e nei confronti di soggetti che non sono investitori professionali, in caso di successiva circolazione delle obbligazioni.

Inoltre, il nuovo art. 2411 c.c. consente di ancorare il rendimento delle obbligazioni a risultati economici, prevedendo che i tempi e l'entità del pagamento degli interessi possano variare in dipendenza di parametri oggettivi, anche relativi all'andamento economico della società.

In tal modo si offre un'ulteriore modalità di finanziamento in quanto i finanziatori, pur non entrando a far parte della compagine sociale, assumono in parte il rischio d'impresa accettando un margine di aleatorietà limitato agli interessi, bilanciato dai maggiori rendimenti.

Si tratta di uno strumento che può avere una proficua utilizzazione nelle società di progetto, consentendo di ottenere un finanziamento il cui rendimento sia indicizzato ai risultati della gestione, prevedendo un piano di rimborso modulato sui flussi di reddito derivanti dalla gestione dell'opera.

Il comma 1 del nuovo art. 2411 c.c. consente inoltre di subordinare il diritto degli obbligazionisti alla restituzione del capitale e degli interessi, in tutto o in parte, alla soddisfazione dei diritti di altri creditori della società. In questo caso la partecipazione dei creditori al rischio d'impresa è più accentuata in quanto estende la aleatorietà alla garanzia del rimborso del capitale.

Il rischio della perdita del capitale è infatti insito nella subordinazione alla soddisfazione di altri crediti, che potrebbero quindi assorbire interamente le attività

della società. Tale facoltà riduce notevolmente la linea di confine tra titolo di partecipazione a titolo di debito, finendo col diventare uno strumento di agevolazione dei finanziamenti, in quanto favorisce i creditori - finanziatori dell'iniziativa - alla cui soddisfazione è subordinata la restituzione del capitale e degli interessi degli obbligazionisti.

6. La risoluzione.

L'art. 37-*septies*, pur essendo specificamente diretto a regolare le conseguenze patrimoniali dello scioglimento del rapporto concessorio, assume una portata che va al di là del suo contenuto, in quanto è una delle norme caratterizzanti l'istituto.

Il mantenimento dell'istituto della revoca per pubblico interesse, tipico potere autoritativo che presuppone la costruzione dell'istituto sulla base del tradizionale schema della convenzione accessiva al provvedimento e che è, quindi, condizionata dal permanere in vita di quest'ultimo, appare in contrasto con la qualificazione contrattuale della concessione operata dall'art. 19, commi 1 e 2, come modificato dall'art. 3, della legge n. 415 del 1998, che innova sul punto la precedente formulazione della norma in cui mancava un'esplicita definizione in tal senso³⁰⁹.

E' stato già sottolineato³¹⁰ che tuttavia, ad un più approfondito e sistematico esame, sembra che il legislatore abbia inteso il potere di revoca, pur tenendo ferma la necessaria sussistenza delle ragioni di pubblico interesse, in termini privatistici, assimilabili al potere di recesso unilaterale previsto e regolato dall'art. 345 legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F.

L'aspetto di maggior rilievo della norma, è dato dalla rottura rispetto al sistema della responsabilità per inadempimento, insito nell'equiparazione dell'ipotesi di risoluzione per inadempimento a quella della revoca per pubblico interesse, ponendo sullo stesso piano il risarcimento del danno e l'indennità.

L'indennità si ravvisa in tutte le ipotesi in cui un soggetto è tenuto ad una prestazione in danaro in considerazione del sacrificio, consentito dall'ordinamento, dell'altrui interesse conseguente all'esercizio di un potere o comunque ad un atto lecito. A differenza del risarcimento l'indennizzo ha una funzione equilibratrice che tende al conseguimento di una forma di ristoro, non alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato nel suo valore pecuniario nello stato precedente al fatto dannoso.

Tale tradizionale distinzione viene superata dalla disposizione in esame che se da un lato disciplina espressamente le conseguenze patrimoniali della revoca per pubblico interesse, sancendo per la prima volta il diritto all'indennizzo³¹¹, dall'altro predetermina i limiti del risarcimento conseguente all'inadempimento equiparandoli

³⁰⁹ Cfr. S. AMOROSINO - R. SCIUTO, *cit.* 67: "La esplicita contrattualizzazione (oltre a risvolti di teoria generale) ha una rilevanza indiretta per il tema in esame in quanto pone l'intero operazione di p.f. sul terreno della disciplina dei rapporti negoziali bilaterali (con l'amministrazione) e multilaterale (tra le varie figure di attori privati)".

³¹⁰ V. Baldi M., Cap. VI par. 11.

³¹¹ In tema di concessioni di acque pubbliche anche di recente la giurisprudenza ha affermato che l'esistenza di diritti soggettivi patrimoniali ricollegabili all'atto da revocare non preclude l'esercizio della facoltà di revoca né impone di affrontare contestualmente il problema dell'eventuale indennizzabilità del pregiudizio derivante dal provvedimento, escludendo che l'onere e l'entità di tale pregiudizio possa interferire nella valutazione del preminente interesse pubblico, sottostante alla potestà di revoca (Cass. 15 luglio 1999 n. 400, in *Guida al diritto*, n. 45, 1999, 65).

all'indennità, in deroga, quanto ai criteri di quantificazione del danno, al sistema degli artt. 1218 e ss. del c.c.

Nel primo elemento (comma 1, lett. a) di determinazione dell'ammontare rimborsabile, si introduce una distinzione a seconda che lo scioglimento del rapporto intervenga prima o dopo il collaudo. In quest'ultimo caso il rimborso comprende il valore delle opere realizzate oltre gli oneri accessori, dovendosi intendere per tali gli oneri finanziari conseguenti al ricorso al credito, con la detrazione delle quote di ammortamento già maturate.

Non è chiaro il criterio per la determinazione del valore delle opere già realizzate, che è nozione distinta rispetto a quella del costo dell'opera, che invece viene rimborsato nel caso in cui l'estinzione del rapporto sia anteriore all'approvazione del collaudo. Sembrerebbe che il legislatore abbia voluto tener conto del valore di mercato delle opere, in considerazione del completamento delle stesse, valutazione che tuttavia appare difficoltosa considerato che si tratta di opera pubblica, e che in realtà il valore non è dato dall'immobile in sé ma dalla redditività dello stesso in rapporto alle funzioni connesse alla fase di gestione.

Il secondo elemento (lett. b) comprende le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione. La collocazione delle penali accanto ai costi implica ovviamente l'esclusione delle penali applicate dal concedente al concessionario nel corso del rapporto, ove sia prevista l'ipotesi di penali in conseguenza del mancato avanzamento dei lavori e/o dell'erogazione del servizio al di sotto degli *standards* qualitativi e quantitativi previsti. La norma, quindi si riferisce alle penali in quanto voci di danno emergente subito dal concessionario in conseguenza dello scioglimento del rapporto (tipico il caso delle penali applicate dai fornitori al concessionario).

Il testo della lett. b) si riferisce unicamente alla risoluzione; tuttavia interpretando la disposizione in combinato disposto con il comma 3, che subordina l'efficacia della revoca alla condizione del pagamento di tutte le somme previste dai commi precedenti, deve ritenersi che il rimborso di costi spetti anche in tale ipotesi.

Per il risarcimento del danno da mancato guadagno l'art. 37-*septies* lett. c) prevede un indennizzo pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire, valutata sulla base del piano economico-finanziario.

Il primo rilievo attiene all'incongruità della modulazione del guadagno sul valore delle opere da eseguire, che appare in contrasto con la funzione dell'istituto.

La norma appare ispirata all'art. 345, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, che attribuisce all'amministrazione la facoltà di recesso dal contratto di appalto, in qualsiasi momento, predeterminando l'indennizzo spettante all'appaltatore nell'importo corrispondente al corrispettivo integrale dei lavori eseguiti, al valore dei materiali utili esistenti in cantiere, ed al decimo del prezzo delle opere non eseguite.

Tale ultima percentuale corrisponde all'utile d'impresa dell'appaltatore, come previsto dall'art. 20 del D.M. 29 maggio 1895, vigente all'epoca dell'entrata in vigore della legge n. 415 del 1998 e poi sostituito dall'art. 34 del D.P.R. n. 554 del 1999, nella parte in cui prevede che i prezzi comprendono un 10 per cento di utile per l'appaltatore ed una percentuale variabile dal 13 per cento al 15 per cento - a seconda della categoria e tipologia dei lavori - per spese generali, ossia per remunerare

l'appaltatore delle spese che esso deve sostenere, in proporzione al periodo di esecuzione dei lavori, per provvedere al personale d'azienda, ai locali d'ufficio e direzione, al pagamento di imposte ed accessori, etc.

Tali disposizioni concernenti l'ipotesi di indennizzo per la risoluzione del rapporto da parte della stazione appaltante, non si attagliano alle peculiarità del rapporto concessorio.

L'utile d'impresa del concessionario, infatti, dipende dai proventi della gestione e non s'identifica con l'utile di cui all'art. 34 del D.P.R. n. 554 cit., che è tipico del costruttore.

Il valore delle opere ancora da eseguire finisce, infatti, per coincidere con l'importo dei lavori da eseguire, considerato che l'unitarietà dell'opera e la funzionalità della stessa all'erogazione del servizio dal quale dipende la redditività, escludono la possibilità di una autonoma considerazione di una parte delle opere (quelle ancora da eseguire), ai fini della determinazione del valore.

In sostanza per evitare l'aggravarsi della disparità evidenziata in relazione all'inevitabile soggettività del concetto di "valore", il valore delle opere da eseguire andrebbe individuato in misura non inferiore al costo delle stesse desumibile dal progetto preliminare, o comunque dal piano economico-finanziario - che devono essere allegati alla proposta in base all'art. 37-bis, - considerato che ai sensi dell'art. 16, comma 3, il progetto preliminare contiene unicamente le indagini di prima approssimazione dei costi, funzionali alla valutazione della fattibilità amministrativa e tecnica dell'opera, mentre soltanto il progetto esecutivo, ai sensi del successivo comma 5 dell'art. 16, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare ed il relativo costo.

In ogni caso non potrebbe farsi riferimento al prezzo di cui all'art. 19, comma 2, che rappresenta uno dei criteri di aggiudicazione in base all'art. 21, perché la corresponsione del prezzo è eventuale, ed inoltre non copre l'intero costo dei lavori ma soltanto una parte generalmente non superiore al 50 per cento.

A ciò si aggiunge l'incongruità della distinzione tra la fase anteriore all'inizio della gestione, in cui il risarcimento si identifica appunto nel 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire e la fase successiva in cui invece, correttamente quanto al metodo ma non quanto all'entità, il risarcimento viene calcolato, nella stessa misura, sulla parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario. È evidente la disparità tra le due ipotesi che non trova nessuna giustificazione sull'elemento discriminante, che può identificarsi nell'ultimazione delle opere o nell'approvazione del collaudo, che segna il passaggio dalla fase di realizzazione delle opere a quella di gestione del servizio, a prescindere dalla considerazione che nell'ipotesi di esecuzione per stralci le fasi di realizzazione e di gestione possono sovrapporsi³¹².

³¹² M. ZOPPOLATO, *Il project financing*, in D. Tassan Mazzocco – C. Angeletti – M. Zoppolato, *cit.*, 596, sottolinea che nell'ipotesi in cui la revoca giunga a lavori pressoché conclusi al concessionario non spetterebbe praticamente nulla altro che la remunerazione dei costi sostenuti e quindi in sostanza nessun indennizzo per mancato guadagno mentre allorché intervenga successivamente al collaudo lo stesso avrebbe diritto al rimborso oltre che dei costi sostenuti anche di un risarcimento pari al 10 per cento degli introiti previsti dal piano economico-finanziario per tutto il rimanente periodo di gestione. Suggerisce l'autore per superare l'evidente disparità di interpretare "l'art. in questione come comunque comprensivo del risarcimento per la mancata gestione dell'opera,

Il valore della quota di servizio ancora da gestire, si determina con riferimento alle tariffe e quindi alla convenzione di cui all'art. 37-*bis* eventualmente modificata in seguito alle indicazioni dell'amministrazione oppure all'esito della gara, o ancora nel corso del rapporto in conseguenza delle variazioni disposte in applicazione dell'art. 19, comma 2-*bis*.

Come sottolineato in dottrina³¹³, non si comprende infine perché la previsione della lett. c) non sia richiamata dal precedente art. 19, comma 2-*bis*, che nel disciplinare l'ipotesi, sostanzialmente analoga, del recesso del concessionario dal rapporto in seguito all'inadempimento del concedente all'obbligo di operare la revisione delle condizioni, resa necessaria dal mutamento dei presupposti e delle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, richiama le lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 37-*septies*, ma non la lett. c).

Sia in relazione ai costi che, in particolare, all'indennizzo, emerge la problematica connessa all'equiparazione dell'ipotesi dell'inadempimento cioè di un comportamento antiggiuridico, a quella della revoca per motivi di pubblico interesse che attiene all'indennizzo conseguente ad un atto legittimo.

In ogni ipotesi di inadempimento della pubblica amministrazione vale, infatti, il principio generale che, in uno Stato di diritto, l'ente pubblico, al pari di ogni altro soggetto giuridico non può sottrarsi alle conseguenze che, sul piano contrattuale, l'inadempimento di una sua obbligazione determina ai privati. Pertanto, in ogni situazione di inadempimento ascrivibile all'amministrazione è applicabile la disciplina contrattuale comune.

Viene allora in rilievo l'art. 1223 c.c. che prevede, come oggetto di risarcimento la perdita subita dal creditore e il mancato guadagno in quanto siano "conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o del ritardo". La formula legislativa è tuttavia insufficiente ad esprimere l'ambito del danno risarcibile, tant'è che si ammette il risarcimento di danni anche se solo mediati e indiretti, allorché il fatto commissivo o omissivo, pur non producendo di per sé quelle determinate conseguenze pregiudizievoli, abbia tuttavia posto in essere uno stato di cose tali che, senza di esso, quel pregiudizio non si sarebbe prodotto³¹⁴.

La "perdita" di cui all'art. 1223 c.c. coincide con i costi sostenuti di cui all'art. 37-*septies*, per cui si pone il problema dell'entità dei costi risarcibili in "conseguenza della risoluzione", negli stessi termini di considerazione del nesso di causalità, che si traduce nell'accertare se l'evento lesivo da risarcire consegua o meno all'inosservanza del comportamento dovuto o della revoca.

in ogni caso nel quale, pur non essendo l'opera stessa ancora collaudata, i lavori siano talmente avanzati che il 10 per cento di quelli rimanenti non presenti effettivo valore risarcitorio del mancato guadagno. A tal fine, l'alternativa proposta dalla legge -10% dei lavori da effettuare ovvero del servizio da gestire - non dovrà essere connessa all'avvenuto o meno collaudo dell'opera, bensì allo stato di esecuzione dei lavori: nel senso che quanto più sarà la parte di opera realizzata momento della risoluzione, tanto più dovrebbe essere riconosciuto al concessionario a titolo di indennizzo (non già il 10 per cento dei lavori che ancora rimangono, bensì) il 10 per cento degli incassi previsti per la gestione del servizio".

³¹³ G. DE MARZO, *Finanza di progetto e "Merloni-ter"*, cit., 126.

³¹⁴ Cfr. Cass. 5 gennaio 1966, in *Mass. Foro it.*, 1966, n. 89, e in dottrina C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1973, 229.

Il criterio generalmente adottato dalla giurisprudenza per selezionare tra le varie condizioni del danno quelle costitutive di un rapporto causale, prescinde dal dettato letterale ed individua il significato della norma nell'espressione del principio dell'adeguatezza causale, che ravvisa la causa di un evento nel fatto normalmente adeguato a produrlo.

La teoria dell'adeguatezza causale si è tradotta nella c.d. regolarità causale, per cui sarebbero risarcibili i danni immediati e diretti ed, inoltre, i danni mediati e indiretti che rientrano tuttavia nella serie delle "conseguenze normali e ordinarie del fatto"³¹⁵. Nell'applicazione giurisprudenziale il criterio tende a confondersi con quello della prevedibilità, configurato invece dal legislatore (art. 1225 c.c.) come requisito autonomo. Per cui sarebbero risarcibili le conseguenze pregiudizievoli dell'inadempimento che di questo rappresentino effetti immediati e diretti o effetti mediati ed indiretti ma rientranti nella serie delle conseguenze normali ed ordinarie dell'inadempimento medesimo, in base ad un giudizio di probabile verificaione rapportata all'apprezzamento fondato sulla media diligenza³¹⁶.

Pur essendo i confini concettuali tra causalità e prevedibilità piuttosto incerti, in quanto entrambi concernono "conseguenze normali" dell'inadempimento, gli ambiti di riferimento temporali restano distinti, in quanto per la causalità deve aversi riguardo al tempo dell'inadempimento, mentre per la prevedibilità al tempo della stipula del contratto³¹⁷.

In sostanza l'intera materia è dominata dalla necessità, che acquista particolare rilevanza nel caso in esame, di conciliare due esigenze contrapposte.

Da una parte, infatti, si avverte la necessità di evitare una eccessiva estensione della serie delle conseguenze pregiudizievoli da addossare a carico dell'autore dell'inadempimento, dall'altra l'esigenza di tutelare il danneggiato mediante il ristoro integrale dei danni effettivamente subiti.

In concreto, pur senza giungere alla configurazione di un principio diverso da quello della regolarità causale, si comprendono tra i danni risarcibili anche le conseguenze dell'illecito che non rientrano nell'ordinario corso degli eventi³¹⁸.

La nozione di danno diretto esprime una relazione di causa ed effetto di carattere tipico, tra comportamento e pregiudizio, per cui il danno è diretto quando nel comune giudizio è riconosciuto come un effetto causato da un determinato comportamento positivo od omissivo.

La tipicità della relazione, d'altro canto, comprende una serie di figure che vanno al di là di quella che potrebbe essere l'evidenza, fondata sul senso comune, della relazione causa-effetto tra comportamento e pregiudizio, per assumere dei connotati che si modulano sulle peculiarità del rapporto obbligatorio.

Rileva pertanto, ai nostri fini, tra le varie figure tipiche in astratto ipotizzabili, il mancato soddisfacimento di un interesse conseguente all'inadempimento del rapporto che tale interesse doveva realizzare.

³¹⁵ Cass. 15 maggio 1966, in *Mass. Foro it.*, 1964, n. 1189; Cass. 9 aprile 1963 in *Giur. it.*, 1964, I, 490.

³¹⁶ Cass. 19 luglio 1982 n. 4236, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 424, con nota di Perfetti.

³¹⁷ Cfr. G. VALCAVI, *Sulla prevedibilità del danno da inadempimento colposa contrattuale*, in *Foro it.*, 1990, I, 1946.

³¹⁸ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile - la responsabilità*, Milano 1994, 351.

L'angolo visuale si sposta allora necessariamente sul contenuto dell'obbligazione, che individua l'interesse tutelato quale interesse all'esecuzione della prestazione.

L'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione non è soltanto quello relativo al mancato pagamento da parte del concedente dei corrispettivi in favore del concessionario, che del resto rappresenta un'ipotesi soltanto eventuale, ma anche e soprattutto quello connesso al dovere di cooperazione che incombe sul concedente, in virtù degli artt. 1206, 1175, 1366 e 1375 c.c.

Infatti il c.d. rischio amministrativo assume una incidenza non secondaria sul buon fine del progetto, che potrebbe essere pregiudicato nell'ipotesi in cui l'amministrazione nel corso dell'esecuzione o durante il periodo di gestione non ottemperi ai propri doveri svolgendo con diligente sollecitudine, l'attività di cooperazione necessaria all'adempimento, onde assicurare le condizioni per la regolare condotta dei lavori e della successiva gestione.

L'interesse del concessionario connesso al dovere di cooperazione del concedente, esula da quello tipico tutelato dalla disciplina della *mora credendi*, che si risolve nella liberazione dall'obbligazione e nel risarcimento dei danni, e trova la sua specifica rilevanza nella struttura del project financing.

La peculiarità del sistema del corrispettivo incide sulla sinallagmaticità del rapporto, radicando in capo al concessionario un vero e proprio diritto alla gestione cui corrisponde un complesso di obblighi, sostanzialmente di cooperazione, da parte del concedente.

Tramite la gestione dell'opera il concessionario, infatti, da un canto assolve un proprio obbligo nei confronti del concedente, e dall'altro soddisfa un proprio interesse in quanto la gestione gli consente sia di recuperare i costi (di realizzazione prima e di manutenzione poi) connessi all'opera, sia di realizzare il profitto d'impresa.

Anche prima dell'entrata in vigore della norma in commento, il venir meno della concessione, essendo vanificate le relative attività, i cui oneri, il concessionario prevedeva di recuperare, utilizzandole nella esecuzione della concessione, alle condizioni e nei termini originariamente pattuiti, determinava il ristoro dei suddetti oneri³¹⁹.

In sostanza l'oggettivo onere economico subito dal concessionario, non è soltanto quello di segno negativo, consistente nelle spese e nelle obbligazioni vanamente sostenute, ma altresì quello di segno positivo rappresentato dal mancato utile.

L'assimilazione della fattispecie della revoca a quella dell'inadempimento, operata dall'art. 37-*septies*, implica l'assorbimento del diritto al risarcimento dei danni conseguenti alla condotta illecita dell'amministrazione che comprende (ma non si limita) il lucro cessante, nel diritto alla corresponsione degli indennizzi, i quali rappresentano la contropartita (forfettaria e semplificata) di un atto legittimo ma dannoso dell'amministrazione e pertanto si fonda su un titolo diverso.

Tale assimilazione è stata negata dalla giurisprudenza formatasi sulla fattispecie del recesso ex art. 345 legge ll. pp., che ha tenuto distinte le conseguenze risarcitorie derivanti dall'illegittimo recesso oppure comunque da fatti anteriori al recesso, anche se legittimo, dagli indennizzi previsti dall'art. 345 legge ll. pp., sul presupposto della

³¹⁹ Cfr. Lodo 30 novembre 1989, n. 100, in *Arch. giur. oo. pp.* 1991, 302, in tema di annullamento della concessione.

non retroattività della risoluzione sulle prestazioni rese e sulle richieste formulate, determinandosi a seguito del recesso una cesura non solo temporale, ma anche qualitativa, tra il periodo post recesso, disciplinato dall'art. 345 legge ll.pp. ed il periodo ante recesso regolato dal contratto e dai principi vigenti in materia, che non preclude il ristoro dei maggiori danni sopportati dall'appaltatore in relazione all'inadempimento dell'amministrazione³²⁰. La separazione si riverbera sulle conseguenze patrimoniali, determinate in giurisprudenza nel riconoscimento del dieci per cento dell'ineseguito da computarsi considerando l'intero valore del contratto, e non già dei quattro quinti di esso, sul presupposto che, trattandosi di inadempimento, il risarcimento del danno deve essere integrale, per cui non risulta applicabile la norma di cui all'art. 344, legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, che consente all'amministrazione appaltante di ridurre la consistenza delle opere appaltate fino al valore di un quinto del prezzo pattuito³²¹.

La limitazione dell'ammontare del risarcimento appare inoltre riferita alle ipotesi di legittimo esercizio della revoca ("per motivi di pubblico interesse").

Se la revoca fosse considerata espressione di un potere pubblicistico, anche dopo l'instaurazione del rapporto contrattuale, la posizione del concessionario sarebbe sempre da qualificare in termini di interesse legittimo. In aderenza alla connotazione sostanziale dell'interesse legittimo inteso non come posizione meramente processuale ma come "posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo"³²², già prima del *révirement* della Suprema Corte, con la sentenza n. 500 del 1999, che ha statuito la risarcibilità del danno conseguente alla lesione di interessi legittimi, la tutela risarcitoria era sostanzialmente riconosciuta in quanto la posizione del concessionario assumeva la consistenza di interesse legittimo oppositivo. Secondo la ricostruzione tradizionale, infatti, l'annullamento del provvedimento caducatorio dell'atto fonte della posizione di vantaggio, e dunque nella specie della revoca della concessione, determinava la c.d. riespansione del diritto soggettivo, cui conseguiva la possibilità di ottenere il ristoro del pregiudizio subito.

In relazione a tale categoria di interessi oppositivi la Suprema Corte, con la sentenza n. 550 del 1999, confermando il precedente orientamento quanto all'individuazione del danno ingiusto consistente nel sacrificio dell'interesse alla conservazione del bene della vita conseguente all'illegittimo esercizio del potere, ne ha ampliato la portata anche alle ipotesi in cui l'interesse non sia tutelato nelle forme del diritto soggettivo, ma sia comunque meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo.

Nell'ipotesi in cui la revoca sia illegittima, perché esercitata in contrasto con i principi di legalità e di buona amministrazione, fuori dei "motivi di pubblico interesse" indicati quale presupposto della revoca dall'art. 37-*septies*, il

³²⁰ Lodo 25 marzo 1994, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1996, 141; Lodo 26 luglio 1993, *ibidem*, 1995, 178.

³²¹ Cass., sez. un., 18 settembre 1970, n. 1571; Cass. 22 giugno 1982, n. 3378; Lodo 15 febbraio 1989, n. 9, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1990, 14.

³²² Così Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *cit.*. Sulla connotazione sostanziale dell'interesse legittimo, cfr. A. PIRAS, *Interesse legittimo e giudizio amministrativo*, Milano, 1962, II, 462 ss.; V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano 1966, 16 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 24; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1994, 97.

concessionario ha diritto al risarcimento del danno nella sua pienezza, che va quantificato tenendo conto dell'incidenza del provvedimento illegittimo sul rapporto contrattuale, fonte delle prestazioni relative alla realizzazione e gestione dell'opera. Pertanto vi sarebbe una contraddizione ulteriore nel sistema delineato dall'art. 37-*septies*, in quanto paradossalmente il concessionario nell'ipotesi di azione risarcitoria conseguente all'illegittimo esercizio della revoca avrebbe diritto ad ottenere un risarcimento secondo i criteri ordinari, e quindi eventualmente non limitato alle quantificazioni stabilite dalla norma per l'ipotesi di inadempimento del concedente, cui è equiparata la revoca per motivi di pubblico interesse.

L'ulteriore requisito per la risarcibilità del danno è rappresentato dalla prevedibilità (art. 1225 c.c.), che è finalizzata a contenere l'obbligo del risarcimento in relazione al normale significato di utilità che la prestazione rappresenta per il creditore. Danno prevedibile può essere definito il danno di cui è probabile l'accadimento secondo un giudizio normalmente diligente.

Il riferimento temporale per la valutazione della prevedibilità è quello del sorgere del vincolo contrattuale, per cui il giudizio di prevedibilità è formulato sulla base delle concrete circostanze che apparivano o che erano conosciute dal debitore.

La questione più delicata è tuttavia l'individuazione dell'oggetto della prevedibilità; la nozione di danno, infatti, abbraccia sia l'evento lesivo che la diminuzione economica subita dal danneggiato.

Il principale argomento a favore della tesi che limita la prevedibilità al danno come evento è dato dall'estrema difficoltà o impossibilità che presenta di regola la previsione anche del futuro ammontare del danno.

La giurisprudenza è attestata in tale posizione sulla base del rilievo dell'impossibilità di prevedere in concreto l'esatto valore della minorazione o del mancato accrescimento del patrimonio del danneggiato³²³ per cui si risponde nel limite in cui il "quanto di danno" era prevedibile³²⁴.

Il problema tuttavia non è di stabilire se occorra o no la previsione di un certo ammontare del danno, ma piuttosto se nei limiti della prevedibilità debba rientrare il danno inteso anche quale risultato economico negativo.

In realtà la prevedibilità riguarda una "banda di valori quantitativi" e non un importo preciso, per cui la portata dell'art. 1225 c.c. "non si traduce nella proposizione che è risarcibile il «quanto di danno» prevedibile nel suo preciso ammontare, ma piuttosto il rovescio e cioè che non è risarcibile il «quanto di danno» imprevedibile al momento della formazione del contratto"³²⁵, risolvendosi nell'analisi della situazione

³²³ Cass. 14 settembre 1963, n. 2510, in *Foro it.*, 1963, I, 2099.

³²⁴ Cass. 28 aprile 1979, n. 2488 in *Foro it.*, *Rep.*, 1979, voce *Responsabilità civile*, n. 70; Cass. 26 maggio 1989, n. 2555, in *Foro it.*, 1990, I, 1946. Cfr. pure Cass. 21 ottobre 1969, n. 3438, in *Foro it.*, 1970, I, 498, sulla riferibilità del giudizio di prevedibilità non al singolo contraente, ma astrattamente ad una data categoria di rapporti, secondo le ordinarie regole di comportamento dei soggetti economici. In dottrina, G. VISINTINI, *L'inadempimento delle obbligazioni*, in *Tratt. Rescigno*, Torino, I, 9, 1986, 211: "In conclusione può dirsi che il criterio-limite della prevedibilità del danno ricorre molto raramente nella casistica giurisprudenziale odierna, nel senso della sua originaria funzione di limitare il risarcimento ai danni connessi alla destinazione economica del bene oggetto dello scambio, con il risultato, cioè, di accollare al debitore soltanto i rischi prevedibili in relazione alla inattuazione dello scambio e non già quelli inerenti alle ripercussioni che l'inadempimento può avere nei confronti del patrimonio del debitore e in generale nella sua sfera economica".

³²⁵ C. VALCAVI, *cit.*, 1954.

esistente al momento della stipulazione del contratto (c.d. “prognosi postuma”).

Il giudizio di imprevedibilità del danno, configurato in questi termini, esonera il debitore dal risarcimento di quel danno economico il cui ammontare assume una portata straordinaria rispetto all’entità dell’evento lesivo, anche se non vale a considerare lo stesso debitore non tenuto a risarcire quella minore parte di pregiudizio che sarebbe stata normale in base ai dati conosciuti o conoscibili³²⁶, come è appunto nel caso dell’inadempimento della concessione in cui i dati di redditività della gestione risultano dal piano economico-finanziario.

Nel caso della concessione, il danno derivante dalla prematura estinzione del rapporto in conseguenza dell’inadempimento, appare compiutamente prevedibile in base agli elementi del piano economico-finanziario allegato alla proposta di cui all’art. 37-*bis*, che individua i presupposti e le condizioni di base che determinano l’equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della gestione, e che ai sensi dell’art. 19 comma 2-*bis*, è parte integrante del contratto. Per cui in ordine all’entità del danno è lecito ritenere sussistente più che una previsione possibile, una previsione effettiva.

La cristallizzazione operata dall’art. 37-*septies* dell’ammontare risarcibile a titolo di mancato guadagno nel 10 per cento del servizio, a prescindere dalle segnalate incongruenze relativamente all’applicabilità limitata alla fase della gestione, appare aprioristica e di fatto svincolata, nonostante il richiamo operato dalla norma, dalle previsioni del piano d’impresa che potrebbero individuare l’utile in misura diversa (eventualmente anche inferiore).

Inoltre la quantificazione in questi termini del danno da mancato guadagno appare in concreto, avulsa pure dai meccanismi di mercato ove si consideri che nel corso della gestione il concessionario, ove dimostri una particolare capacità imprenditoriale o grazie al verificarsi di situazioni di mercato favorevoli, potrebbe ricavare dalla gestione del bene anche profitti maggiori di quelli previsti. D'altra parte il piano economico-finanziario è finalizzato non tanto ad una previsione specifica dei flussi di reddito dell’iniziativa, che peraltro non sarebbe attendibile su un periodo trentennale qual è quello di ordinaria durata della concessione, ma ad individuare i presupposti "minimi" dell'equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa.

L’inadempimento potrebbe poi impedire al concessionario di assolvere un suo impegno nei confronti di terzi (ad esempio nel caso di un impianto di produzione di energia oppure di smaltimento e trattamento di rifiuti con produzione di fertilizzanti, l’impegno del concessionario in ordine alla vendita a terzi dell’energia o dei prodotti del trattamento), per cui la prevedibilità andrebbe riconosciuta nei limiti in cui tali rapporti contrattuali siano stati contemplati nel piano economico-finanziario oppure instaurati successivamente, trattandosi di elementi rappresentativi dell’utilizzazione della prestazione in un ulteriore rapporto con i terzi³²⁷.

Peraltro se a seguito del venir meno del rapporto concessorio il concessionario si trovi esposto ad una serie di costi, anche in termini di penali, in conseguenza dei

³²⁶ C.M. BIANCA, *Dell’inadempimento cit.*, 319.

³²⁷ L’ipotesi può essere equiparata concettualmente a quella dell’inadempimento, in una vendita commerciale che determini a carico del compratore il danno per non poter eseguire nei tempi programmati la rivendita di beni, oppure al danno subito dall’industriale per il mancato o ritardato impiego del bene dovuto nel successivo processo di lavorazione. Cfr. Cass. 11 luglio 1950 in *Giur. Cass. civ.*, 1950, III, 437; G. VALCAVI, *cit.*, 1951.

contratti assunti, ed eventualmente delle garanzie nei confronti dei finanziatori, gli stessi dovrebbero essere riconosciuti, in quanto rientranti nei costi di cui alla lett. b) della norma in commento.

È evidente allora la rottura, rispetto al sistema codicistico di determinazione del danno risarcibile, dei criteri previsti dall'art. 37-*septies* in relazione alla risoluzione per inadempimento del concedente, in quanto l'ammontare del danno da risarcire, per ciò che concerne il mancato guadagno, viene svincolato sia dalle previsioni del piano economico-finanziario, che pure è parte integrante del contratto, e che rappresenta un valido parametro per la valutazione della prevedibilità ai sensi dell'art. 1225 c.c., sia dalla prevedibilità connessa alle potenzialità dello strumento in relazione alle possibilità offerte dal mercato.

7. La posizione dei finanziatori.

7.1. Il vincolo di indisponibilità.

Tutti gli importi di cui alle lettere a), b) e c) dell'art. 37-*septies* corrisposti al concessionario in conseguenza dell'estinzione del rapporto, cioè tanto quelli attinenti ai costi sostenuti quanto gli indennizzi, sono destinati prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori e sono indisponibili da parte del concessionario fino al completo soddisfacimento di tali crediti.

La disposizione, pur appearing eccessivamente scarna e lacunosa in ordine al meccanismo da porre in essere per assicurare il fine perseguito, dovrebbe interpretarsi nel senso che l'amministrazione procede al pagamento diretto delle predette somme in favore dei finanziatori, nei limiti dell'ammontare dei rispettivi crediti³²⁸.

La norma, nell'intento di incoraggiare il ricorso al project financing agevolando la posizione dei finanziatori, introduce un vincolo di indisponibilità senza tuttavia chiarire se esso si traduca in una incedibilità nell'interesse dei finanziatori e senza chiarire il rapporto con il successivo art. 37-*nonies*, che in favore dei finanziatori prevede il privilegio generale sui beni mobili del concessionario ai sensi degli artt. 2745 seguenti del codice civile.

Inoltre il riferimento "ai crediti dei finanziatori del concessionario" sembra attribuire il diritto alla soddisfazione prioritaria, nel caso della società di progetto, unicamente ai finanziatori-creditori, cioè ai finanziatori che non entrano a far parte della compagine sociale, in quanto, identificandosi il concessionario con la società di progetto, il rapporto di credito intercorre tra il finanziatore e la società di progetto.

Finanziatori in senso ampio, in effetti, sono tutti i soggetti che partecipano all'iniziativa fornendo al promotore i capitali necessari; nel novero quindi rientrano sia gli azionisti della società di progetto in relazione al capitale di rischio che i soggetti che forniscono capitale di debito.

Non sembra tuttavia che il riferimento ai crediti dei finanziatori possa anche interpretarsi estensivamente, con riguardo alla funzione del finanziamento, rispetto al progetto e non al soggetto-concessionario, valorizzando lo scopo dell'istituto della società di progetto.

I primi in realtà sono gli investitori, in quanto la posizione di socio non determina la

³²⁸ In tal senso R. IANNOTÀ, in AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni-ter"*, cit., 631

titolarità di un credito, per cui il riferimento agli artt. 37-*sexies*, 37-*octies*, 37-*nonies* ai finanziatori deve intendersi limitato ai soli soggetti che forniscono capitale di debito.

Pur trattandosi di una norma non specificamente dedicata alla società di progetto, è evidente che nella redazione non è stato tenuto conto della peculiarità della stessa, determinando una disparità di trattamento tra i finanziatori-creditori, che fruiscono della possibilità di immediata soddisfazione di propri crediti, ed i finanziatori-soci le cui ragioni di credito risultano pretermesse.

Questo non favorisce la partecipazione dei finanziatori, soprattutto degli istituti di credito, al capitale di rischio e può costituire un freno alle possibilità di utilizzazione della società di progetto, che invece nelle intenzioni del legislatore, è configurata quale strumento privilegiato di attuazione del project financing, per cui in pratica sarà difficile che il finanziamento sia attuato unicamente tramite la sottoscrizione del capitale di rischio, senza un contestuale rapporto obbligatorio che valga a qualificare l'istituto come titolare di un diritto di credito.

La ratio ispiratrice della norma è analoga a quella di cui all'art. 351 della legge 20 marzo 1965 n. 2248 All. F, che prevede, allo scopo di evitare che il blocco delle somme possa ritardare o compromettere il compimento anche qualitativo delle opere pubbliche stesse, il divieto di concessione del sequestro del prezzo di appalto nel corso dell'esecuzione delle opere, con la differenza che nel caso in esame non è prevista l'insequestrabilità in quanto non si tratta di somme già presenti nel bilancio dell'amministrazione, come nel caso delle somme maturate con gli stati di avanzamento dei lavori.

In particolare l'estensione del vincolo ai costi dell'opera si pone in contrasto con altre norme dell'ordinamento di tutela dei lavoratori impegnati nell'esecuzione di opere pubbliche.

Viene in rilievo l'art. 353, della legge 20 marzo 1965, n. 2248, All. F, in virtù del quale i sequestri e i pignoramenti eventualmente consentiti dall'amministrazione, ai sensi del richiamato art. 351, dovranno essere accordati con preferenza ai prestatori di lavoro ed ai fornitori, che non risulta tra le disposizioni abrogate ai sensi dell'art. 231 del regolamento, a differenza dell'art. 357 che, in determinate condizioni, consentiva all'amministrazione il pagamento diretto delle retribuzioni agli operai impegnati nell'esecuzione dell'opera, trattenendo le somme pagate a questo titolo sul prezzo dei lavori³²⁹.

Viene pure in considerazione la c.d. clausola sociale disciplinata da varie circolari del Ministero dei lavori pubblici e dall'art. 19 del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, ora abrogato, in virtù della quale a garanzia del rispetto da parte dell'appaltatore degli obblighi relativi alla previdenza ed assistenza sociali, era sancito il diritto dell'ente appaltante ad effettuare una corrispondente trattenuta sui crediti dell'appaltatore, ove questi fosse risultato inadempiente a tali obblighi, e di provvedere direttamente agli

³²⁹ Risulta tuttavia possibile il ricorso all'art. 1676 c.c., che consente ai dipendenti dell'appaltatore che hanno prestato la loro attività al fine di eseguire l'opera o il servizio appaltato, di agire direttamente contro il committente, per conseguire quanto di loro spettanza. La disposizione secondo Cass. 19 ottobre 1954, n. 3780, in *Giust. civ.*, 1955, I, 389, è applicabile anche all'appalto pubblico, a condizione che sia stato espletato il collaudo dell'opera appaltata, trattandosi di norma non incompatibile con l'art. 357, ma anzi ispirata al medesimo principio di protezione del lavoro dipendente.

adempimenti prescritti a carico del fondo formato con tale ritenuta ove non vi provveda l'appaltatore.

L'art. 13 del nuovo Capitolato Generale d'appalto dei lavori pubblici, approvato con Decreto del Ministro dei lavori pubblici del 19 aprile 2000, n. 145, all'art. 13 ripropone la garanzia in favore dei lavoratori, prescrivendo che in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente, decorso il termine di quindici giorni assegnato dal responsabile del procedimento, l'amministrazione può provvedere direttamente mediante detrazione sulle somme dovute all'appaltatore.

Anche in settori diversi da quello dei lavori pubblici, in passato il legislatore è intervenuto per stabilire la impignorabilità di somme per determinati fini.

Così per le somme destinate al pagamento delle retribuzioni al personale dipendente e all'espletamento dei servizi indispensabili per gli Enti Locali (art. 11, D.L. 18 gennaio 1993, n. 8 convertito in legge 19 marzo 1993, n. 68) e destinate al pagamento degli stipendi e delle competenze comunque spettanti al personale dipendente e convenzionato o all'erogazione dei servizi sanitari, per ciò che concerne le unità sanitarie locali (art. 1, D.L. 18 gennaio 1993, n. 9 convertito in legge 18 marzo 1993 n. 67), specificando espressamente la non sottoponibilità all'esecuzione forzata di tali somme.

In tutti questi casi l'impignorabilità è finalizzata a sottrarre alla garanzia patrimoniale ex art. 2740 comma 2 c.c. le risorse necessarie alla realizzazione di determinati e specifici interessi pubblici considerati prevalenti.

C'è un nesso di strumentalità necessaria, tra la sottrazione all'esecuzione forzata di determinati fondi ed il perseguimento di specifiche finalità, che porta a considerare prevalente sulle ragioni del creditore procedente la tutela degli interessi dei lavoratori subordinati per la loro rilevanza costituzionale ex artt. 35 e 36 Cost.

L'art. 37-*septies* invece non solo collega l'indisponibilità, e quindi l'impignorabilità che ne rappresenta un corollario, ad interessi di natura economica, privi di rilevanza costituzionale, ma considera tali interessi prevalenti rispetto a quelli dei lavoratori subordinati.

Il vincolo in favore dei finanziatori dei costi sostenuti per l'esecuzione dell'opera, che andrebbero ricompresi nella lett. a) della disposizione, subordinerebbe, infatti, il pagamento delle retribuzioni dei lavoratori, all'integrale soddisfacimento dei crediti dei finanziatori, con forti dubbi di costituzionalità³³⁰, anche in relazione al diverso trattamento dei lavoratori subordinati a secondo che la propria attività sia prestata in favore di una impresa di costruzioni che realizzi l'opera con il sistema ordinario o nell'ambito di un rapporto di *project financing*.

Nell'ordinamento vi è, infatti, un indirizzo legislativo che si esprime in un complesso di norme che tende ad assicurare, in tutti i casi in cui nell'esercizio di una determinata

³³⁰ Cfr. M. ZOPPOLATO, *Il project financing, cit.*, 597 che sottolinea come i dipendenti del concessionario siano privi del privilegio riconosciuto a tutti gli altri lavoratori subordinati, e dunque in posizione di ingiustificata disparità. Cfr. pure R. IANNOVA, *op. ult. cit.*, 631, il quale rileva che la destinazione necessaria delle somme al soddisfacimento dei diritti dei finanziatori esclude che rispetto a tali somme siano applicabili principi della concorsualità e che inoltre gli stessi finanziatori non abbiano necessità di esperire azione revocatoria per il recupero delle somme che non fossero state destinate all'adempimento del debito.

attività imprenditoriale intervenga la pubblica amministrazione, sia quale soggetto erogatore di benefici di carattere finanziario o creditizio sia quale committente, venga assicurato uno standard minimo di tutela dei lavoratori dipendenti.

La disposizione di cui all'art. 37-*septies* si pone quindi in contrasto con tale sistema ed in particolare con il principio della tendenziale equiparazione di tutti i soggetti che stipulano contratti con la pubblica amministrazione, sotto il profilo della tutela dei lavoratori, recentemente confermato dalla Corte Costituzionale che ha ritenuto, con argomentazioni estensibili anche al concessionario di lavori pubblici, di dover equiparare all'appaltatore il concessionario di pubblici servizi, dichiarando costituzionalmente illegittimo l'art. 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nella parte in cui non estende alle concessioni di pubblici servizi l'obbligo, previsto per i contratti di appalto di opere pubbliche, di applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro³³¹.

Una ulteriore disposizione di favore è la subordinazione dell'efficacia della revoca al pagamento integrale da parte del concedente delle somme dovute in conseguenza dell'estinzione del rapporto. La norma ovviamente si applica solo all'ipotesi di revoca, in quanto nel caso di risoluzione per inadempimento l'iniziativa è presa dal concessionario che non ha più interesse a protrarre il rapporto a causa dell'inadempimento del concedente, ed è finalizzata ad eliminare la posizione di svantaggio del concessionario che, in conseguenza del principio di esecutorietà che caratterizza la revoca per pubblico interesse, si troverebbe costretto ad interrompere immediatamente la gestione e tuttavia a dover sottostare ai tempi dell'amministrazione per la corresponsione delle somme dovute in conseguenza della revoca.

In concreto il vantaggio per il concessionario può manifestarsi solo nell'ipotesi in cui si è iniziata la gestione, che rappresenta la fonte degli introiti, consentendogli di continuarla fino a che l'amministrazione non corrisponda le somme dovute, mentre non presenta alcun interesse allorché la revoca intervenga prima della fase della gestione, cioè in un momento in cui il concessionario nell'esecuzione del rapporto è gravato soltanto da costi.

7.2 Il subentro.

Una ulteriore disposizione di favore nei confronti dei finanziatori è rappresentata dalla possibilità, prevista dall'art. 37-*octies*, di evitare la risoluzione per inadempimento del concessionario designando una società che subentri nel rapporto concessorio in luogo del concessionario (c.d. *step-in right*).

In favore del soggetto designato dai finanziatori viene stabilita una cessione *ex lege*

³³¹ Corte cost., sentenza 19 giugno 1998, n. 226, in *Contr. dello Stato e degli Enti Pubb.*, n. 1/1999, 98, con commento di F. Botteon, *Appalto di opere pubbliche, concessione di pubblici servizi e tutela dei lavoratori*. La Corte ha sottolineato che il principio di acquisizione della prestazione alle condizioni più favorevoli per la pubblica amministrazione non rimane estraneo alle concessioni di pubblico servizio, per cui anche per i concessionari di pubblico servizio i costi derivanti dall'obbligo di "equo trattamento", concorrono alla migliore individuazione del soggetto idoneo, richiamando l'orientamento della Cassazione che ha ricollegato all'inserzione della clausola sociale uno specifico interesse dell'amministrazione alla "regolare esecuzione dell'opera nei termini contrattualmente previsti" evitando così di rimanere "esposta alle conseguenze dannose provocate dalla conflittualità e dalle rivendicazioni che insorgono abitualmente a causa della inosservanza della normativa collettiva".

³³²del rapporto concessorio, subordinata all'accettazione del concedente, che tuttavia non è discrezionale come nella fattispecie di cui all'art. 1406 c.c., ma vincolata non potendo negarsi in presenza del positivo accertamento dei presupposti richiesti dalla norma.

La possibilità di avvalersi di tale facoltà presuppone l'onere da parte dell'amministrazione di comunicare ai finanziatori la propria intenzione di risolvere il rapporto, comunicazione cui segue l'indicazione da parte dei soggetti finanziatori, della società subentrante, nel termine perentorio di 90 giorni dalla ricezione di tale comunicazione.

Anche in questo caso, come nella fattispecie di soddisfacimento prioritario dei crediti dei finanziatori di cui all'art. 37-*septies*, comma 2, si pone il problema dell'individuazione dei soggetti che possono avvalersi della facoltà di designare il soggetto che subentra, cioè se tale prerogativa spetti a tutti i soggetti che partecipano al finanziamento dell'operazione, e quindi sia ai finanziatori-investitori, che fanno parte del gruppo dei promotori, ai sensi dell'art. 37-*bis* comma 2, in qualità di associati ai soggetti di cui agli artt. 10 e 17, comma 1, lett. f) o ai soggetti aggiudicatari all'esito della gara di cui all'art. 37-*quater*, oppure che successivamente si aggiungano all'originaria compagine in qualità di soci, sia ai finanziatori che non partecipano alla società, cioè a ai finanziatori-creditori.

A differenza degli artt. 37-*septies*, comma 2 e 37-*nonies*, comma 1, la norma non si riferisce ai creditori, ma genericamente agli "enti finanziatori del progetto", per cui in tale accezione potrebbero rientrare anche i soggetti che erogano finanziamenti partecipando all'iniziativa tramite l'assunzione del rischio d'impresa.

Tale espressione tuttavia non potrebbe interpretarsi nel senso di considerare quale elemento di qualificazione soggettiva il finanziamento del progetto, a prescindere dalle modalità con cui esso sia attuato, cioè con la partecipazione alla compagine sociale oppure tramite gli ordinari strumenti di credito.

Il riferimento è ai soggetti "enti finanziatori" anziché ai creditori perché la norma conferisce ai soggetti una particolare facoltà, mentre nelle fattispecie di cui agli artt. 37-*septies* comma 2 e 37-*nonies* comma 1, attribuisce una qualità ai creditori.

D'altra parte gli enti finanziatori che fanno parte dell'associazione temporanea aggiudicataria, o della società di progetto, assumono essi stessi la veste di concessionario, assumendosi in proprio il rischio d'impresa e la responsabilità connesse alla gestione.

Essi concorrono, come tutti gli altri soggetti che costituiscono il soggetto concessionario, alla condotta che può determinare la risoluzione del rapporto concessorio "per motivi attribuibili" al concessionario.

La norma trova la sua ragione giustificatrice non tanto nell'esigenza di tutela del credito in sé, ma in quella di pubblico interesse di assicurare comunque l'esecuzione dell'opera o la gestione del servizio, con un diverso soggetto che dia maggiore affidabilità anche sotto il profilo finanziario.

In sostanza in questa fase, poiché la patologia del rapporto non discende dal merito del progetto, ma dal soggetto che lo realizza, la finalità del mutamento soggettivo nel soggetto realizzatore non potrebbe realizzarsi pienamente se fosse consentita la scelta

³³² Cfr. M. PROTTO, *cit.*, 802.

del subentrante ad un soggetto che fa parte dell'originaria compagine, e che intrattiene rapporti con gli altri soggetti, generalmente consacrati in patti parasociali o in una serie di contratti collegati, non riconducibili allo schema tipico di erogazione di crediti.

Né vi sarebbero ragioni per attribuire tale prerogativa al soggetto finanziatore e non ad un altro soggetto che fa parte dell'originario gruppo che si è reso inadempiente.

La norma inoltre costituisce una disposizione di carattere eccezionale e come tale di stretta interpretazione, in quanto deroga al principio dell'immutabilità soggettiva nei contratti pubblici e della scelta del contraente tramite una procedura di gara, trattandosi di una scelta rimessa ad un soggetto esterno all'amministrazione, il cui sindacato è limitato alla verifica dei requisiti.

Quale che sia la soluzione in ordine all'individuazione dei soggetti titolari dello *step-in right*, si pone il problema di mettere l'amministrazione in condizioni di assolvere nei loro confronti l'onere della comunicazione dell'intenzione di procedere alla risoluzione, per cui gli stessi avranno a loro volta l'onere di notificare all'amministrazione la partecipazione all'iniziativa in tale qualità.

La designazione della relativa comunicazione della società che intende subentrare nel rapporto "impedisce" la risoluzione, cioè paralizza temporaneamente l'efficacia della determinazione dell'amministrazione in ordine alla risoluzione per inadempimento del rapporto.

L'accettazione del subentro da parte dell'amministrazione è subordinata al possesso da parte della società che intende subentrare al concessionario, di requisiti tecnici ed economici, anche sotto il profilo delle garanzie finanziarie, omogenei rispetto a quelli in possesso del concessionario all'epoca dell'affidamento e valutati positivamente, onde garantire la continuità del rapporto sotto il profilo dei presupposti soggettivi che ne hanno determinato l'instaurazione.

Il possesso di tali requisiti rappresenta una condizione da verificare preliminarmente, in quanto l'accertamento degli stessi è preventivo al consenso dell'amministrazione e subordina l'efficacia del subentro nei confronti della stessa. Mentre l'ulteriore condizione di cui alla successiva lett. b), e cioè la cessazione dell'inadempimento del concessionario entro 90 giorni dalla scadenza del termine di 90 giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 1, e quindi nel complessivo termine di 180 giorni dalla ricezione dell'ultima comunicazione, o nel più ampio termine che può essere concordato dai finanziatori con l'amministrazione, essendo verificabile dopo l'instaurazione del rapporto con il nuovo soggetto, si configura piuttosto come causa di risoluzione per il persistere dell'inadempimento.

Il subentro si configura come una novazione soggettiva nel rapporto concessorio, che opera *ex nunc*, per cui non vengono meno gli obblighi del concessionario né nei confronti dei finanziatori, né nei confronti dell'amministrazione (si pensi all'applicazione delle penali conseguenti al ritardo nell'adempimento).

La disposizione introduce una consistente deroga al principio dell'affidamento delle concessioni tramite il ricorso all'evidenza pubblica che, tuttavia, si giustifica con la peculiare struttura del project financing ed in particolare con il ruolo ed il peso della partecipazione all'intervento dei soggetti finanziatori anche nell'ipotesi in cui non partecipino alla società di progetto.

Le modalità e i criteri per la realizzazione del subentro, ai sensi del comma 2,

saranno stabiliti da apposito decreto del Ministro dei lavori pubblici. Non sembra tuttavia che l'adozione del decreto condizioni l'operatività della norma, in mancanza di espressa previsione in tal senso ed in considerazione del carattere delle previsioni, suscettibile di consentirne l'immediata attuazione demandando al decreto ministeriale la sola disciplina di dettaglio³³³.

7.3 Il privilegio sui beni mobili

Oltre che con il vincolo di indisponibilità di cui all'art. 37-*septies* i soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi sono garantiti, ai sensi dell'art. 37-*nonies*, con il privilegio generale sui beni mobili del concessionario, ai sensi degli artt. 2745 e ss. c.c.

A differenza di quanto previsto dall'art. 37-*septies*, comma 2 che si riferisce ai "crediti dei finanziatori del concessionario", ai fini della destinazione prioritaria delle somme dovute dall'amministrazione in conseguenza della risoluzione o della revoca del rapporto, e dall'art. 37-*octies* in relazione alla facoltà di designare il subentrante attribuita agli "enti finanziatori del progetto", la formulazione dell'art. 37-*nonies* è più ampia, in quanto attribuisce il privilegio ai crediti "dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi".

Quanto alla determinazione dell'ambito dei soggetti che possono fruire del privilegio, si pone tuttavia un problema interpretativo analogo, in quanto non sembra che il riferimento ai finanziatori, nella disposizione in esame come negli artt. 37-*sexies* e 37-*octies*, possa estendersi anche ai soci finanziatori, ma unicamente ai soggetti che forniscono capitale di debito, soluzione questa che nel caso di specie appare rafforzata dal carattere eccezionale, e quindi dalla stretta interpretazione delle norme attributive di privilegi.

Già gli artt. 42 e 45 del D.Lgs. n. 385 del 1993 avevano previsto la possibilità di costituire un privilegio di natura convenzionale, a garanzia dei crediti delle banche nei confronti di soggetti pubblici o privati derivanti da finanziamenti destinati alla realizzazione di opere pubbliche o di impianti di pubblica utilità. L'ambito di applicazione dell'art. 37-*nonies* è tuttavia limitato, dal lato passivo, ai concessionari di lavori pubblici e di servizi pubblici, diretti destinatari del finanziamento.

La norma prescrive che il privilegio deve risultare, a pena di nullità, da atto scritto, nel quale devono essere esattamente descritti i finanziatori originari dei crediti, il debitore, l'ammontare in linea capitale del finanziamento o della linea di credito, nonché gli elementi che costituiscono il finanziamento.

Ai fini dell'opponibilità ai terzi, l'atto dal quale il privilegio risulta, deve essere trascritto nel registro indicato dall'art. 1524, comma 2, c.c., cioè nel registro relativo alle vendite con riserva di proprietà tenuto presso la cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione è collocato il bene

Si tratta di una forma di pubblicità dichiarativa, a tutela dei terzi, priva di effetto costitutivo del privilegio, a differenza di quanto previsto in tema di pubblicità del privilegio dall'art. 2745 c.c.

³³³ In tal senso, F. CARINGELLA, in AA.VV., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, cit., 1308; *contra* M. ZOPPOLATO, *Il project financing*, cit., 598; M. PROTTO, cit., 804.

La disposizione prevede anche una forma di pubblicità-notizia della costituzione del privilegio, realizzata attraverso la pubblicazione nel foglio annunci legali, dalla quale devono risultare gli estremi della avvenuta trascrizione.

Il legislatore ha, infine, aggiunto che, impregiudicata restando l'applicazione dell'art. 1153 c.c., il privilegio può essere esercitato anche nei confronti dei terzi che abbiano acquistato diritti sui beni che sono oggetto dello stesso dopo la trascrizione prevista dal comma 3. Qualora il privilegio non sia opponibile al terzo acquirente, esso si trasferisce sul corrispettivo.

Il privilegio sia generale che speciale determina una preferenza del credito assistito nel concorso con gli altri creditori chirografari, ma non costituisce una garanzia reale³³⁴, né determina lo *ius sequendi*, non potendo il creditore soddisfarsi se al momento del riparto non esistano beni mobili nel patrimonio del debitore; per cui restano salvi i diritti dei terzi sui beni mobili che formano oggetto del privilegio, salve le ipotesi del pignoramento, secondo quanto previsto dall'art. 2747, comma 1, c.c.

Nel sistema del codice i creditori titolari del privilegio non hanno quindi una posizione differenziata rispetto al creditore pignorante ed a quelli intervenuti, anche chirografari, e i diritti dei terzi prevalgono sempre sul privilegio generale.

L'art. 37-*nonies* deroga a tale principio facendo salvi unicamente gli effetti del possesso di buona fede ai sensi dell'art. 1153 c.c.

Per attenuare lo strappo al sistema ed a maggiore garanzia dei terzi è stata sottolineata la necessità di circoscrivere i beni oggetto del privilegio - che in quanto generale dovrebbe estendersi a tutti i beni mobili del debitore nonché, in relazione alle previsioni dell'art. 2784 comma 2 c.c. alle universalità di mobili, ai crediti ed agli altri diritti reali aventi ad oggetto beni mobili - a quelli strumentali all'esercizio dell'attività oggetto della concessione, valorizzando il dato legislativo che qualifica il debitore ("cessionari")³³⁵.

A garanzia dei terzi vale comunque sia il procedimento di costituzione del privilegio, imperniato sulla necessità a pena di nullità della forma scritta del relativo titolo, che rappresenta un presupposto di efficacia della costituzione *ex lege*, e sul sistema di pubblicità assimilabile a quello ipotecario³³⁶, sia l'operare del principio della buona fede ai sensi dell'art. 1153 c.c..

La tutela del terzo è in sostanza imperniata sul trasferimento del possesso in ragione dell'operare congiunto del sistema di pubblicità e del principio della buona fede ai sensi dell'art. 1153 c.c., considerato che l'iscrizione nel registro di cui all'art. 1524 comma 2 c.c. non è assimilabile all'iscrizione ai pubblici registri di cui all'art. 1156 c.c., agli effetti dell'esclusione della prevalenza dell'acquisto di buona fede, né vale ad escludere la presunzione di buona fede di cui all'art. 1147, comma 3, c.c.

Per cui incombe al creditore che intende far valere la prelazione l'onere di provare, secondo i principi generali, la mala fede del terzo che abbia effettuato il proprio

³³⁴ L'esclusione del carattere di garanzia reale del privilegio generale è incontrovertibile in dottrina; v. per tutti M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, in *Tratt. Cicu - Messineo*, VIII, 1, 1980, 245.

³³⁵ M. PROTTO, cit., 806; *contra* A.M. GIAMPAOLINO, in AA. VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla "Merloni-ter"*, cit., 639.

³³⁶ M. ZOPPOLATO, *Il project financing*, cit., 608

acquisto dopo l'iscrizione del predetto registro, non essendo sufficiente a tal fine il rispetto degli oneri di pubblicità.

La disposizione non specifica l'ordine di collocazione del privilegio in esame rispetto alle altre *species* di privilegi generali, per cui è stata ipotizzata un'applicazione analogica dell'art. 2783 c.c., che prevede, nelle ipotesi in cui dalla legge non risulta il grado di preferenza di un determinato privilegio speciale, la collocazione dopo ogni altro privilegio speciale regolato del codice³³⁷.

In proposito va considerato che l'ordine dei privilegi mobiliari, che nel sistema del codice civile era fondato sul criterio della prevalenza dei privilegi speciali rispetto a quelli generali, ha subito una serie di interventi da parte della legislazione speciale, che hanno mutato tale originaria impostazione³³⁸. Così a seguito della modifica introdotta dalla legge n. 426 del 1975 agli artt. 2777 e 2778 c.c., risultano collocati subito dopo i privilegi speciali per spese di giustizia e prima dei privilegi che le leggi speciali dichiarano preferiti ad ogni altro credito, i privilegi generali di cui all'art. 2751-*bis* a garanzia dei crediti per retribuzioni, provvigioni etc., mentre al primo posto, nell'ordine degli "altri privilegi sui mobili" di cui all'art. 2778, risulta collocato un altro privilegio generale gravante sui mobili del datore di lavoro a garanzia di crediti derivanti dal sistema di previdenza e assistenza obbligatoria, previsti nell'art. 2753, al quale fanno seguito tutti gli altri privilegi speciali previsti dal codice, inframmezzati all'ottavo posto dall'altro privilegio generale a tutela di crediti previdenziali previsto dall'art. 2754 c.c., mentre dopo i privilegi speciali sono collocati gli altri privilegi generali.

Pertanto, seppure la sistematica del codice non sia lineare, in conseguenza degli innesti intervenuti sull'originario impianto da parte della legislazione speciale, in mancanza di espressa previsione sulla posizione del privilegio di cui all'art. 37-*nonies*, appare preferibile una collocazione che si inserisce nell'ordine del codice seguendo gli altri privilegi generali, e quindi immediatamente dopo i privilegi generali posti a garanzia dei crediti per le imposte sul reddito, per le imposte sul valore aggiunto e per i tributi degli Enti Locali (art. 2778, comma 2, nn. 18-19-20, c.c.).

8. Le altre disposizioni sulla società di progetto della legge n. 166 del 2002

In tema di società di progetto rileva pure l'art. 9 della legge n. 166 del 2002, contenente delega al Governo ad adottare un decreto legislativo inteso ad agevolare, anche con opportune deroghe alle previsioni del codice civile in materia, il finanziamento delle società di progetto concessionarie o contraenti generali, da parte delle banche.

³³⁷ G. DE MARZO, *Finanza di progetto e Merloni-ter*, cit., 129. *Contra*, M. PROTTO, cit., 808, ritiene che tale privilegio, pur postposto a quelli di cui agli artt. 2751-*bis*, 2755 e 2770, "per la particolare conformazione che riceve dalla legge (parzialmente sconnessa alla causa del credito e determinata dal meccanismo pubblicitario), segue le regole previste per l'ipoteca dagli artt. 2852 e ss. c.c."

³³⁸ Sulla riformulazione dell'ordine dei privilegi cfr. F. PARENTE, *Nuovo ordine dei privilegi e autonomia privata*, Napoli, 1981, 25 e ss., il quale osserva che l'inserimento dell'art. 2751-*bis* nell'originaria disciplina codicistica è valso ad introdurre "un'enorme eccezione alla normale schematica tradizionale".

I criteri ai quali dovrà attenersi la legislazione delegata costituiscono in parte uno sviluppo di alcuni principi già contenuti nella legge n. 109 del 1994.

Così la possibilità di costituire, in favore della banca che eroga i finanziamenti, privilegio generale su tutti i beni ed i crediti della società stessa, anche a consistenza variabile, già prevista dall'art. 37-*nonies*, limitatamente ai beni mobili del concessionario.

Il legislatore delegato dovrà attenersi ad una serie di criteri tesi ad agevolare i finanziamenti, quali l'estensione del regime di costituzione dei privilegi generali ai crediti, anche a consistenza variabile, la creazione di un sistema di pubblicità, attraverso il registro delle imprese, che garantendo maggiormente i terzi, senza privare le società concessionarie o contraenti generali della possibilità di utilizzare i beni strumentali, favorisca la certezza della circolazione delle garanzie consentendo l'espansione dello strumento del privilegio e quindi maggiori possibilità di finanziamento.

In questa logica si pone anche la previsione di cui alla lett. a) che consente alla società finanziata di cedere, alle banche che erogano i finanziamenti, i propri crediti, ivi inclusi quelli verso il concedente o committente, senza il consenso del contraente ceduto.

In tema di cessione l'art. 339, legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, modificato dall'art. 22 della legge 12 luglio 1991, n. 203, disponeva il divieto di cessione di credito senza il consenso del committente. La *ratio* della disposizione era quella di evitare che venissero meno all'appaltatore i mezzi finanziari per l'esecuzione dell'opera³³⁹.

L'art. 26, comma 5, della legge n. 109 del 1994 ha previsto l'estensione ai crediti verso le pubbliche amministrazioni derivanti da contratti di appalto e concessioni e da contratti di progettazione nell'ambito dei lavori pubblici delle disposizioni sul *factoring* di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, operando una preventiva valutazione di utilità.

Già nel vigore dell'art. 26 erano quindi ammissibili le cessioni in favore di banche o intermediari finanziari di cui al t.u. in materia bancaria e creditizia, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti di impresa.

Con l'entrata in vigore del D.P.R. n. 554 del 1999, che all'art. 231 ha abrogato l'art. 339 della legge n. 2248, All. F, è venuta meno la necessità del "riconoscimento" per tutte le cessioni di credito ed all'art. 115 è stato ridefinito il regime delle cessioni.

La norma regolamentare generalizza i requisiti formali previsti per le amministrazioni statali e per enti pubblici statali dall'art. 69, comma 3, del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, che per "*le cessioni, le delegazioni, le costituzioni di pegno, i pignoramenti, i sequestri e le opposizioni*", impone, oltre alla notifica anche la stipulazione per atto pubblico o scrittura privata, autenticata da notaio.

Per gli enti pubblici diversi dallo Stato si tratta di un aggravamento rispetto al regime previgente, coincidente con la disciplina comune³⁴⁰ di cui all'art. 1264 c.c., che prevede quale condizione del perfezionamento della cessione del credito un atto a forma libera idoneo a porre il debitore nella consapevolezza della mutata titolarità

³³⁹ Così G. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, VIII ed., Milano, 1988, 760.

³⁴⁰ Cfr. App. Roma, 12 ottobre 1987, in *Temi Rom.*, 1988, 67.

attiva del rapporto obbligatorio³⁴¹.

Ma, soprattutto ha suscitato dubbi di legittimità³⁴², sotto il profilo della conformità rispetto alla norma legislativa primaria, il comma 3 dell'art. 115 che subordina l'opponibilità della cessione alla pubblica amministrazione alla mancanza di un atto di rifiuto da notificarsi al cedente ed al cessionario nel termine di quindici giorni dalla notifica della cessione, reintroducendo in sostanza la necessità, sia pure attraverso un meccanismo di silenzio-assenso, dell'autorizzazione alla cessione.

L'art. 9 lett. a) della legge n. 166 del 2002, si ricolloca nel solco tracciato dall'art. 26 della legge n. 109 del 1994, dettando quale principio direttivo del decreto legislativo il completamento del processo di assimilazione della cessione dei crediti, sia pure limitatamente ai crediti dei contraenti generali o delle società di progetto, al regime civilistico ordinario, determinando l'abolizione della necessità del consenso dell'amministrazione ai fini dell'efficacia della cessione del credito.

Il decreto legislativo dovrà infine prevedere, ai sensi della lett. d) dell'art. 9, le misure necessarie per assicurare il mantenimento del capitale sociale al fine di salvaguardare la capacità di rimborso del finanziamento.

³⁴¹ Cfr. Cass. 2 settembre 1997, n. 8387: "... Tale principio si applica anche nei confronti della Pubblica Amministrazione debitrice senza necessità che essa aderisca alla cessione con adempimenti formali prestabiliti, essendo sufficiente che le sia data notizia della cessione stessa al fine di consentirle di disporre le opportune variazioni negli ordini di pagamento".

³⁴² Cfr. G. DE MARZO, in *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Commentario a cura di L. Carbone – F. Caringella – G. De Marzo, Milano, 2000, 579.

CAPITOLO IV

IL RAPPORTO CONCESSORIO TRA PUBBLICO E PRIVATO

SOMMARIO: 1. Le clausole contrattuali tipiche di un'operazione di *project financing*. - 2. La valutazione del regolamento alla luce dei principi dell'autonomia contrattuale. - 3. La disciplina economica del rapporto. - 4. Le possibili soluzioni alla sopravvenienza di uno squilibrio del rapporto.

1. Le clausole contrattuali tipiche di un'operazione di *project financing*.

L'esame dei contenuti dei rapporti negoziali che si instaurano in vista della realizzazione dell'iniziativa programmata³⁴³, può utilmente prendere le mosse dal ruolo delle banche nella vicenda³⁴⁴.

Queste ultime, astrattamente, possono svolgere o il ruolo di *financial advisors*, ossia di consulenti finanziari per rendere il progetto "bancabile", o il ruolo di *arrangers*, chiamate a gestire, nelle forme che si vedranno, il contratto di finanziamento.

In realtà, come comunemente ammesso, i due incarichi sono svolti se non da uno stesso soggetto, da soggetti appartenenti ad uno stesso gruppo bancario.

Approfondendo i due profili, si osserva che l'attività dell'*advisor*, finalizzata alla definizione del rischio connesso all'operazione, pur potendo, in linea generale, essere affidata a soggetti diversi dagli istituti di credito, viene in concreto commessa alle banche, vuoi per la specifica conoscenza del mercato, vuoi in ragione del successivo coinvolgimento nell'operazione, che potrebbe essere pregiudicato se i soggetti interessati al finanziamento non disponessero di un controllo conoscitivo originario delle caratteristiche dell'operazione³⁴⁵.

I risultati dell'attività di analisi e valutazione del progetto, con particolare riferimento ai costi e ai ricavi, ai rischi (finanziari³⁴⁶, di mercato³⁴⁷, tecnici, amministrativi, politici³⁴⁸), al modello economico finanziario di riferimento confluiscono nell'*information memorandum*, cui è allegato il *term sheet*, in cui vengono descritte le

³⁴³ Di recente, sul tema, si veda TULLIO, *La finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, 2004.

³⁴⁴ Si vedano anche le riflessioni di Baldi, *supra*, cap. III, par. 5.

³⁴⁵ Va inoltre sottolineato l'inevitabile aumento dei costi correlati ad una nuova verifica, da parte dell'*arranger*, degli elementi già scrutinati dall'*advisor*.

³⁴⁶ Così i rischi derivanti dalle oscillazioni del saggio di interesse o del rapporto di cambio, che possono imporre l'adozione di strumenti di neutralizzazione degli effetti di tali eventi sui ricavi (si pensi ai *currency swap* o agli *interest rate swap*).

³⁴⁷ Ai rischi concernenti la domanda del bene o servizio prodotto dalla società di progetto e a quelli che investono l'approvvigionamento delle materie prime si tende a far fronte con i contratti di *take and pay* o *take or pay* (sui quali si veda il paragrafo che segue) e con i contratti di *put or pay* (nei quali vengono pattuiti preventivamente quantità, qualità, prezzo e aggiornamento). Si vedano altresì i paragrafi 3 e 4 del presente capitolo.

³⁴⁸ Si fa riferimento ai rischi legati ai repentini mutamenti di indirizzo politico nel Paese ospitante. A misura che cresce l'instabilità politica di quest'ultimo può divenire decisivo concludere *concession agreements* per conseguire garanzie sulla prosecuzione dei lavori. Nella medesima prospettiva si collocano le *letters of awareness*, con la quale il Paese ospitante prende atto dell'esistenza del progetto e lo dichiara di interesse prioritario per il proprio sviluppo economico.

condizioni ed i termini del finanziamento³⁴⁹.

Il *financial advisor* è retribuito attraverso commissioni articolate in una parte fissa, correlata all'indispensabile attività di analisi e di valutazione, e una parte variabile, dipendente dal fatto che l'operazione giunga sul mercato.

È appena il caso di rilevare che i compiti assegnati all'*advisor* non possono essere ricondotti alla funzione di asseveramento, assegnata dall'art. 37-bis legge n. 109/1994 agli istituti di credito.

Secondo l'atto di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici del 18 luglio 2000, l'asseveramento è da intendersi come esercizio di una funzione di rilevanza pubblicistica, concretantesi nell'accertamento effettuato dall'istituto di credito, in luogo dell'amministrazione stessa, su uno degli elementi costitutivi della proposta. In questa prospettiva, l'attività di asseverazione è volta quindi ad un esame critico ed analitico del progetto e diviene un elemento essenziale della proposta, in considerazione della necessità di utilizzare il piano economico finanziario presentato dal promotore per determinare il valore degli elementi mediante i quali valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa nella gara propedeutica alla procedura negoziata.

L'Autorità, nel citato atto di regolazione, ha peraltro escluso che, a livello normativo, si possa realizzare una confusione tra i due momenti dell'asseveramento e del finanziamento, in quanto il primo appare come attività svolta in luogo e nell'interesse dell'amministrazione per attestare la validità degli elementi che compongono il piano economico finanziario. Escluso che la formula normativa comporti, in sé considerata, l'obbligo per gli istituti di credito asseveranti del successivo finanziamento, si è posto il problema del se l'asseveramento possa creare in capo al promotore, legittime aspettative di finanziamento e a limite l'ipotizzabilità di una responsabilità di natura civilistica secondo il nostro ordinamento.

Tuttavia, è agevole rilevare che la mera attività di asseveramento, come pure la conclusione nel senso della bancabilità del progetto, non implica in sé alcun affidamento, sicché non è agevole ravvisare il fondamento di una responsabilità (evidentemente precontrattuale) dell'istituto asseverante.

Il ruolo dell'*arranger* è variamente articolato, in quanto, oltre al perfezionamento dei contratti di finanziamento e dei contratti accessori con finalità di garanzia (complessivamente riconducibili al cd. *security package*), può impegnarsi nel collocare il prestito sul mercato.

Quanto al contenuto dei contratti, si dirà di qui ad un momento.

Quanto alla sottoscrizione del finanziamento, può darsi che in tale fase (*underwriting*) vengano assunti impegni, caratterizzati da condizioni sospensive specificamente indicate

In questa fase viene spostato sui sottoscrittori il rischio del mancato reperimento dei capitali, nella misura in cui gli *underwriters* sono comunque obbligati a contrarre, provvedendo al finanziamento in favore del promotore.

³⁴⁹ In definitiva, i risultati dell'attività dell'*advisor* investono da un lato il progetto (individuazione dei promotori e della struttura chiamata a gestire l'operazione; descrizione del quadro normativo di riferimento; determinazione delle caratteristiche del progetto, delle tecnologie, dei tempi e dei costi di realizzazione; analisi del mercato di riferimento), dall'altro, i contratti, commerciali e assicurativi, ivi incluso il cd. *security package*, che appaiono necessari in vista del completamento del progetto.

Nella prassi si distinguono operazioni *best effort*, nelle quali l'*arranger* non garantisce la sottoscrizione del finanziamento, operazioni *fully committed*, nelle quali le banche si impegnano a sottoscrivere una parte rilevante del finanziamento, sempre che sul mercato vengano raccolte partecipazioni almeno pari alla quota non *committed*, e, infine, operazioni *fully underwritten*, nelle quali l'*arranger* si impegna a sottoscrivere parte del finanziamento prima del collocamento sul mercato e della firma della relativa documentazione.

Il riferimento alle operazioni da ultimo citate, nonostante il maggior costo derivante dalle più alte commissioni (*arranging fee*), può risultare determinante nello sviluppo di operazioni di *project financing*, nella misura in cui accredita, anche presso la p.a., affidabilità del progetto, favorendo la stipula dei contratti commerciali e il sollecito avvio dell'iniziativa.

Approfondendo i contenuti del *security package*, è importante rilevare come esso, conformemente alla funzione causale sulla quale si tornerà nel paragrafo che segue, si traduca in impegni contrattuali destinati, per un verso, a ripartire i rischi connessi all'operazione, per altro verso, a consentire, anche in caso di eventi imprevedibili, la prosecuzione dell'iniziativa, attraverso l'assunzione del controllo di quest'ultima, da parte dei finanziatori.

Sul versante degli obblighi aventi ad oggetto la condotta economica della società, si ricordano quelli di non assumere nuovi impegni, assistiti o non da cause di prelazione, verso terzi; quelli di rispettare determinati indici di bilancio e di rappresentare correttamente la situazione economico – finanziaria, fornendo puntuale conto dello stato di sviluppo del progetto; quelli di utilizzare i flussi di cassa, anche attraverso limitazioni all'erogazione di dividendi, in vista della gestione del progetto, anche attraverso l'indennizzo dei finanziatori in relazione ai costi non previsti o a nuove tasse destinate a ridurre il rendimento programmato.

Vanno ancora ricordati gli impegni degli azionisti a garantire un determinato rapporto di indebitamento della società di progetto, immettendo capitali in via preventiva rispetto ai finanziatori.

Sono peraltro previste forme di garanzia classiche, dall'ipoteca sulle immobilizzazioni materiali al pegno sui beni mobili strumentali e sui depositi del conti correnti della società di progetto.

Oltre alla garanzia di completamento dell'iniziativa, il *security package* comprende varie forme obbligatorie di intervento dei promotori e di terzi, in relazione al funzionamento dell'opera e ciò sia nelle fasi critiche di sviluppo dell'iniziativa (si pensi a primi anni successivi al completamento dell'opera), sia in relazione all'ipotesi di inadempimento di altri obbligati.

Come si avrà modo di ribadire nel paragrafo che segue, l'interesse dei finanziatori al completamento dell'opera, in vista dell'utile esercizio della stessa, si traduce anche in alcuni peculiari strumenti di garanzia, quali il pegno sulle azioni della società di progetto o la previsione della cessione, in favore dei finanziatori, dei contratti conclusi dalla medesima società.

Nel quadro del pacchetto delle garanzie, rientrano anche gli impegni assunti da alcuni dei soggetti finanziatori di monitorare lo sviluppo del progetto, attraverso una verifica dell'avanzamento dei lavori, della situazione economico-finanziaria della società di progetto, dei promotori e degli altri obbligati, dell'evoluzione della

normativa di riferimento e, in generale, degli elementi che hanno assunto rilievo nella definizione del piano economico-finanziario.

2. La valutazione del regolamento alla luce dei principi dell'autonomia contrattuale

Come s'è visto nel capitolo che precede, solo in parte (e in modo abbastanza approssimativo) le novità normative introdotte dalla legge n. 415/1998 hanno preso in considerazione i profili più marcatamente privatistici dell'operazione di *project financing* e, in particolare, le problematiche legate alla tutela dei finanziatori e al cd. rischio amministrativo.

È pertanto all'autonomia negoziale che è rimesso il compito di definire il contenuto dei rapporti istituiti tra i vari soggetti coinvolti nell'operazione e, in definitiva, di individuare il necessario collegamento tra i diversi contratti.

In linea generale, appare convincente la ricostruzione che coglie l'essenza del *project financing* nell'individuazione e nella ripartizione dei rischi di un progetto tra una molteplicità di soggetti³⁵⁰, al fine di consentire in ogni caso il completamento dell'iniziativa programmata.

Resta il dato che il criterio di ripartizione e le regole operazionali sono individuabili non in astratto, ma per effetto delle scelte relative alla singola vicenda negoziale. In questa prospettiva, non pare possibile ricostruire una volta per tutte il tipo di collegamento che le parti hanno ritenuto di porre tra i singoli contratti strumentali al perseguimento del risultato e, pertanto, il tipo di regolamento che può trarsi in difetto di una auto-determinazione.

La giurisprudenza, anche di recente³⁵¹, ammette che le parti, nell'esplicazione della loro autonomia negoziale, possono, con manifestazioni di volontà espresse in uno stesso contesto, dar vita a più negozi distinti ed indipendenti ovvero a più negozi tra loro collegati e specifica che le varie fattispecie in cui può configurarsi un negozio giuridico composto possono distinguersi in contratti collegati, contratti misti (quando la fusione delle cause fa sì che gli elementi distintivi di ciascun negozio vengono assunti quali elementi di un negozio unico, soggetto alla regola della causa prevalente) e contratti complessi (contrassegnati dall'esistenza di una causa unica, che si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da precludere che ciascuna delle predette prestazioni possa essere rapportata ad una distinta causa tipica e da imporre una considerazione di tutte le prestazioni come tra loro organicamente interdipendenti e tendenti al raggiungimento di un intento negoziale oggettivamente unico).

In generale la giurisprudenza, nonostante il tenore di alcune massime³⁵², esclude la

³⁵⁰ DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Dir. comm. int.*, 1994, 495.

³⁵¹ Cass. 21 dicembre 1999, n. 14372, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce *Contratto in genere*, n. 301.

³⁵² Cass. 27 novembre 1997, n. 11932, in *Foro it. Rep.*, 1997, voce cit., n. 260: il collegamento causale tra più negozi giuridici presuppone che essi siano stati stipulati tra gli stessi soggetti in modo che un negozio possa influire sull'altro nella regolamentazione degli interessi tra le stesse parti nell'ambito di una finalità complessiva consistente in un assetto economico globale ed inscindibile che le parti

necessaria coincidenza soggettiva di tutte le parti³⁵³ sempre che ricorra l'unitarietà dell'interesse globalmente perseguito³⁵⁴.

D'altra parte, è chiaro che la formula della *communauté d'intérêts*³⁵⁵, poiché rappresenta riassuntivamente i risultati dell'attività di analisi non può che essere condizionata, nella sua concreta portata euristica, da quest'ultima.

Il dato della consapevolezza delle singole parti dell'inserimento del rapporto che le riguarda nello schema più vasto volto a realizzare il progetto finanziato trova, in effetti, concreto riscontro nelle clausole destinate a trasferire l'incidenza di ostacoli alla realizzazione di singoli contratti anche in contratti a questi ultimi connessi. Così ad es., si osserva che il mancato ritiro dell'energia elettrica da parte dell'acquirente per causa di forza maggiore può essere assunto come caso di forza maggiore, in favore della società di progetto, in relazione all'obbligo di rendersi acquirente del combustibile necessario alla produzione dell'energia³⁵⁶.

Va, peraltro, considerato, a riprova dell'impossibilità di operare generalizzazioni sganciate dal concreto atteggiarsi dei rapporti, che, in vista della garanzia del flusso di cassa occorrente per il rimborso del prestito, la società di progetto può concludere contratti riassumibili nelle formule del *take and pay* o del *take or pay*.

Nel primo caso, la parte si impegna ad acquistare il prodotto o il servizio se e in quanto viene reso disponibile. Nel secondo caso, l'acquirente del bene prodotto o l'utente del servizio si impegna ad acquisire quantità di prodotto o di servizio, indipendentemente dall'effettiva consegna o fruizione, ossia, in ultima analisi, ad effettuare pagamenti minimi in modo incondizionato e senza opporre eccezioni.

Tale schema si risolve in una forma di finanziamento dell'acquirente e di rafforzamento di quella che s'è vista essere la principale forma di garanzia di rimborso del finanziamento iniziale³⁵⁷.

La *communauté d'intérêts* può pertanto anche condurre a rendere insensibile il rapporto a valle rispetto alle vicende del rapporto a monte, a riprova del fatto che il punto di equilibrio delle svariate operazioni viene collocato laddove appaia più adeguato all'interesse di chi finanzia l'operazione.

Peraltro, non è agevole individuare lo strumento che consente la realizzazione del nostro ordinamento del *take or pay*.

La soluzione che è parsa più immediata è stata quella di inserire nel contratto una clausola "*solve et repete*", destinata a precludere la proponibilità dell'eccezione di

hanno voluto in ossequio al loro potere di autonomia contrattuale.

³⁵³ Cass. 12 dicembre 1995, n. 12733, in *Foro it.*, 1996, I, 2162, con nota di La Rocca; in *Corr. giur.*, 1996, 411, con nota di Bocchini; in *Società*, 1996, con nota di Colavolpe; in *Notariato*, 1996, 109, con nota di De Cristofaro.

³⁵⁴ Cass. 27 gennaio 1997, n. 827, in *Foro it.*, 1997, I, 1142: le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, possono dar vita ad un collegamento fra contratti, purché consti la sussistenza di un nesso teleologico tra essi e la volontà di realizzare, a mezzo della pluralità negoziale, un assetto economico globale ed inscindibile.

³⁵⁵ L'espressione è utilizzata, tra gli altri, da LOBUONO, 103 e da RABITTI, *Project finance e collegamento contrattuale*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato*, vol. IV, a cura di Galgano, Torino, 1997, 190.

³⁵⁶ RABITTI, *op. cit.*, 191.

³⁵⁷ Si veda la circolare Abi del 14 agosto 2000, in *Appendice ????*

inadempimento (art. 1460 c.c.) e quella di insolvenza (art. 1461 c.c.)

Questa tecnica, che comunque non preclude la possibilità di far valere le eccezioni di nullità, annullabilità e rescissione del contratto, è limitata dalla lettera del codice alla sola rilevanza delle eccezioni. Non è pacifica la soluzione che ritiene ammissibile la clausola con la quale si preclude alla parte anche l'esercizio di rimedi diversi³⁵⁸.

Comunque, la giurisprudenza ritiene, in tal modo restringendo l'ambito applicativo della figura, che la clausola di cui all'art. 1462 c.c. può essere utilizzata dal contraente solo se da parte sua vi sia stato adempimento, pur se irregolare, e non già nel caso di inadempimento in senso stretto³⁵⁹.

Secondo altra opinione, il fondamento dell'obbligo incondizionato di pagamento andrebbe cercato nella specifica causa dell'operazione che giungerebbe, nella sua unitarietà ad illuminare i singoli rapporti, sottraendoli ad una visione atomistica (Draetta, 503). Infine, si è ipotizzata la configurabilità di un contratto aleatorio comprendente una vendita di cosa futura³⁶⁰.

Sotto altro profilo, va rilevato che la normale interdipendenza dei contratti collegati deve essere comunque letta nella prospettiva dei finanziatori, interessati comunque alla realizzazione del progetto.

Tale finalità, per un verso, spiega come l'attenzione alla redditività del progetto non sia disgiunta dalla considerazione della situazione dei promotori e da una serie di garanzie che concernono questi ultimi (si pensi agli impegni a carico dei promotori per il caso di inadempimento di altri obbligati)³⁶¹, per altro verso, consente di comprendere come il contenuto del *security package* sia essenzialmente orientato ad assicurare la realizzazione del progetto, fonte del flusso di cassa atteso (si pensi alla cessione dei diritti contrattuali o alle garanzie sui beni mobili e immobili della società di progetto, per giungere al pegno sulle azioni della *project company*; si pensi, ancora, all'istituto del subentro del quale si è trattato nel capitolo che precede *sub par.* 10.2).

L'importanza che la causa dell'intera operazione assume, al fine di giustificare un intendimento coordinato e armonico dei singoli rapporti, non deve tuttavia condurre né ad affrettate generalizzazioni, slegate dall'analisi di moduli negoziali la cui complessità è in funzione della predeterminazione dei nessi tra i vari rapporti, né a risultati totalizzanti che pongano in *non cale* atti e negozi da riguardare, ai fini dell'applicazione di alcune norme, in termini di autonomia dei loro autori.

Così ad esempio la tesi per la quale l'appaltatore della costruzione potrebbe vedersi esposto all'esercizio delle azione revocatorie, ordinarie e fallimentari, e, sotto altro profilo, vedersi negare la qualità di terzo creditore, non appare condivisibile.

Quanto al primo aspetto, la revocatoria presuppone non solo la consapevolezza del pregiudizio recato alle ragioni dei creditori (nel caso della revocatoria fallimentare, la *scientia decoctionis*), ma anche la possibilità di non porre in essere l'atto da assoggettare a revocatoria³⁶², ad esempio avvalendosi del rimedio della eccezione di

³⁵⁸ Bianca, *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994, 358.

³⁵⁹ Cass. 3 dicembre 1981, n. 6406, in *Foro it.*, 1982, I, 698, con nota di Di Paola.

³⁶⁰ Rabitti, *op.cit.*, 209.

³⁶¹ Del resto come s'è visto nel capitolo che precede, la forma più diffusa di *project financing* è il c.d. *limited recourse*, che consente al finanziatore anche la possibilità di rivalersi, entro limiti prefissati, sul patrimonio dello sponsor oppure di escutere le garanzie fideiussorie.

³⁶² Cass., sez. un., 11 novembre 1998, n. 11350, in *Foro it.*, 1999, I, 544; in *Fallimento*, 1999,

inadempimento *ex art.* 1460 c.c. o negando o sospendendo la prestazione nell'ipotesi di cui all'art. 1461 c.c., se le condizioni economiche e patrimoniali della controparte siano divenute tali da porre in pericolo il conseguimento della prestazione. S'intende, allora, come la possibilità di invocare l'inefficacia di atti posti in essere tra soggetti non coinvolti in alcuna situazione di impossibilità di adempiere regolarmente le obbligazioni finirebbe per incidere su atti che, ove dovuti, non potevano non essere compiuti e comunque non erano destinati ad alterare la consistenza qualitativa o quantitativa del patrimonio del debitore.

Negare poi la qualità di terzo creditore al soggetto coinvolto in uno dei rapporti relativi all'operazione di *project financing* appare una conseguenza non imposta dall'unitarietà dell'operazione economica. Altro è dire che il significato pieno di un rapporto si coglie nella visione complessiva dei contratti predisposti, altro è giungere a negare, a qualunque fine, l'autonomia di ciascuna operazione, ponendo in secondo piano la circostanza che ciascun contraente trae un utile dal singolo rapporto che lo riguarda e non dall'intera operazione.

In particolare, non va dimenticato che anche se il collegamento dei contratti delineato dalle parti può determinare un vincolo di reciproca dipendenza tra di essi, così che le vicende relative all'invalidità, all'inefficacia o alla risoluzione dell'uno possano ripercuotersi sugli altri, detto collegamento non esclude che i singoli contratti si caratterizzino ciascuno in funzione di una propria causa e conservino una distinta individualità giuridica³⁶³.

3. La disciplina economica del rapporto

Il problema fondamentale della disciplina economica del rapporto concessorio, anche nella fisionomia scaturita dai recenti sviluppi legislativi è dunque quello di conciliare due opposti interessi, l'interesse pubblico all'esecuzione dell'opera e eventualmente all'erogazione del servizio connesso con il minor dispendio economico e quello del concessionario ad ottenere la remunerazione della propria attività.

Per evitare situazioni di crisi conseguenti ad evenienze straordinarie incidenti sul rapporto concessorio sono ipotizzabili una serie di rimedi costituenti garanzie a favore del concessionario predisposte dal concedente oppure in forme diverse (es. garanzie assicurative).

Costituiscono garanzie in senso tecnico alcune misure finalizzate a mantenere l'equilibrio economico-finanziario del rapporto che possono tradursi in clausole inserite nella convenzione quali l'indicizzazione automatica delle tariffe da applicarsi senza necessità di approvazione caso per caso da parte del concedente, la previsione di un indennizzo in caso di blocco delle tariffe o di altre misure economiche incidenti negativamente sulla vita finanziaria del concessionario, la previsione della costituzione, in caso di difficoltà finanziarie eccezionali del concessionario, di linee di credito agevolate.

Appare tuttavia opportuno, per l'ipotesi in cui non possano operare o non siano state apprestate idonee garanzie, valutare fino a che punto il concetto di alea normale del contratto possa sacrificare gli interessi del concessionario.

87; *ibid.*, 311 (m), con nota di Lamanna; in *Corr. giur.*, 1999, 317, con nota di Tarzia.

³⁶³ Cass. 25 agosto 1998, n. 8410, in *Contratti*, 1999, 336, con nota di Grissini; in *Riv. arbitrato*, 1999, 455, con nota di Giorgetti.

A fronte di evenienze del genere, il testo dell'art. 19 prevede un adeguamento che consente il riequilibrio contrattuale, in assenza di apposita previsione contrattuale – ma che sicuramente non risolve tutti i possibili problemi.

Un rimedio volto a ricondurre il contratto ad equità, nell'ipotesi di sopravvenienze onerose, rappresenta uno strumento per assicurare la legittimità dell'azione amministrativa, che si esprime nel rispetto del principio di congruità, e, sul piano privatistico, per recuperare, in sede di integrazione *ex art. 1374 c.c.* ed in fase esecutiva, la buona fede che deve prevalere sulla "convenienza", sia al momento della genesi del contratto, che nel corso del rapporto.

L'art. 19, comma 2-*bis*, come riformulato in seguito all'entrata in vigore della legge n. 166 del 2002, dispone che "*l'amministrazione aggiudicatrice, al fine di assicurare il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario, può stabilire che la concessione abbia una durata anche superiore ai trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui al comma 2 sull'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato*". La stessa norma prevede inoltre che i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante.

Per mantenere tale equilibrio la disposizione in esame stabilisce che le variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni di base, nonché norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, qualora determinino una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni, ed in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dalla concessione³⁶⁴.

Dal tenore della norma che configura la revisione come "necessaria" non sembra potersi desumere una mera facoltà per l'amministrazione di procedere alla revisione, in considerazione del diritto del concessionario di recedere dalla concessione in mancanza della revisione.

A carico dell'amministrazione vi è piuttosto un obbligo *de contrahendo ex lege*, finalizzato ad addivenire ad una modifica della convenzione per ricostituire l'originario equilibrio sinallagmatico ed evitare il recesso che può attuarsi solo nel caso in cui le trattative, che vanno condotte alla stregua degli ordinari principi di buona fede e correttezza, non consentano di raggiungere l'accordo.

Il riferimento legislativo alla revisione e l'obiettivo perseguito, cioè "la rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio", consentono di considerare tutti i possibili strumenti per il riequilibrio, cioè non solo il prolungamento del

364

"Nel silenzio legge, che non indica la soglia minima oltre la quale la modifica dell'equilibrio di piano diventa rilevante, parrebbe applicabile il disposto di cui all'articolo 1467, comma 2, codice civile, che esclude la rilevanza della sopravvenuta onerosità che rientri nell'alea normale del contratto", così R. CARANTA, in Aa.Vv., *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F. Caringella, *cit.*, 514.

periodo della concessione, anche oltre la durata originariamente pattuita, ma pure l'aumento delle tariffe unitamente o alternativamente all'aumento del contributo pubblico, come suggerito dal termine "anche" che precede il richiamo alla proroga³⁶⁵. Prima della modifica operata dalla legge n. 166 del 2002, che ha fatto venir meno nei limiti indicati³⁶⁶ il limite dei trenta anni, si era posto il problema se la proroga dovesse essere comunque contenuta nel limite di trent'anni previsto in via generale dalla legge, o se comunque potesse superarlo. Quest'ultima appariva la soluzione preferibile, dovendosi privilegiare l'interpretazione della norma volta a consentirne l'applicazione a tutte le ipotesi dalla stessa contemplate, in considerazione della circostanza che altrimenti la possibilità di un prolungamento del termine della concessione, quale strumento per recuperare le condizioni di riequilibrio del piano, non sarebbe stata applicabile ai casi in cui il termine fosse già stato fissato nella sua durata massima.

Nel caso in cui non si raggiunga un accordo tra concedente e concessionario sulla revisione, il concessionario può recedere dal rapporto.

Il potere di recedere è conferito dalla legge come rimedio per l'onerosità della prosecuzione del rapporto e viene a configurarsi quale potere di autotutela il cui esercizio "è assoggettato al controllo dell'adeguatezza del mezzo alla sua funzione"³⁶⁷.

L'art. 19, comma 2-bis, nel disciplinare le conseguenze patrimoniali del recesso, rinvia all'art. 37-septies, comma 1, lettere a) e b), e comma 2, che disciplina la risoluzione per inadempimento del soggetto concedente ovvero la revoca per motivi di pubblico interesse, specificando gli oneri che sono rimborsati al concessionario. Pertanto, al concessionario spetta un indennizzo quantificato sul valore delle opere realizzate, più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, sui costi effettivamente sostenuti dal concessionario, nonché l'importo corrispondente alle penali ed agli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione.

E' stata già sottolineata nel commento dedicato all'art. 37-septies, l'incongruità della determinazione degli indennizzi spettanti al concessionario nel caso di risoluzione del rapporto per inadempimento dell'amministrazione.

Resta parimenti inspiegabile l'esclusione, nell'art. 19, comma 2-bis, del rinvio alla lett. c) dell'art. 37-septies, che dispone la corresponsione di un indennizzo, a titolo di risarcimento del mancato guadagno, pari al 10 per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario.

In dottrina è stato sostenuto che il diverso trattamento delle ipotesi di risoluzione e recesso può giustificarsi in base alla circostanza che nel primo caso vi è un inadempimento dell'amministrazione concedente e quindi l'inosservanza di obblighi

³⁶⁵ Cfr. S. AMOROSINO - R. SCIUTO, in (a cura di A. Bargone - P. Stella Richter), *Manuale del diritto dei lavori pubblici - La riforma e i procedimenti di attuazione*, Milano, 2001, 607, nel senso che la revisione delle condizioni possa contemplare anche l'aumento del contributo pubblico.

³⁶⁶ Cfr. Baldi M. op. cit. Cap. IV par. 3.

³⁶⁷ BIANCA, *Diritto civile, 3 - Il contratto*, Milano, 1984, 704, in relazione al recesso dai contratti a prestazione continuata o periodica.

compresi nel rapporto di concessione (art. 37-*septies*, comma 1), mentre il recesso è conseguente ad un'assenza di riequilibrio economico-finanziario, che segue a valutazioni discrezionali dell'amministrazione e che può essere del tutto priva degli estremi dell'inadempimento³⁶⁸.

Va tuttavia considerato che nella disciplina dei lavori pubblici allo scioglimento del rapporto per volontà unilaterale dell'amministrazione è collegato un indennizzo, determinato in misura forfetaria proprio nel decimo dell'importo delle opere non eseguite (art. 345 legge ll.pp.). La quantificazione prevista da tale disposizione copre sia il danno emergente che il lucro cessante, ma non coincide con l'ammontare pecuniario del danno effettivamente subito, rientrando nelle novero delle indennità dovute per il ristoro dei danni derivanti dai c.d. atti leciti dannosi, configurandosi quale contropartita del recesso, legittimo ma lesivo degli interessi patrimoniali dell'appaltatore.

Tale categoria assurge a principio di carattere generale, che trova riscontro in varie norme del codice civile (artt. 834, 843, 997, 1053, 1328, 1751), espressione del superamento della concezione sanzionatoria e soggettivistica che identificava nell'atto illecito il presupposto necessario della responsabilità civile, in favore di una prospettiva incentrata sulla nozione del danno ingiusto. In questa caratterizzazione della responsabilità lo spostamento dell'attenzione dalla condotta *contra ius* del soggetto agente al pregiudizio, induce a ravvisare il fondamento dell'obbligo di risarcimento nel fatto obiettivo della lesione, per cui il problema del risarcimento si risolve nell'individuazione del criterio in base al quale, nell'ambito del rapporto che si instaura tra le parti, stabilire se il pregiudizio debba gravare su un soggetto o un altro³⁶⁹.

Non vi sono idonee ragioni per giustificare la diversa posizione del concessionario rispetto all'appaltatore, in considerazione della progressiva assimilazione dei due istituti e contrattualizzazione del rapporto concessorio³⁷⁰.

Il rispetto del principio generale di buona fede impone che lo scioglimento

³⁶⁸

Società di progetto, cit. 629.

Sul punto cfr. GIAMPAOLINO,

³⁶⁹ Cfr. RODOTÀ, *Ipotesi sul diritto privato*, ne *Il diritto privato nella società moderna*, Saggi a cura di Rodotà, Bologna, 1971, 20 e ss. La stessa Corte di Cassazione nella sentenza n. 500 del 1999, *cit.*, sulla risarcibilità dei danni conseguenti alla lesione di interessi legittimi, ha posto l'accento sulla centralità del danno, valorizzando la qualificazione dell'ingiustizia quale presupposto del risarcimento, mentre la colpevolezza della condotta attiene all'imputabilità della responsabilità, aderendo in sostanza all'indirizzo che, nel campo dell'attività amministrativa, considera la colpa, intesa come componente soggettiva del comportamento, insita nella emanazione volontaria del provvedimento lesivo, sul quale cfr. Cass. 24 maggio 1991, n. 5883, in *Corr. giur.*, 1991, 1081, con nota di Marone, *Un ulteriore passo avanti nell'identificazione della responsabilità della Pubblica amministrazione*; Cass. 20 gennaio 1995, n. 623, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2460 che limita l'accertamento della colpa all'attività materiale dell'amministrazione, ribadendone l'irrilevanza nell'attività provvedimentale.

³⁷⁰ La spettanza di un'indennità in caso di revoca della concessione è stata riconosciuta da Cons. Stato, Sez. IV, 30 luglio 1994, n. 639 in *Foro amm.*, 1994, 1714 e ss.

unilaterale di un rapporto contrattuale sia subordinato alla salvaguardia dell'interesse della controparte, che si attua con la previsione di un preavviso – che non è previsto dall'art. 37-*septies* ai fini dell'esercizio della revoca - o in alternativa del pagamento di un indennizzo³⁷¹.

Nel caso in cui le variazioni apportate o le nuove condizioni introdotte risultino favorevoli al concessionario, la revisione del piano dovrà essere effettuata a vantaggio del concedente.

E' stabilito sempre dall'art. 19, per consentire l'attuazione del riequilibrio, che il contratto contenga il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e preveda la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione.

L'applicazione della norma implica quindi una comparazione tra l'equilibrio originario delle prestazioni e il diverso equilibrio riscontrabile all'atto della esecuzione, che potrebbe risultare alterato anche se il rapporto economico tra prestazione e controprestazione continua ed essere espresso dagli stessi elementi parametrici valutati al tempo dell'offerta (nel caso in cui il corrispettivo sia rappresentato dalla gestione) o nella stessa entità numerica, allo scopo di verificare se in realtà i termini della proporzione non siano mutati, determinando una situazione economica complessiva del tutto diversa da quella originaria, a tutto danno del concessionario.

L'art. 19, nella parte in cui inserisce tra i fattori suscettibili di determinare alterazioni all'originario equilibrio economico-finanziario, le variazioni apportate dall'Amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti nonché norme legislative o regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, rappresenta un'espressione del c.d. *factum principis*, che si sostanzia in un provvedimento legislativo od amministrativo, dettato da interessi generali che renda impossibile la prestazione, indipendentemente dal comportamento dell'obbligato oppure determini un aggravamento della stessa.

In linea generale, l'imposizione di nuovi oneri sulla prestazione di una parte può costituire evento straordinario ed imprevedibile ai fini dell'eccessiva onerosità³⁷².

In seguito alla modifica dell'art. 19 comma 2-*bis* da parte della legge n. 166 del 2002, deve tuttavia tenersi conto che nella determinazione dei presupposti e delle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, può venire in considerazione anche il possibile rischio connesso alle modifiche delle condizioni di mercato.

Deve trattarsi di una tipologia di rischio suscettibile di eliminazione o quanto meno di attenuazione tramite un prolungamento del periodo di durata della concessione, oltre i trenta anni stabilito al momento dell'elaborazione del piano economico-finanziario. In questo caso, se il rischio connesso alle modifiche delle condizioni di mercato, è stato considerato ai fini della determinazione della durata della concessione, secondo quanto espressamente previsto dalla prima parte del nuovo comma 2-*bis* dell'art. 19, il verificarsi della modifica delle condizioni di mercato

³⁷¹ BIANCA, *op. ult. cit.*, 705.

³⁷² *it.*, 1959, I, 1, 854.

Cass. 18 gennaio 1959, n. 128, in *Giur.*

contemplata, non potrebbe, anche se fosse determinato dallo *jus superveniens* (norme legislative regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione), giustificare la revisione del rapporto concessorio sia in termini generali tramite la rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, sia a maggior ragione tramite la proroga del termine di scadenza. Questo perché essendo già stata contemplata la particolare tipologia di rischio tanto che sulla considerazione della stessa è stata fissata la durata della concessione, verrebbe meno il presupposto della sopravvenienza, cioè la sua non prevedibilità.

L'analisi che viene compiuta (dall'amministrazione nella concessione *ex art. 19* e dal promotore - ma condivisa dall'amministrazione nella concessione di cui agli artt. 37-*bis* e ss.) sul rendimento della concessione in relazione ai rischi connessi alle modificazioni del mercato, ai fini della determinazione ultratrentennale della durata della concessione, è una analisi potenziale, fondata sugli elementi conoscibili al momento della concessione.

Ne consegue la valutazione va condotta sul piano della prevedibilità dell'incidenza dei mutamenti sopravvenuti sull'equilibrio economico-finanziario.

Non è quindi sufficiente per escludere la revisione unicamente l'aver stabilito la durata della concessione oltre i trenta anni, ma si tratta di verificare in concreto, sulla base di un giudizio prognostico *ex ante*, l'ambito delle modifiche alle condizioni di mercato per verificare se possano rientrare nell'alea del contratto ai sensi dell'art. 1467 comma 2 c.c.

Infatti, devono ritenersi rientranti nel normale rischio di impresa quelle variazioni dei costi dipendenti dal *factum principis* che configurandosi come un ordinario sviluppo della normativa vigente all'epoca della stipulazione (quali ad es. le norme sopravvenute in materia di sicurezza, impianti, ecc.), assumono il carattere della prevedibilità.

Lo stesso non può dirsi per i provvedimenti, legislativi o amministrativi, che incidono in misura rilevante sul contenuto della prestazione, in guisa da alterare in modo generale e profondo i termini economici del rapporto.

Considerazioni analoghe valgono per i fattori straordinari ed imprevedibili che si identificano in una situazione di carattere generale, suscettibile di incidere, direttamente o indirettamente, sugli oneri a carico del concessionario.

In sostanza è in base al grado di valutazione dei possibili rischi connessi alle modificazioni delle condizioni del mercato operato in sede di stipulazione del contratto, anche al fine di determinare la eventuale durata della concessione superiore ai trenta anni, che deve verificarsi la possibilità di ottenere la revisione piano economico-finanziario.

Il riconoscimento della possibilità da parte dell'amministrazione di attenuare la vincolatività dell'impegno contrattuale è coerente con la tradizionale impostazione, affermata in materia di convenzioni urbanistiche, in virtù della quale l'instaurazione del vincolo contrattuale non preclude all'amministrazione l'esercizio dei propri poteri pubblicistici, salva la necessità di specifica ed esauriente motivazione sulle origini di pubblico interesse che inducono a ritenere superato l'assetto negoziale costituito con la convenzione e, prevalente il nuovo interesse

pubblico rispetto a quello del privato³⁷³.

La riserva in capo all'amministrazione aggiudicatrice di uno *jus variandi* incidente sui presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio del rapporto contrattuale, perpetua la scissione tra l'amministrazione-contraente e l'amministrazione-autorità. In sostanza, anche con la nuova configurazione contrattuale del rapporto concessorio, non può ritenersi che l'Ente addivenendo alla stipula del contratto si impegni ad esercitare le proprie pubbliche funzioni incidenti sull'equilibrio del rapporto contrattuale delineato dalla convenzione, con determinate modalità, precludendosi - in contrasto con le regole proprie dell'attività amministrativa - un migliore perseguimento dei propri fini istituzionali, anche attraverso una nuova valutazione dell'assetto di interessi.

A fronte dell'esercizio, con tali effetti dei poteri pubblicistici anche durante la fase esecutiva della concessione, il privato dispone unicamente dei rimedi generali di legittimità, regredendo i diritti nascenti dal contratto al rango di interessi legittimi, salvo il diritto alla revisione o agli indennizzi in caso di recesso.

Si pensi all'ipotesi in cui in una concessione relativa ad un parcheggio, l'amministrazione si sia impegnata a realizzare un certo numero di strade di accesso, per garantire il flusso di ricavi ipotizzato dal piano e successivamente siano intervenute nuove previsioni urbanistiche che impediscono, in tutto in parte tale condizione.

Pertanto, la natura del vantaggio attribuito al privato in seguito alla stipulazione della convenzione si configura quale diritto soggettivo suscettibile di degradazione ad interesse legittimo, in seguito all'esercizio da parte dell'amministrazione del potere di revocare o modificare la concessione in relazione a sopravvenute esigenze pubbliche.

Sotto tale profilo il carattere indisponibile dei poteri pubblicistici e quindi l'impossibilità di stipulare contratti che comportino la rinuncia a perseguire finalità istituzionali e ad esercitare i relativi poteri³⁷⁴, implica che la condotta dell'Ente non possa configurarsi in termini di inadempimento, rilevando invece il difetto funzionale sopravvenuto.

Va tuttavia considerato che il più recente orientamento giurisprudenziale, pur senza disconoscere il carattere indisponibile delle pubbliche funzioni, appare più sensibile alla tutela dell'affidamento ingenerato dal privato, attraverso una rigorosa considerazione del presupposto soggettivo dell'assenza di colpa da parte del debitore riguardo alla determinazione dell'evento che ha reso impossibile la prestazione ai fini dell'applicazione degli artt. 1218 e 1256 c.c.

³⁷³ Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 1998, n. 437, in *Foro amm.*, 1998, 674; Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 1997, n. 481, in *Riv. giur. ed.*, 1997, I, 928; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 1998, n. 382, in *Foro amm.*, 1998, 658; Cass., sez. un. 25 luglio 1980, n. 4833, in *Foro it.*, 1982, I, 527; Cass. 12 giugno 1982, n. 3541, *ibid.*, 1860; Cass. 19 aprile 1984, n. 2567, *id.*, 1984, I, 1202.

³⁷⁴ Cfr. Cass., sez. un., 4 gennaio 1995, n. 93, in *Foro it.*, 1995, I, 102, che considera un siffatto contratto invalido ed inefficace e quindi inidoneo a far nascere obbligazioni e diritti soggettivi di cui possa pretendersi l'osservanza, e Cass. 30 gennaio 1985, n. 580, in *Riv. giur. ed.*, 1985, I, 426, sulla sopravvenuta impossibilità del Comune di adempiere agli obblighi assunti per effetto della sopravvenienza di nuovi strumenti urbanistici.

Non può invocarsi la liberazione del debitore per sopravvenuta impossibilità della sua prestazione nel caso in cui l'ordine o il divieto dell'autorità amministrativa (*factum principis*) sopravvenuto, fosse ragionevolmente e facilmente prevedibile, secondo la comune diligenza, all'atto della assunzione dell'obbligazione, ovvero rispetto al quale il debitore “non abbia, sempre nei limiti segnati dal criterio della ordinaria diligenza, sperimentato tutte le possibilità che gli si offrivano per vincere o rimuovere la resistenza o il rifiuto della pubblica autorità”³⁷⁵.

In presenza di un puntuale vincolo contrattuale, anche la sopravvenienza di pubblico interesse va apprezzata alla stregua dell'obbligo della stessa amministrazione “di tenere motivatamente presente la esistenza della convenzione contrattuale di fronte ai sopravvenuti interessi pubblici”³⁷⁶.

Dunque la condotta dell'amministrazione, seppure interferente con l'esercizio di poteri pubblicistici, assume valenza contrattuale e si presta ad una valutazione in termini di inadempimento.

Il carattere non negoziabile del potere pubblicistico si riflette sugli effetti del contratto, nel senso che l'obbligo, negoziale, assunto dall'amministrazione incide sull'esercizio di tale potere, imponendo la dovuta considerazione della negoziazione, sotto pena - in difetto di considerazione - di emanare un atto illegittimo.

L'illegittimità dell'atto amministrativo sotto tale profilo in relazione all'esercizio del potere pubblicistico, si traduce sul piano contrattuale in inadempimento, non perché l'amministrazione “abbia negato alla parte adempiente l'utilità che si attendeva dall'esecuzione della convenzione, ma soltanto perché, in luogo di quell'utilità, non ha dato soddisfazione all'aspettativa del privato ad una corretta azione amministrativa”³⁷⁷.

In sostanza, il vincolo contrattuale incide sui poteri autoritativi, pur non limitandone l'esercizio, sotto il profilo della tutela dell'affidamento, determinando la valutazione della condotta dell'amministrazione in termini di rispetto degli obblighi contrattuali di buona fede³⁷⁸.

³⁷⁵

Cass., sez. I, 28 novembre 1998, n. 12093, in *Mass.*, 1998; nel caso oggetto della pronuncia un Comune, dopo essersi obbligato, nell'esercizio di un'attività di carattere privatistico, a ricostruire a proprie spese un locale adibito ad autorimessa di proprietà dei ricorrenti, demolito in sede di esecuzione di un'opera pubblica, pur non risultando compreso nella procedura di esproprio, aveva poi allegato, a giustificazione della mancata ricostruzione, la sopravvenuta normativa urbanistica, che aveva disposto l'assoluta inedificabilità della zona *de qua*; il supremo collegio ha ritenuto non decisiva l'inammissibilità di un sindacato sulla volontà dell'ente in sede di formazione del regolamento edilizio in quanto esercizio di un pubblico potere discrezionale, sottolineando la necessità dell'apprezzamento, ai fini della valutazione della sussistenza della colpa in capo al Comune, anche della singolare prossimità dell'intervento dello strumento urbanistico rispetto all'assunzione dell'obbligo privatistico, e, quindi, della ragionevole prevedibilità, all'atto di detta assunzione, della futura emanazione del provvedimento amministrativo.

³⁷⁶ Cass., sez. un., 5 marzo 1993, n. 2669, in *Foro it.*, 1993, I, 3308.

³⁷⁷ Cass., sez. un., 5 marzo 1993, n. 2669, *cit.*

³⁷⁸ Ma cfr. Cass., sez. I, 2 marzo 1996, n. 1644, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1613, secondo cui “in presenza di obbligazione negativa, assunta da un Comune nei confronti del privato, di mantenere lo stato di

Peraltro, la conclusione vale solo nei casi in cui gli obblighi assunti dall'amministrazione attengono all'esercizio di potestà discrezionali, e segnatamente quelle relative al governo del territorio, mentre nei casi in cui l'oggetto della prestazione dell'amministrazione si identifica con una attività materiale, ancorché regolata dalle norme pubblicistiche sulla formazione della volontà dell'Ente, la condotta dell'amministrazione si presta ad una valutazione in termini di inadempimento contrattuale di quello specifico obbligo³⁷⁹.

Sia la tutela dell'affidamento del soggetto privato che i vincoli allo *jus variandi* dell'amministrazione, appaiono più penetranti nella concessione rispetto alle convenzioni urbanistiche.

A differenza del privato, parte di una convenzione urbanistica, infatti, il concessionario si trova a realizzare un intervento oggetto di programmazione da parte dell'ente ai sensi dell'art. 14 della legge n. 109, già sottoposto al vaglio della conformità urbanistica *ex art. 14*, comma 8 e, considerato rispondente al pubblico interesse *ex art. 37-ter*.

Il concessionario non attua soltanto un interesse proprio, tipico di ogni rapporto contrattuale, ma anche un interesse pubblico in ordine alla realizzazione dell'opera ed alla gestione del servizio, nei termini delineati all'esito del complesso procedimento che inizia con la programmazione e sfocia nell'aggiudicazione.

Per cui nell'adozione delle determinazioni amministrative espressione di poteri pubblicistici dell'amministrazione diversi ma interferenti con l'oggetto della concessione, la comparazione non va effettuata solo tra l'interesse del privato al rispetto dell'assetto negoziale e l'interesse pubblico sottostante all'esercizio dello *jus variandi*.

Le scelte incidenti sulla funzionalità della concessione dovranno essere valutate alla luce dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera ed alla gestione del servizio, secondo i contenuti risultanti all'esito del procedimento amministrativo in cui la discrezionalità amministrativa si è espressa nel contenuto della convenzione, comprensivo dei presupposti e delle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione.

Il riferimento alle "variazioni apportate dall'amministrazione aggiudicatrice a detti presupposti o condizioni", non potrebbe quindi interpretarsi nel senso di consentire un potere di modifica unilaterale dei contenuti del rapporto, al di là delle previsioni

edificabilità di un'area, onde non menomare il diritto del privato di edificare, costituisce inadempimento della suddetta obbligazione (e conseguentemente data di inizio della prescrizione del diritto risarcitorio del privato) quella di deliberazione del nuovo Piano Regolatore Generale, che abbia dichiarato l'area in questione inedificabile, facendo così scattare le misure di salvaguardia, ancor prima dell'approvazione del piano". Sull'obbligo di correttezza della pubblica amministrazione nelle trattative cfr. Cass. 11 maggio 1990, n. 4051, in *Foro it.*, 1991, I, 184, (con nota di Caruso); sull'obbligo di buona fede nell'esecuzione del contratto, come dovere d'informazione e motivazione, e sul risarcimento in caso di inosservanza, v. Cass. 28 maggio 1992, n. 6392, *id.*, 1993, I, 488, con nota di richiami.

³⁷⁹ Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 25 maggio 1990, n. 282, in *Riv. giur. ed.*, 1991, I, 160: "Allorquando il Comune, in sede di convenzione di lottizzazione, si impegna a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione secondaria (sebbene, nella specie, subordinatamente agli stanziamenti previsti in bilancio ed all'entità dei contributi derivanti dalla lottizzazione), si assume un vero e proprio obbligo giuridico di fare, di natura contrattuale, il cui adempimento non comporta l'esercizio di un potere pubblico, bensì l'esplicazione di una mera attività materiale esecutiva dell'obbligo contrattuale così assunto dal Comune stesso".

contrattuali o di specifiche discipline di settore, che attribuiscono all'amministrazione un potere di incidere ab extra su un rapporto concessorio in termini simili a quanto previsto dagli artt. 340 e 341, legge ll.pp.

E' ovvio che deve trattarsi di fatti suscettibili di incidere sul rapporto in relazione alla sua durata.

La norma quindi rappresenta un'espressione del principio della sopravvenienza di cui all'art. 1467 c.c.

Il riferimento ai nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, consente di applicare il rimedio della revisione del piano anche nei casi in cui l'onerosità si manifesti sotto forma di svilimento della controprestazione. Infatti il concessionario fonda le sue previsioni sul recupero degli investimenti e sulla redditività dell'intervento, su una aspettativa in ordine ai proventi della gestione dipendente dall'utilizzazione del bene, che nel corso della durata della concessione potrebbe mutare in conseguenza di questi fattori.

La soluzione è ancorata alla finalità dell'istituto che è quella di conservare un equilibrio tra le prestazioni, per cui assumono rilevanza tanto l'aumento di valore o di costo della prestazione, quanto lo svilimento della controprestazione.

Nonostante il tenore letterale dell'art. 1467, che sembra orientare l'interprete nel senso che solo il rischio di aumento del valore della prestazione debba essere ripartito tra le parti, tale situazione è strettamente correlata e dunque assimilabile a quella in cui una parte vede diminuire il valore del "bene" che riceve.

Infatti, in entrambi i casi, la prestazione attiva o passiva di una delle parti non è più idonea a fungere da contropartita alla prestazione dell'altra. La giustificazione, sotto il profilo economico-giuridico, della risoluzione del contratto nelle due ipotesi, è la stessa, seppur caratterizzata da una diversa prospettiva.

Nel corso del rapporto concessorio si possono verificare una serie di evenienze incidenti sul profilo finanziario, che travalicano il rischio d'impresa che il concessionario, come qualsiasi imprenditore, si assume nella connotazione derivante dalla peculiarità dei suoi compiti. Così, oltre al caso di mutamento nelle previsioni urbanistiche - che qualificandosi come atti di pianificazione non possono rientrare nel novero delle "norme legislative e regolamentari" - per il quale valgono le considerazioni già svolte, potrebbero aversi mutamenti nella pianificazione incidenti sulla concessione (es. piani di gestione di rifiuti regionali e provinciali di cui agli artt. 22 e 23 del D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22), una restrizione delle linee di credito, un andamento anomalo dei tassi di interesse, eventi di forza maggiore incidenti sul programma dei lavori, imposizioni fiscali non prevedibili al momento del sorgere del rapporto, determinanti alterazioni dei costi, - si pensi all'esecuzione di programmi di intervento scaglionati nel tempo - innovazioni tecnologiche che rendono superati i servizi offerti dal concessionario, incidendo sull'andamento delle entrate della gestione.

La sopravvenienza può anche essere conseguenza di interventi della pubblica amministrazione incidenti sulle condizioni esterne per la redditività del progetto (ad esempio nel caso della modificazione delle politiche del traffico che si riflette sulla gestione dei parcheggi realizzati in *project financing*).

Inoltre, poiché la norma si riferisce alle variazioni "apportate dall'amministrazione aggiudicatrice", restano fuori dall'ambito di applicazione della stessa quegli

interventi di amministrazioni diverse dall'amministrazione concedente che non si traducono in una disciplina legislativa o regolamentare suscettibile di incidere, sotto il profilo tariffario o gestionale, sull'attività del concessionario³⁸⁰.

Si tratta di una evenienza non remota considerando lo stretto intreccio di competenze tra le diverse amministrazioni che può incidere sulle attività oggetto della concessione.

Mentre nella fase di avvio dell'intervento è possibile ipotizzare, mediante il ricorso a strumenti procedimentali di tipo consensuale³⁸¹, un meccanismo che possa evitare al promotore il rischio amministrativo della realizzabilità dell'opera, tale risultato appare difficilmente conseguibile per le evenienze che si verificano nel corso del rapporto suscettibili di alterare l'originario equilibrio economico-finanziario.

D'altra parte in base alla nuova formulazione dell'art. 19, seppure al fine di stabilire una durata della concessione anche superiore ai trenta anni, i rischi connessi alle modifiche delle condizioni del mercato, non limitati a quelli derivanti da sopravvenienze normative, sono espressamente contemplati quali fattori che possono incidere sull'equilibrio economico-finanziario del piano.

Le sopravvenienze rilevanti sono tutte quelle che assumono il carattere della straordinarietà ed imprevedibilità, determinanti un'alterazione del sinallagma funzionale, che non può considerarsi compresa nell'alea normale del contratto, in quanto provoca una rottura dell'equilibrio contrattuale.

La storia dell'istituto è stata segnata dal diverso peso che nei vari momenti ha assunto l'uno o l'altro degli interessi del soggetto pubblico e del soggetto privato contrapposti. Ma a ben vedere è proprio dall'equilibrio tra interesse pubblico e privato che dipende la sorte della concessione quale mezzo di finanziamento delle opere pubbliche, in quanto se è vero che la prevalenza dell'interesse privato in passato ha inciso non poco sulle finanze statali, è pur vero che l'imprenditore privato non potrebbe essere indotto ad una attività in cui il tasso di rischio è alto, senza una adeguata garanzia sull'aggravamento del rischio.

E' quindi nella logica della concessione che, in ragione dell'interesse pubblico specifico sottostante alla stessa, gli interessi delle parti non debbano risentire di quella contrapposizione o antiteticità che normalmente si verifica in qualsiasi altro rapporto obbligatorio scaturente da contratto.

Vi è comunque un interesse pubblico alla realizzazione dell'opera ed alla gestione del servizio che si traduce nella necessità di mantenere per tutta la durata del rapporto l'equilibrio finanziario, stabilitosi all'atto dell'instaurazione, tra le obbligazioni del concedente e quelle del concessionario.

³⁸⁰ T.A.R. Toscana, 28 novembre 2001, n. 1716, evidenzia che il dato letterale della disposizione, che si riferisce alle "variazioni apportate" e la considerazione della modalità di espressione delle amministrazioni, attraverso atti giuridici, esclude che le variazioni possano consistere in mere omissioni e circoscrive la previsione normativa ai soli atti di volontà che detti presupposti e condizioni abbiano modificato. La stessa sentenza tuttavia, sottolinea la rilevanza dei comportamenti delle parti non solo se riconducibili alla violazione di specifiche clausole convenzionali, ma anche del principio di conservazione dell'equilibrio economico-finanziario e considera obbligatorio il preventivo tentativo di provvedere alla revisione degli equilibri concessionali, mediante specifica richiesta all'amministrazione, in osservanza della finalità conservatrice emergente dalla norma, che consente il recesso del concessionario solo come ultima "ratio".

³⁸¹ Cfr. Baldi M. op. cit. cap. II, par. 7.

Sotto il duplice profilo dell'interesse pubblico al mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario del rapporto e dell'applicabilità del principio della sopravvenienza, espresso nell'art. 1467 c.c., devono valutarsi quegli avvenimenti eccezionali ed imprevedibili che sovvertono l'equilibrio fra le prestazioni, al di là dei casi ipotizzati dall'art. 19.

La giurisprudenza della Suprema Corte in passato era orientata prevalentemente nel senso della non applicabilità ai contratti ad oggetto pubblico della disciplina dell'art. 1467 c.c.. Gli argomenti a sostegno dell'inapplicabilità si basavano sia sul principio dell'invariabilità dei prezzi di cui all'art. 326 della legge generale del 1865 sui lavori pubblici, sia sulla ritenuta incompatibilità della disciplina dell'art. 1467 con la normativa speciale in materia di revisione prezzi³⁸².

La dottrina meno recente³⁸³ negava l'applicabilità del rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta alle concessioni-contratto, sul presupposto che in tal modo un'attività di diritto pubblico resterebbe sottomessa alla volontà del privato. Occorre ancora tenere presente che le prestazioni delle parti contraenti, che rappresentano il contenuto della convenzione accessiva alla concessione o del contratto, sono legate da un nesso di sinallagmaticità, in quanto la causa si basa sull'interesse connesso alla corrispettività delle prestazioni.

L'art. 1467 c.c. dovrebbe, quindi, operare quando l'economia del contratto viene sovvertita da circostanze imprevedute al momento della sua conclusione determinando per il concessionario un danno che, pur non rendendo l'esecuzione assolutamente impossibile, implica una difficoltà ed onerosità della stessa al di là di ciò che le parti hanno potuto ragionevolmente prevedere.

In sostanza, il rimedio potrebbe trovare applicazione quando si sono verificate circostanze tali da superare certamente i rischi prevedibili che erano stati tenuti presenti dalle parti al momento della stipula della convenzione sulla base del piano economico e finanziario.

L'amministrazione "non specula né potrebbe speculare", alla stregua di qualsiasi contraente privato, per cui "non può avere, nel contrattare, l'intenzione di attenersi esclusivamente e rigorosamente alle clausole del capitolato, facendo ricadere esclusivamente sul contraente privato i rischi straordinari che verrebbero ad aggravare le sue obbligazioni in misura impreveduta"³⁸⁴.

Si deve tener conto del tipo di rischio, onde verificare se debba essere sopportato integralmente dall'una o dall'altra parte.

³⁸² Cfr. N. ASSINI – A. MAROTTA, cit., 94 e la giurisprudenza ivi riportata; C. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. I, Milano, 1965, 439, nonché M.S. GIANNINI, *Punti fermi.... cit.*, 10 che rileva come l'istituto della revisione prezzi distruggeva il principio tradizionale del gravare dell'alea contrattuale sull'appaltatore e che tale scelta legislativa in presenza della sopravvenienza di eccessiva onerosità "fu una scelta saggia in quanto andava ad evitare un ulteriore turbativa dell'azione amministrativa, già in tensione per lo sforzo bellico".

³⁸³ Cfr. BIAMONTI, *Sulla eccessiva onerosità sopravveniente nel corso delle concessioni amministrative di servizi e degli appalti pubblici*, in *Foro it.*, 1949, I, 779.

³⁸⁴ Cfr. N. ASSINI – A. MAROTTA, cit., 81. Gli Autori riportano pure la teoria del Flamme, secondo cui il perseguimento dell'interesse collettivo determina il superamento di una logica strettamente privatistica nell'esecuzione del rapporto che implica l'esaltazione degli interessi egoistici delle parti, in applicazione del principio di giustizia distributiva, in virtù del quale la rigidità del contratto di diritto privato è soppiantata dalla flessibilità del contratto di diritto pubblico.

Il criterio deve essere riferito sia al tipo contrattuale che al contratto in concreto, anche sotto il profilo del contenuto dello stesso.

Da questo punto di vista la nozione di alea normale tende ad avvicinarsi a quella di alea convenzionale, configurandosi come una sorta di alea convenzionale espressa nell'assetto di interessi voluto dalle parti, cioè nei presupposti e nelle condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, in quanto (art. 19, comma 2) richiamati nelle premesse del contratto, di cui ne costituiscono parte integrante.

La questione non può essere affrontata in termini generali, dovendo valutarsi caso per caso, alla luce del tipo contrattuale in cui si manifesta la concessione ed al contenuto concreto che assumono i singoli moduli convenzionali, quali sopravvenienze possano rientrare nell'assunzione dei rischi oggettivamente coerenti con il regolamento di interessi concordato.

L'analisi va condotta prescindendo momentaneamente dall'incidenza del profilo pubblicistico, sulla base della natura contrattuale del rapporto, in quanto, stipulatasi, tra concedente e concessionario, una convenzione, "fra le parti si instaura un vero e proprio rapporto contrattuale di diritto privato (innominato), cui sono applicabili le norme del codice civile (e così in tema di inadempimento, di eccessiva onerosità, di impossibilità sopravvenuta), nonché le regole civilistiche sull'interpretazione e sull'invalidità dei contratti e così via"³⁸⁵. Ne consegue che la natura e l'estensione dei rischi riguardanti il concessionario sono quelli risultanti dalla convenzione e dal piano economico-finanziario degli investimenti che contiene i presupposti e le condizioni che determinano l'equilibrio degli investimenti e della connessa gestione. Infatti, quando non viene in questione il profilo pubblicistico del rapporto, ma unicamente i diritti patrimoniali, deve ammettersi in linea di principio, salvo l'esistenza di norme speciali, l'applicazione dell'ordinaria disciplina civilistica.

La sussistenza di uno stretto rapporto tra le posizioni attive e passive e quindi, l'esistenza di un nesso di sinallagmaticità, non è in contrasto con l'aspetto pubblicistico, sia pure mantenendo l'origine provvedimentoale che si sostanzia nel potere di revoca, in quanto, anche a voler negare la natura esclusivamente contrattuale dell'istituto, si avrebbe una "fattispecie complessa, risultante dal concorso di un negozio giuridico unilaterale ed autoritativo e da una convenzione di attuazione dalla quale sorgono diritti ed obblighi reciproci", per cui non può disconoscersi l'applicabilità al rapporto concessorio dell'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, al fine "di evitare di tramutare il rapporto in un contratto di natura aleatoria"³⁸⁶.

Tuttavia l'alea del concessionario non coincide con il rischio tipico dell'appaltatore, in quanto il concessionario per il diverso contenuto delle prestazioni, non può totalmente assimilarsi all'appaltatore, che è legato al committente da un contratto sotto alcuni aspetti aleatorio, con tutte le conseguenze relative alla distribuzione del rischio contrattuale.

La distinzione risulta evidente nella prospettiva in base alla quale il concessionario, opera in luogo e vece dell'amministrazione per la realizzazione di un interesse

³⁸⁵ Lodo 6 maggio 1987, n. 46, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1988, 643; v. pure Cass., sez. un., 19 novembre 1979, n. 6010, in *Giur. it.*, 1981, I, 954.

³⁸⁶ Lodo 22 luglio 1980, n. 42, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1980, 282.

pubblico, in virtù di un atto amministrativo che gli trasferisce, tra l'altro, l'esercizio di pubblici poteri.

Non avrebbe senso altrimenti ritenere le attività del concessionario svolte in funzione della concessione, come attività amministrative in senso oggettivo in quanto finalizzate alla protezione dell'interesse pubblico e considerare lo stesso quale "organo indiretto della pubblica amministrazione",³⁸⁷ né, prescindendo dalla teoria dell'organo indiretto, la considerazione che l'amministrazione, nell'addivenire alla concessione, evidenzia l'intenzione di affidare all'impresa non già la mera esecuzione dell'opera, tipica dell'appalto, ma tutto un complesso di attività necessarie per la realizzazione della struttura, attribuendo alla stessa una funzione riservata alla p.a. che, si traduce in attività oggettivamente pubblica e non meramente esecutiva³⁸⁸.

La conclusione non muta se si ritiene che con la concessione non vi sia alcun trasferimento di poteri, in quanto, attività che si traducono nella realizzazione e gestioni di reti di infrastrutture o di complessi impianti tecnologici (es. impianti di disinquinamento), rappresentano comunque espletamento di compiti ordinariamente spettanti all'amministrazione o pubblici servizi in senso oggettivo.

In questi casi, pur mancando l'esercizio di pubbliche funzioni intese quali poteri autoritativi, si è di fronte ad un rapporto di servizio in senso lato, che induce a qualificare il concessionario organo straordinario dell'amministrazione, con conseguente assoggettamento alla responsabilità patrimoniale ed alla competenza giurisdizionale della Corte dei Conti³⁸⁹. L'interesse privato imprenditoriale del concessionario è allora in ogni caso strumentale e funzionale all'interesse pubblico, tuttavia, se l'amministrazione colpisse i margini di convenienza economica dell'attività, finirebbe col compromettere lo stesso interesse pubblico.

Si può, quindi, ritenere che esista un interesse pubblico a che il concessionario non venga a trovarsi in difficoltà conseguenti a fatti eccezionali ed imprevedibili, per evitare di pregiudicare lo stesso pubblico interesse, perseguito con lo strumento concessorio.

In sostanza, sul concessionario non debbono gravare determinate alee proprie dell'appaltatore, che per la sua qualità di imprenditore puro, e per la natura strettamente tecnico-esecutiva delle prestazioni, che non implicano la complessità connessa all'organizzazione dei fattori produttivi e finanziari, propria del rapporto concessorio retamente inteso, si accolla un certo rischio diverso, limitato ai fattori incidenti sull'esecuzione.

Il rispetto del principio del buon andamento dell'amministrazione deve far presumere che il concedente si determini sulla base di una valutazione tecnico-economica della complessiva situazione esistente al momento dell'offerta e tradottasi nel piano finanziario che rappresenta la base dell'offerta ed è predisposto dallo stesso concedente, nel caso della concessione ex art. 19, o da questi condiviso ed accettato nel caso della concessione ad iniziativa privata di cui agli artt. 37-bis e seguenti. Questa valutazione è pertanto fondata sugli elementi prospettati dal concessionario e su quelli acquisiti in base all'attività istruttoria del concedente, allo scopo di

³⁸⁷ Cass., sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221, cit., Cass., sez. un., 3 dicembre 1991, n. 12966, cit.

³⁸⁸ Cass. Sez. un.. 10 dicembre 1993, n. 12166, cit.

³⁸⁹

9751 cit.

Cfr. Cass., sez. un., 17 novembre 1994, n.

assicurare da una parte l'economicità ed il rendimento dell'attività amministrativa, dall'altra l'equilibrio delle posizioni delle parti.

A questa logica risponde l'art. 19, nuovo testo nella parte in cui dispone che i presupposti e le condizioni di base atti ad assicurare l'equilibrio economico-finanziario devono risultare dal piano di copertura dell'investimento sul quale si forma il consenso delle parti, in quanto costituisce parte integrante del contratto. Quale contenuto minimo il piano deve prevedere la specificazione del valore residuo dell'investimento al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo non ammortizzato al termine della concessione. E' ovvio che quanto più il piano sarà dettagliato quanto ai presupposti ed alle condizioni su cui il concessionario fonda le proprie valutazioni, tanto più circoscritto sarà il margine di rischio gravante sul concessionario in relazione alle circostanze sopravvenute.

Anche in tema di contratti di appalto, che, come sopra evidenziato, presentano una diversa e più accentuata alea rispetto alle concessioni, è stato ritenuto che il rischio economico proprio del "tipo contrattuale" è solo quello attinente all'organizzazione dei fattori produttivi, restando l'appaltatore sollevato dai maggiori costi dipendenti da altre cause "oggettive", che vanno invece equamente distribuiti tra le parti³⁹⁰.

Prevedibili in senso tecnico infatti sono solo quegli avvenimenti che, sulla base di una analisi condotta alla stregua della necessaria diligenza, si presentino come l'evoluzione ordinaria di una situazione presupposta.

Inoltre, secondo la concezione prevalente, l'imprevedibilità è riferibile non solo all'evento in sé, ma anche alla sua misura, all'intensità che può assumere, per cui anche l'imprevedibilità di una particolare gradazione dell'evento può costituire eccessiva onerosità sopravvenuta³⁹¹.

Se è innegabile, quindi, che la prevedibilità in tale accezione deve valutarsi in relazione alla diligenza qualificata dalla particolarità dei compiti del concessionario, è pur vero che sulla nozione, specie nel caso in cui le previsioni di redditività dell'intervento siano legate ad una serie di fattori combinati (come nel caso del corrispettivo rappresentato dalla gestione), non può non influire la complessità organizzativa e gestionale dell'intervento, in relazione alla durata del rapporto.

4. Le possibili soluzioni alla sopravvenienza di uno squilibrio del rapporto.

Per ciò che concerne l'individuazione dei rimedi, in ipotesi diverse dalle sopravvenienze determinate da variazioni apportate dall'amministrazione ai presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario del rapporto o dalla sopravvenienza delle disposizioni legislative o regolamentari, l'analisi va condotta tenendo in preminente considerazione la peculiare natura del rapporto concessorio, il cui scopo pratico essenziale consiste nel soddisfacimento dell'interesse pubblico inerente all'esecuzione dell'opera ed alla connessa gestione ed investe l'intera durata dello stesso.

Tale profilo causale caratterizza l'attività dell'amministrazione, che deve garantire sotto ogni aspetto l'interesse collettivo e contestualmente adempiere le sue prestazioni di ordine sia economico e finanziario che amministrativo (c.d. rischio

³⁹⁰ Lodo 24 aprile 1986, n. 24, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1987, 509.

³⁹¹ Lodo 22 luglio 1980 cit.

amministrativo) e quella del concessionario, nella sua duplice veste di ausiliario dell'amministrazione e di gestore di una impresa industriale.

La configurazione pubblico-privata della fattispecie concessoria, tuttavia, implica che la causa unica sia la risultante di due elementi, autonomi, seppur funzionalmente collegati: l'uno, connesso alla bilateralità del rapporto ed al contenuto patrimoniale dello stesso, in virtù del quale le prestazioni sono collegate da vincoli di ordine economico-finanziario, l'altro connesso al profilo strettamente pubblicistico, conseguente alla causa tipica del rapporto concessorio, che si identifica nella esecuzione delle opere e/o nell'erogazione delle connesse prestazioni.

L'indicato dualismo, che rimane celato nella fisiologia del rapporto, si manifesta nei momenti patologici evidenziando una forma di subordinazione dell'elemento patrimoniale nei confronti di quello pubblicistico.

Ciò nel senso che il regime economico-finanziario rimane in vita e produce i suoi effetti fino a che permane la causa di pubblico interesse che ha dato origine al rapporto concessorio.

In sostanza, la concessione è al tempo stesso pubblica funzione, nel significato sopra individuato, ed impresa economica, con una supremazia della prima, che trova espressione e giustificazione, nel potere discrezionale dell'Amministrazione di revoca per pubblico interesse, espressamente ribadito dall'art. 37-*sexies*, nonostante la qualificazione della concessione come istituto contrattuale di cui all'art. 19.

Questa dinamica si riflette su tutte le questioni connesse alla durata del rapporto che rappresenta un elemento essenziale dello stesso che, pur coinvolgendo il profilo economico-finanziario, trova la sua ragione d'essere soprattutto nelle finalità ed esigenze connesse all'esecuzione dell'opera.

Si rientra dunque in una sfera del rapporto di concessione, in cui può risultare difficile - a fronte del potere del concedente di revoca anticipata - ammettere che l'interesse economico del concessionario prevalga sull'interesse pubblico, nel senso di ridurre la durata della concessione provocando l'anticipata risoluzione della stessa. Ciò che potrebbe consentire al concessionario - a fronte di sopravvenienze che riducano notevolmente la redditività dell'iniziativa - di sciogliersi dal rapporto in un momento in cui, i flussi di cassa gli hanno consentito la restituzione del debito contratto ed eventualmente di realizzare sufficienti margini di ricavo, in contrasto con l'interesse pubblico.

Se il rapporto trovasse la sua fonte in un provvedimento autoritativo, come sembra potersi ricavare dalla permanenza del potere di revoca, l'irrevocabilità e la non modificabilità dello stesso, se non da parte di altro atto di pari grado, implicherebbe che non potrebbe essere riconosciuto il diritto del concessionario allo scioglimento anticipato della concessione, al di fuori delle strette ipotesi ammesse dall'art. 19.

Privilegiando la qualificazione contrattuale del rapporto, permane il problema del carattere di inderogabilità della continuità dell'esercizio della funzione pubblica relativa alla realizzazione dell'opera ed all'erogazione del servizio, che assume rilievo anche in assenza di un provvedimento concessorio, in virtù del quale una parte della dottrina più risalente era giunta persino a negare l'azione di risoluzione di fronte all'inadempimento del concedente, nonché la possibilità per il concessionario

di avvalersi delle eccezioni *inadimpleti contractus* e *non rite adimpleti contractus*³⁹², ed in giurisprudenza si era affermata l'incompatibilità dell'azione di risoluzione con la necessità di assicurare la completa esecuzione dell'opera³⁹³.

Nella prospettiva della progressiva equiparazione dei rimedi ed azioni esercitabili nei confronti della pubblica amministrazione, con quelli valevoli nei confronti di qualsiasi altro soggetto dell'ordinamento, è significativo che il legislatore della Merloni-ter, all'art. 26, ha ritenuto di dover ammettere espressamente l'eccezione d'inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., che peraltro era pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza anche nei confronti della pubblica amministrazione.

Dunque, ritenendo il profilo pubblicistico prevalente sugli ordinari caratteri dei rapporti sinallagmatici a contenuto patrimoniale e sulla relativa disciplina, sarebbe precluso al concessionario l'esperimento del rimedio della risoluzione.

Ove si riconoscesse, invece, la prevalenza del profilo contrattuale e privatistico, si dovrebbe giungere ad una conclusione di segno opposto, ed ammettere la risoluzione per eccessiva onerosità della concessione come di qualsiasi contratto sia pure ad oggetto pubblico³⁹⁴.

Anche la prima conclusione tuttavia non può comportare che di fronte a fattispecie che giustifichino l'applicazione del rimedio di cui all'art. 1467 c.c., il concessionario rimanga privo di tutela.

D'altronde è possibile ipotizzare un rimedio, all'interno del sistema delineato dall'art. 1467 c.c., suscettibile di conciliarsi con entrambi gli orientamenti.

La ratio dell'art. 1467 si identifica nell'esigenza di ristabilire l'equilibrio contrattuale turbato da fattori sopravvenuti, eccezionali ed imprevedibili, per cui la *reductio ad aequitatem*, è un rimedio interno al sistema. Oltre a ripristinare l'equilibrio, questa consente, in ossequio ad un altrettanto fondamentale principio dell'ordinamento, di assicurare la conservazione del rapporto.

Il particolare meccanismo contemplato nell'art. 1467, fondato sulla domanda di risoluzione in via di azione è il frutto della preminenza del profilo volontaristico ravvisabile nei normali rapporti sinallagmatici. Esso infatti si configura come un mero strumento per stimolare le valutazioni delle parti, nell'equo temperamento delle posizioni contrapposte, circa la rispondenza ai propri interessi della conservazione o della cessazione del rapporto³⁹⁵.

Ma, come già accennato, da una parte nella concessione non è ravvisabile quella contrapposizione o antitetività normalmente presente in ogni rapporto obbligatorio, dall'altra il profilo dell'autoregolamentazione è recessivo, in quanto il rapporto appare ispirato alla prevalenza del pubblico interesse sull'autonomia contrattuale. Pertanto, a fronte delle contrapposte esigenze legate alla necessità del perseguimento

³⁹² Cfr. BIAMONTI *cit.*, 779. Cfr. pure RESTA, *Sulla natura speciale del contratto d'appalto per l'esecuzione di opere pubbliche e sulla proponibilità di azione giudiziaria per inadempimento dell'amministrazione*, in *Foro Amm.*, VIII, 1932, 186.

³⁹³ Lodo 24 giugno 1986, n. 39; Lodo 22 luglio 1980, n. 42, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1987, 595.

³⁹⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, *cit.* 867, nelle ipotesi di contratti accessivi a provvedimenti (una delle quali è individuata nella convenzione accessiva alla concessione di servizi pubblici), considera tuttavia ammissibile la rescissione o revisione per onerosità sopravvenuta del contratto senza che ciò incida sul provvedimento, sul presupposto che pur essendo quest'ultimo condizionante rispetto al contratto, i due atti sono indipendenti quanto all'efficacia.

³⁹⁵ Lodo 22 luglio 1980, *cit.*.

del fine pubblico inerente al rapporto o all'immodificabilità dell'atto di concessione ove vi sia un formale provvedimento, ed alla tutela del contraente che subisce l'eccessiva onerosità, la perequazione può essere ottenuta, riconoscendo la possibilità di richiedere il riequilibrio del rapporto in via di azione, in analogia con quanto previsto dall'art. 1468 c.c..

La posizione della giurisprudenza, è tuttavia nel senso che la modificazione del contratto può essere offerta solo dalla parte a cui sia opposta la sopravvenuta onerosità della prestazione e che ha interesse ad evitare la risoluzione, mentre l'altra parte può chiedere la risoluzione ma non può imporre all'altra l'adeguamento³⁹⁶.

Ciò sul presupposto che, se si ammettesse un'azione dell'obbligato (nella specie il concessionario) diretta ad ottenere coattivamente la riduzione ad equità, si verrebbe a far ricadere le conseguenze delle sopravvenienze sulla controparte (nella specie il concedente) che, non potendo chiedere la risoluzione del contratto, dovrebbe in ogni caso sottostare ad esso³⁹⁷.

Potrebbe ancora obiettarsi che tale ultima norma concerne unicamente i contratti con obbligazioni di una sola parte; ma una volta ammesso che la *reductio ad aequitatem* si inserisce perfettamente, come primo e naturale rimedio, nel sistema dell'eccessiva onerosità, non può disconoscersi l'applicabilità dell'istituto ad un rapporto sinallagmatico rispetto al quale, in virtù della preminenza della causa di pubblico interesse, sia ritenuta preclusa la proponibilità dell'azione di risoluzione come configurata dall'art. 1467 c.c..

La compatibilità di tale rimedio con la tipologia del rapporto concessorio quale delineato dalla legge n. 109/1994, appare peraltro di particolare evidenza nell'ipotesi, che è quella ordinaria, in cui la controprestazione sia rappresentata unicamente dalla gestione. In questo caso la fattispecie appare assimilabile a quella dell'art. 1468 c.c., non ravvisandosi a carico dell'Amministrazione una obbligazione in senso stretto.

D'altra parte in giurisprudenza è stato rilevato, quale argomento in favore dell'applicazione analogica al rapporto concessorio del rimedio previsto dall'art. 1468 c.c.³⁹⁸, che il legislatore, quando ha ritenuto di dover regolare diversamente rispetto allo schema generale le conseguenze delle sopravvenienze onerose, come nel caso dell'affitto (art. 1623 c.c.), ha previsto l'esercizio diretto dell'azione di riduzione o di aumento, in favore della parte colpita dall'alterazione del sinallagma.

L'art. 1468 c.c., a sua volta prevede due tipi di rimedi: la riduzione della prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione sufficiente per ricondurla ad equità.

Non sembra applicabile alla fattispecie in esame la riduzione della prestazione, in quanto sarebbe in contrasto con le esigenze pubblicistiche che hanno determinato la tipologia e l'entità delle opere da realizzare, e dei servizi da erogare.

Pertanto la richiesta del concessionario può avere ad oggetto le modificazioni nelle condizioni e nelle modalità di esecuzione delle obbligazioni del concedente idonee a

³⁹⁶ Cass. 29 ottobre 1958, n. 3470; in *Mass. Foro it.*, 1958, 715; Cass. 26 giugno 1961, n. 1536; *ibidem*, 1961, 386; Cass. 19 marzo 1980, n. 1818, *ibidem*, 1980, 354. In tal senso pure Cons. Stato, sez. V, 1 dicembre 1997, n. 1457, in *Corr. giur.*, 1998, 2, 151, riguardo ad una concessione relativa alla gestione di un acquedotto, in cui la convenzione prevedeva una fornitura gratuita in favore del Comune, vietata dal C.I.P. nel corso del rapporto, ed espressamente che nessun onere potesse derivare al Comune.

³⁹⁷ Lodo 20 giugno 1985, n. 47, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1986, 1240.

³⁹⁸ Lodo 22 luglio 1980, *cit.*

ripristinare l'equilibrio contrattuale.

Lo stesso art. 19, comma 2-*bis*, nella parte in cui impone la revisione del piano economico-finanziario, mediante la rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio è coerente con il sistema delineato; la soluzione della proroga della scadenza – come si evince dall'uso del termine “anche”- è prospettata come soluzione preferita ma non esaustiva.

Viene in rilievo la possibilità di richiedere una modifica delle clausole che determinano il corrispettivo in favore del concessionario oppure una modificazione di altro genere del rapporto, ad esempio la possibilità per il concessionario di modificare le tariffe, oppure di un diverso e più intenso sfruttamento delle strutture, sempre unicamente sotto il profilo patrimoniale, idonea a conseguire un aumento del corrispettivo del concessionario, da verificare caso per caso in relazione alle singole convenzioni.

In primo luogo si pone il problema se nell'ambito della “rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio” possa comprendersi anche l'eventuale variazione del prezzo stabilito all'esito della gara o, se invece, la rideterminazione debba considerarsi limitata ad elementi del rapporto diversi dal corrispettivo.

Non può ravvisarsi un limite all'interpretazione estensiva nella formulazione della disposizione, nella parte in cui considera l'estensione della durata della concessione quale fattore di riequilibrio, in quanto l'uso del termine “anche” in relazione alla possibilità della proroga del termine di scadenza induce a ritenere che non si tratti di un rimedio esclusivo.

Non potrebbe essere d'ostacolo a tale soluzione l'incidenza del mutamento del prezzo sulla par condicio in sede di gara, trattandosi di vicenda successiva all'instaurazione del rapporto contrattuale che pertanto non altera le condizioni di partecipazione alla gara, e si inquadra nel più generale fenomeno delle variazioni contrattuali, che, entro certi limiti continuano ad essere ammesse anche nel nuovo sistema di cui all'art. 25 della legge n. 109 e costituiscono uno strumento che assume anche la funzione di ripristino dell'originario equilibrio del rapporto.

Uno strumento ulteriore ai fini della rideterminazione del corrispettivo, anche ammettendo la risolubilità del rapporto per eccessiva onerosità, è offerto dall'art. 1664, comma 2 c.c.. - che disciplina l'equo compenso per difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili non previste dalle parti. Parte della giurisprudenza infatti, ritiene che l'equo compenso ivi previsto, sia estensibile ad ipotesi diversa dalle cause di ordine naturale.

Secondo tale orientamento nell'accezione “e simili”, contemplata dal legislatore, dovrebbe ricomprendersi qualsiasi causa obiettiva perturbatrice dell'equilibrio contrattuale.

In particolare, con tale espressione il legislatore avrebbe inteso riferirsi a tutti quei fatti, anche di origine non naturale, non imputabili alle parti ma aventi l'identica conseguenza di rendere più onerosa la prestazione dell'appaltatore, determinando così uno squilibrio nel sinallagma contrattuale. La norma è dunque volta a correggere i rigori dell'alea contrattuale riversando anche sul committente le conseguenze di impreviste sopravvenienze.

Con essa, in sintesi, troverebbe ingresso una disciplina delle sopravvenienze

specifica per il contratto di appalto, nell'intento di conservare il rapporto³⁹⁹.

L'orientamento prevalente sul punto è tuttavia restrittivo⁴⁰⁰, in quanto la disposizione dell'art. 1664, comma 2, andrebbe intesa come norma eccezionale insuscettibile di interpretazione analogica, che non consente di attribuire all'espressione "e simili" una portata tale da includervi anche le conseguenze dell'onerosità, prescindendo dai fattori che le determinano.

Accogliendo la teoria estensiva, l'art. 1664, comma 2, potrebbe applicarsi analogicamente, e, per le concessioni di costruzione e gestione affidate in base alla legge n. 109/1994, potrebbe consentire il riequilibrio del rapporto anche attraverso una variazione del piano originario dell'opera, atteso che la ricorrenza della fattispecie dell'art. 1664 comma 2, è una delle poche ipotesi in cui ai sensi dell'art. 25 della legge n. 109, sono ancora ammesse varianti in corso d'opera. A titolo esemplificativo al concessionario potrebbe essere consentita la realizzazione di strutture accessorie, quali parcheggi, centri commerciali etc., in misura o con caratteristiche diverse da quelle progettate, onde conseguire proventi maggiori, tali da permettergli di bilanciare la sopravvenuta alterazione del rapporto.

In ogni caso la norma ha un ruolo significativo nella ricostruzione della disciplina delle sopravvenienze applicabile al rapporto concessorio.

La giurisprudenza richiamata, infatti, considera l'art. 1664, comma 2 c.c., una espressione del principio generale della conservazione del rapporto, che assume un valore particolare nel settore delle opere pubbliche.

Esso infatti è rafforzato in questa materia dal preminente interesse pubblico alla effettiva realizzazione dell'opera che ha indotto il legislatore a prevedere un equo compenso in situazioni che, secondo i principi comuni, dovrebbero condurre allo scioglimento del rapporto, ove cioè non prevalesse l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera (l'istituto previsto nell'art. 13, comma 5, D.P.R. n. 1063 del 1962, è stato confermato nel nuovo capitolato approvato con D.M. 19 aprile

In realtà, è dubbio che il rapporto giuridico derivante dalla concessione sia plurimo, in quanto nella prospettiva dell'art. 19, comma 2, legge n. 109/1994, il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati (e pertanto l'eventuale momento di gestione del servizio) è configurato come la controprestazione a favore del concessionario rispetto alle attività di progettazione definitiva, di progettazione esecutiva, di esecuzione dei lavori pubblici o di pubblica utilità e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché di gestione funzionale ed economica dell'opera realizzata.

³⁹⁹ Lodo 24 giugno 1986, n. 39, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1987, 595; Lodo 7 luglio 1986, n. 45, *ibidem*, 619; Lodo 21 dicembre 1979, n. 87, *ibidem* 1979, 737.

⁴⁰⁰ Cass. 19 maggio 1980, n. 1818, in *Mass. Foro it.*, 1980, 354; Cass. 13 marzo 1982, n. 1368, *ibidem*, 1982, 341; Cass. 26 gennaio 1985, n. 387, in *Foro pad.* 1985, I, 322; Cass. 16 gennaio 1986, n. 227, in *Arch. giur. oo.pp.*, 1986, 901; Lodo 23 settembre 1986, *ibidem*, 800.

CAPITOLO V

LA NUOVA DISCIPLINA DELL'ART. 153 DEL CODICE DEGLI APPALTI.

SOMMARIO: 1. La disciplina comune applicabile. 2. Il Project financing come procedimento. 3. Il *Project financing* ad iniziativa pubblica con gara unica. 4. Le differenze con la concessione ex art. 143 e l'utilità del modello. 5. Il Project financing ad iniziativa pubblica con doppia gara. 6. L'utilità del modello. 7. Il diritto di prelazione. 8. Il procedimento ad iniziativa pubblico-privata. 9. L'utilità del modello. 10. Il procedimento ad iniziativa del proponente.

1. La disciplina comune applicabile

La nuova disciplina del P.F. si apre con una disposizione di carattere generale, in linea con la funzione chiarificatrice e di razionalizzazione della normativa regolatrice della materia, propria del codice.

L'articolo 152, rubricato "Disciplina comune applicabile", individua le disposizioni del codice, diverse rispetto a quelle specifiche del capo III del titolo III, destinate comunque a regolare l'istituto in esame.

Deve, peraltro, in via preliminare essere precisato che tali disposizioni trovano applicazione per le "procedure di affidamento di cui al presente capo", onde l'ambito oggettivo di riferimento va circoscritto al procedimento di affidamento (da considerarsi in senso ampio), intendendosi per tale quello disciplinato dall'art. 153 del D. Lgs. n. 163/2006⁴⁰¹.

Ad un più attento esame della norma, peraltro, il richiamo alle "procedure di affidamento" risulta utilizzato impropriamente, ritenendosi lo stesso più correttamente riferibile alle concessioni aggiudicate con la tecnica della finanza di progetto.

Invero, l'articolo 152 richiama anche norme destinate a disciplinare la fase di esecuzione dei lavori (si veda al riguardo il rinvio alla parte II, titolo III, capo I), la quale presuppone già esaurita quella di affidamento.

Venendo ora alla individuazione delle specifiche norme applicabili, l'articolo in esame distingue tra disposizioni applicabili incondizionatamente (comma 1) e disposizioni applicabili nei limiti di compatibilità con le previsioni specifiche del capo III (comma 2).

Appartengono alla prima categoria quelle contenute:

- nella parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice);
- nella parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori);
- nella parte IV (contenzioso);
- nella parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie).

Quanto all'applicazione di tali norme, deve essere evidenziato che questa è incondizionatamente affermata dal legislatore, onde non residuano margini valutativi in sede di interpretazione delle stesse.

E', invece, soggetta alla verifica di compatibilità (*rectius*, della non incompatibilità) l'applicazione delle "disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza

⁴⁰¹ Occorre considerare che nella originaria disciplina dell'istituto il procedimento di affidamento era regolato dagli artt. 153/155 del Codice. Gli articoli 154 e 155 risultano oggi abrogati in virtù della disposizione contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. ff), del D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152, denominato "terzo correttivo" al codice degli appalti.

comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari), a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'art. 28, ovvero inferiore" (comma 2).

Di particolare interesse è, infine, la disposizione contenuta nel comma 3, la quale - invertendo il meccanismo regolatore dei primi due commi (disposizioni del codice applicabili al P.F.) e in dissonanza con la rubrica dell'articolo - prevede invece l'applicabilità delle disposizioni specifiche del capo III (relative al promotore finanziario ed alla società di progetto) anche ai servizi.

Tale previsione ha un indubbio carattere derogatorio rispetto alla regola generale contenuta nel comma 1 dell'art. 30, secondo cui "salvo quanto disposto nel presente articolo, le disposizioni del codice non si applicano alle concessioni di servizi".

Per effetto del richiamato comma 3, pertanto, la disciplina del P.F., dettata per la concessione dei lavori, è estesa anche alla concessione di servizi.

L'applicazione, peraltro, non è incondizionata né configura normazione esaustiva dell'istituto, soggiacendo comunque alla verifica di compatibilità ed alla disciplina di dettaglio del regolamento.

2. Il project financing come procedimento.

Il P.F. si inserisce nell'ambito di un'azione amministrativa diretta alla realizzazione di interessi pubblici di cui l'amministrazione è portatrice; per l'effetto, esso dà luogo ad un vero e proprio procedimento amministrativo, compiutamente disciplinato dal capo III, titolo III, del D. Lgs. 12-4-2006, n. 163 (artt. 152 e segg.).

Il procedimento costituisce la "forma" dell'azione amministrativa, scandita in passaggi peculiari e predeterminati e soggetta all'osservanza di regole e principi che consentono la migliore realizzazione dell'interesse pubblico perseguito, l'osservanza dei principi generali del buon andamento e dell'imparzialità dell'agire amministrativo, nonché, nell'ottica comunitaria, la piena esplicazione della concorrenza tra gli aspiranti alla realizzazione ed alla gestione dell'opera pubblica

⁴⁰².
E' utile, dunque, esaminare la relativa disciplina da un punto di vista procedimentale, anche perché tale ambito prospettico consente di integrare le peculiari disposizioni del D. Lgs. n. 163/06 con le regole generali del procedimento dettate dalla legge n. 241/1990.

Queste ultime, infatti, costituiscono, da una parte, utile canone interpretativo della normativa specifica dettata dagli artt. 152 e ss. e, dall'altra, consentono di colmare eventuali lacune riscontrabili nella legge speciale.

La qualificazione dell'istituto in termini procedurali è stata, peraltro, sempre presente nella giurisprudenza amministrativa, la quale aveva sottolineato come esso costituisse essenzialmente un complesso procedimento (volto all'affidamento di una concessione) di carattere sostanzialmente unitario, anche se articolato in più fasi distinte ⁴⁰³.

Era stato, poi, precisato ⁴⁰⁴ che esso era una complessa operazione amministrativa unificata sul piano finalistico dalla unicità del risultato economico gestionale perseguito, evidenziando la presenza di distinti, ancorché connessi, procedimenti

⁴⁰² Sulla funzione del procedimento amministrativo si vedano, G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazarroli ed altri (a cura di), *Diritto Amministrativo*, vol. 1, Bologna, 2005, 531 e ss.; A. Sandulli, *Il procedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Generale*, vol. II, 2003, 1036 e ss.

⁴⁰³ Cfr. Cons. Stato, V, 20-10-2004, n. 6847, in *Foro Amm.*, CDS, 2004, 2889; T.A.R. Abruzzo, Pescara, 3-3-2005, n. 99, in *Foro Amm.*, TAR, 2005, 768.

⁴⁰⁴ Cfr. TAR Campania, Napoli, I, 17-6-2004, n. 9571, in *Foro Amm.*, TAR, 2004, 1779.

amministrativi (la qualificazione delle sue fasi in termini di procedimento veniva effettuata per evidenziarne l'autonomia giuridica e, dunque, per sottolineare il carattere provvedimentoale e sostanzialmente lesivo degli atti conclusivi di ciascuna di esse) .

In particolare, nella previgente disciplina normativa (artt. 153/155 del D.Lgs. n. 163/2006) poteva parlarsi di tre fasi di un unico procedimento complesso ovvero di tre distinti procedimenti connessi ed unificati sotto il profilo finalistico.

Nella prima l'amministrazione provvedeva ad individuare la proposta del promotore che ritiene di pubblico interesse; nella seconda fase provvedeva, mediante gara e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla selezione dei soggetti con i quali negoziare successivamente con il promotore il contratto di concessione; nella terza vi era una procedura negoziata tra promotore ed i migliori offerenti, all'esito della quale vi è l'aggiudicazione della concessione.

La connotazione procedimentale dell'istituto viene confermata anche a seguito della riforma introdotta dal D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152.

Può dirsi anzi che essa ne risulti ulteriormente rafforzata, atteso che non si è più di fronte ad un unico procedimento (sia pur complesso), ma in presenza di una pluralità di procedimenti tra loro autonomi e distinti, nonché in parte alternativi.

Invero, sotto il profilo classificatorio e rimandandone la analitica disamina ai paragrafi che seguono, sono individuabili quattro distinti procedimenti amministrativi:

- un procedimento ad iniziativa pubblica con gara unica (art. 153, commi da 1 a 14);
- un procedimento ad iniziativa pubblica con doppia gara (art. 153, comma 15);
- un procedimento ad iniziativa pubblica, dove l'inerzia della pubblica amministrazione può essere superata dalla presentazione della proposta del privato; dunque, un procedimento che, nei sensi sopra specificati , può definirsi ad iniziativa pubblico-privata (art. 153, commi da 16 a 18);
- un procedimento ad iniziativa privata (art. 153, commi 19 e 20).

3. Il project financing ad iniziativa pubblica con gara unica.

Tale modello è disciplinato dai commi da 1 a 14 dell'articolo 153 del D.Lgs. n. 163/2006 e configura, esaminato nella sua unitarietà e complessità procedimentale, un procedimento amministrativo ad iniziativa pubblica.

Invero, la regola generale desumibile dall'art. 153 è che il P.F. sia un procedimento ad iniziativa pubblica, considerato che il suo indefettibile punto di partenza è costituito dall'inserimento dei lavori pubblici o di pubblica utilità che possono interessarlo in un atto di programmazione della pubblica amministrazione; dunque, l'avvio della procedura richiede necessariamente un'attività del soggetto pubblico.

Tale classificazione – già attribuita al P.F. nella precedente edizione del commentario in relazione alla necessaria previa inclusione dell'intervento negli strumenti di programmazione dell'ente⁴⁰⁵ – viene confermata nella nuova disciplina

⁴⁰⁵ Va, infatti, evidenziato che nella previgente disciplina dell'istituto autorevole orientamento dottrinario riteneva trattarsi di un procedimento ad iniziativa privata, rilevandosi, come tratto peculiare dello stesso, la circostanza che l'attività di impulso alla realizzazione dell'opera e, quindi, anche la valutazione in ordine alla sua autofinanziabilità competesse non già alla stazione appaltante, bensì ad un soggetto privato (M. Giovannelli-D. Lastraioli, *Concessione di lavori pubblici e promotore finanziario*, in Urb. e App., (2006, 890 e ss.); evidenziandosi, altresì, nella iniziativa privata il tratto distintivo rispetto all'ordinario istituto della concessione di costruzione e gestione, con la conseguenza che quest'ultimo (disciplinato dagli artt. 144-151 del Codice) costituisse concessione ad iniziativa pubblica mentre il P.F. fosse concessione ad iniziativa privata (in termini di "concessione su proposta del promotore" si esprimeva E. La Guardia, *Project*

dell'istituto e rafforzata, con riferimento al modello in esame, dalla circostanza che la sua operatività è condizionata alla pubblicazione, da parte del soggetto pubblico, di un bando di gara.

Il comma 1 dell'articolo 153, dunque, oltre a qualificare il procedimento sotto il profilo della iniziativa, individua il presupposto in presenza del quale è possibile ricorrere ad esso: è necessario che ci si trovi in presenza di "lavori pubblici o di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale e nell'elenco annuale di cui all'articolo 128, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati".

Nello specifico, quindi, può trattarsi di:

-programmazione triennale ed elenco annuale di cui all'art. 128 del D. Lgs. n. 163/2006;

-strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. In tale ultima categoria sono da ricomprendere i piani urbanistici (piano territoriale di coordinamento, piano regolatore generale), gli istituti tipici della programmazione negoziata di cui all'art. 2 della legge 21-12-1996, n. 662, nonché i Programmi di qualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio (PRUSST), previsti dal D.M. Lavori Pubblici n. 1169/1998⁴⁰⁶.

Va, in proposito, evidenziato che, in deroga alla regola generale che consente l'inserimento nell'elenco annuale solo dei lavori per i quali è stato approvato il progetto preliminare, il novellato articolo 128 prevede che le opere realizzabili mediante il P.F. possono essere inserite nell'elenco annuale in base alla esistenza del solo studio di fattibilità.

Invero, caratteristica precipua di tale modello è costituita dalla circostanza che base di gara è uno studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione, mentre la redazione del progetto preliminare spetta al soggetto privato che presenta l'offerta.

Nella nuova disciplina del P.F., dunque, assume una importanza fondamentale lo studio di fattibilità, considerato che esso è propedeutico all'inserimento dei lavori negli strumenti di programmazione e, nel contempo, costituisce pure il documento da porre a base di gara nelle procedure delineate dall'articolo 153.

Viene, pertanto, avvertita l'esigenza di una esatta determinazione dei suoi contenuti minimi indefettibili, tenendo conto della complessa funzione cui esso assolve⁴⁰⁷.

Invero, esso deve essere completo in modo da consentire l'ottenimento delle autorizzazioni preliminari, ma nel contempo non tanto dettagliato da ridurre lo spazio di creatività dei concorrenti.

Essendo, poi, posto a base di gara deve contenere le indicazioni essenziali per consentire l'individuazione dei requisiti dei concorrenti, dei criteri di valutazione e della loro ponderazione, nonché una esaustiva indicazione degli aspetti tecnico-progettuali, giuridico-amministrativi ed economico-finanziari dell'opera, anche al fine di ridurre al minimo i rischi di modificazione, in sede di approvazione, del progetto preliminare presentato dal privato.

Allo stesso modo esso indicherà le principali categorie di rischio connesse alla realizzazione e gestione del progetto, il suo punto di equilibrio economico-finanziario, il livello di sostenibilità e la fattibilità dal punto di vista amministrativo.

financing: definizione, normativa e sviluppo infrastrutturale, in *Urb. e App.*, 4/2004, 395).

⁴⁰⁶ Cfr. Baldi – De Marzo, *Il project financing*, cit., 473; De Roberto, *Commento agli artt. 37 bis – 37 quater*, cit. 602 e ss.

⁴⁰⁷ Cfr. Cfr. Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, *Prime indicazioni sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 152/2008, Linee guida per la finanza di progetto*, in www.autoritalavoripubblici.it.

Lo studio di fattibilità costituisce esame contestuale della possibilità tecnica di un progetto e della convenienza economica a realizzarlo.

Esso analizzerà i bisogni da soddisfare, le caratteristiche della domanda, verificandone lo sviluppo nell'arco di durata temporale di gestione dell'opera, in modo da accertare la convenienza dell'intervento.

E', dunque, studio di fattibilità tecnica e studio di fattibilità economica dell'intervento⁴⁰⁸.

In particolare, viene affermato che esso deve identificare la finanza di progetto quale scelta proponibile, deve definire con chiarezza gli obiettivi che l'amministrazione intende perseguire attraverso la realizzazione del progetto ed individuare il livello di spesa sostenibile da parte dell'amministrazione, previa approfondita analisi della sua convenienza rispetto alla formula dell'appalto con risorse totalmente pubbliche⁴⁰⁹.

Venendo ora all'esame del bando di gara, che costituisce elemento qualificante del procedimento ad iniziativa pubblica, va rilevato che la norma ne offre una compiuta disciplina ai commi 2, 3 e 6, specificandone modalità di pubblicazione e contenuti.

Quanto alle prime, viene imposta l'osservanza delle disposizioni dell'articolo 66, se trattasi di importo di lavori sopra soglia, ovvero dell'articolo 122 ove si è in presenza di importi al di sotto della soglia comunitaria.

Con riferimento ai contenuti, il comma 3 richiama in primo luogo le prescrizioni generali dell'articolo 144 del Codice, di poi indicando due contenuti specifici.

Il bando deve precisare che "l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto, di cui al comma 10, lett. b), di apportare al progetto preliminare, da esso presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e che in tal caso la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all'accettazione, da parte di quest'ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico finanziario" (comma 3, lett. a).

Deve ancora specificare "che, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto preliminare, l'amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso".

In buona sostanza, il cd. "contenuto specifico" del bando individua il fondamentale meccanismo regolatorio del modello in esame⁴¹⁰, che si caratterizza per il fatto che il vincitore della gara non è automaticamente l'aggiudicatario della concessione, ma quest'ultima è subordinata alla approvazione del progetto preliminare da parte dell'amministrazione, la quale può apportarvi anche modificazioni, che il promotore è tenuto ad accettare ove voglia addivenire alla stipulazione del contratto di concessione.

E' stato al riguardo osservato⁴¹¹ che l'intento della norma è quello di apporre una condizione sospensiva all'aggiudicazione, a garanzia che i progetti siano

⁴⁰⁸ Cfr. Baldi – De Marzo, *Il project financing ...*, op. cit., 484. Ritiene, invece, che lo studio di fattibilità debba essere rivolto agli aspetti tecnici del progetto Caringella – Protto, *Il project financing*, op. cit., 1610.

⁴⁰⁹ Cfr. Cfr. Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, Prime indicazioni sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. 152/2008, Linee guida per la finanza di progetto, cit. Si vedano in particolare, nel medesimo documento, le Linee guida per la compilazione dello studio di fattibilità.

⁴¹⁰ Cfr. M. Ricchi, *Il promotore nel codice dei contratti a seguito del terzo correttivo D.Lgs. n. 152/08*, in *www.iteca.org*, 5.

⁴¹¹ Cfr. M. Giustiniani, *Dal 17 ottobre la riforma del project financing Alla Pa la scelta della doppia via*, in *Speciale Codice appalti, Guida al III decreto correttivo, Edilizia e Territorio*, n. 39, 2008

effettivamente realizzabili; e che tale garanzia è effettivamente realizzabile solo a valle dell'approvazione degli stessi, con l'emergere della necessità di modifiche progettuali e l'assunzione dell'impegno, da parte del privato, ad apportarle.

Il successivo comma 6 richiede, infine, che il bando indichi i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa delle proposte.

Il contenuto di detta previsione viene ulteriormente specificato⁴¹² nel senso che il bando deve, tra l'altro, obbligatoriamente prevedere: - i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nonché la relativa ponderazione e, qualora ciò sia impossibile, il loro ordine di importanza; tali criteri devono includere, oltre a quanto previsto dall'art. 83, comma 1, del Codice, anche gli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare, il valore economico finanziario del piano ed il contenuto della bozza di convenzione; - i criteri motivazionali di attribuzione dei punteggi per ogni criterio di valutazione; - la metodologia di determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa scelta tra quelle indicate negli allegati A e B del dpr n. 554/1999.

La disposizione in esame, collegandosi al criterio di valutazione della offerta economicamente più vantaggiosa, ha la evidente finalità di attuare appieno i principi della autolimitazione in funzione di garanzia dei partecipanti e di rendere il modello in argomento a tutti gli effetti un procedimento di gara che ha alla base una *lex specialis* completa ed esaustiva, affinché siano ridotti al massimo i profili di discrezionalità del soggetto aggiudicatore ed i partecipanti abbiano piena contezza delle regole applicabili anche per potere modulare con piena cognizione di causa le loro offerte.

In questa ottica si inserisce pure la disposizione contenuta nel comma 7, volta a precisare i contenuti del disciplinare di gara che deve essere richiamato espressamente dal bando.

Tale documento, infatti, deve obbligatoriamente indicare 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".

Lo scopo della norma, oltre a quello di tutelare appieno il principio di concorrenza con la sufficiente specificazione del sostrato sul quale i privati dovranno competere, è anche quello di facilitare il giudizio finale dell'amministrazione, delimitando compiutamente gli ambiti entro i quali e sui quali essa dovrà esprimere il proprio giudizio.

La peculiarità dei contenuti del bando di gara e del disciplinare, dunque, tende a superare ed a circoscrivere i rischi naturalmente connessi a un procedimento di valutazione comparativa che pone come base di partenza un mero studio di fattibilità, strumento per sua natura generico e non dettagliato.

Peraltro, come si è sopra evidenziato, tali rischi potranno essere adeguatamente neutralizzati anche con l'attenta ed accurata redazione del progetto di fattibilità.

Il comma 8 dell'articolo 153 individua i soggetti che possono partecipare alla gara, precisando che "alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario anche associando o consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all'articolo 89".

L'utilizzo dell'avverbio "solo" indica in maniera ferma un cambio di rotta, ispirato a maggior rigore, rispetto al regime previgente.

p.9.

⁴¹² Cfr. Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, Prime indicazioni, *cit.*.

Invero, mentre tali requisiti dovevano in passato essere posseduti solo al momento della indizione della gara con procedura negoziata ex art. 155⁴¹³, oggi i requisiti per l'aggiudicazione della concessione devono essere posseduti dagli aspiranti promotori fin dall'inizio della procedura.

Vi è, poi, da precisare che tali soggetti devono essere comunque in possesso dei requisiti generali previsti dall'articolo 38 del Codice⁴¹⁴ e che, in caso di associazione o consorzio, è necessario prevedere la misura dei requisiti, in ossequio al disposto dell'art. 98, comma 4 del dpr n. 554/1999.

Il comma 9 si occupa dei contenuti delle offerte e tale disposizione va integrata con le previsioni della prima parte del comma 13, che individua le garanzie da prestarsi a corredo di queste.

Quanto ai contenuti, la norma ne individua essenzialmente quattro: 1- un progetto preliminare ; 2- una bozza di convenzione ; 3- un piano economico-finanziario asseverato da una banca, il quale comprende anche 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, il quale importo non può essere superiore al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara; 4-la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Essa rimanda, poi, al regolamento la specificazione di indicazioni per chiarire ed agevolare le attività di asseverazione ai fini della valutazione degli elementi economici e finanziari⁴¹⁵.

Il Piano Economico-finanziario viene definito dall'atto di Regolazione dell'Autorità di vigilanza n. 34 del 18 luglio 2000⁴¹⁶ come "l'insieme degli studi e delle analisi che consentono una valutazione preventiva della fattibilità finanziaria del progetto ed il disegno di una ipotesi di modalità di reperimento dei fondi necessari per il sostegno dell'iniziativa stessa. Esso è orientato prevalentemente a definire il profilo di rischio dell'operazione, i relativi tempi di attuazione e la dimensione della stessa al fine di renderla proponibile alla comunità dei finanziatori".

Il piano è un elemento fondamentale del rapporto che si instaura con l'affidamento della concessione, essenziale ai fini dell'equilibrio dell'operazione, con la conseguenza che variazioni dello stesso, richieste dall'amministrazione o imposte da interventi esterni ne comportano la necessaria revisione (arg. ex art. 143, comma 8, del codice).

Considerato che l'art. 153 prevede che i lavori vengano effettuati "con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi", spetterà al piano economico-finanziario dimostrare la necessità del contributo pubblico e l'indicazione delle modalità e dell'entità dello stesso.

Il Piano deve essere asseverato.

⁴¹³ Si veda in proposito la determinazione n. 20/01 dell'Autorità, in www.autoritalavoripubblici.it.

⁴¹⁴ Cfr. M. Giustiniani, *Dal 17 ottobre...*, op. cit., 7.

⁴¹⁵ E' stato precisato (Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, Prime indicazioni..., cit.) che nelle more dell'adozione del Regolamento attuativo potrà farsi riferimento agli Atti di Regolazione dell'Autorità n. 34 del 18 luglio 2000 e n. 14 del 5 luglio 2001. In particolare, l'Amministrazione, nella valutazione della proposta, deve assumere le proprie determinazioni senza rivalutare il contenuto dell'asseverazione, ma assumendo questa come uno degli elementi su cui basare le proprie decisioni. La verifica di congruità spettante al soggetto asseverante riguarda la struttura finanziaria dell'opera, nonché i costi e i ricavi da valutarsi con riferimento a quegli elementi che, per essere relativi ad accertamenti di fatto posti in essere dall'impresa, debbono darsi per veri e congrui, se ed in quanto non oggetto di possibile riesame, costituendo profili di scelta industriale propri dell'impresa stessa.

⁴¹⁶ In www.autoritalavoripubblici.it.

L'asseverazione costituisce valutazione della fattibilità dell'investimento sotto il profilo finanziario, della remuneratività dello stesso e della capacità di generare flussi di cassa positivi.

Essa ha ad oggetto non solo la valutazione degli elementi più propriamente economico-finanziari ma anche quelli riguardanti la gestione.

In buona sostanza l'attività dell'istituto di credito asseverante costituisce esercizio privato di una funzione pubblicistica.

In particolare, viene affermato che gli elementi necessari della valutazione economica e finanziaria sono i seguenti: il prezzo che il promotore intende chiedere all'amministrazione aggiudicatrice; il prezzo che il promotore intende corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice per la costituzione o il trasferimento dei diritti; il canone che il promotore intende corrispondere all'amministrazione; il tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione; la durata prevista della concessione; la struttura finanziaria dell'operazione; costi/ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto, con riferimento anche alle tariffe da applicare⁴¹⁷.

Va comunque chiarito che l'asseverazione e la sua completezza costituiscono elemento di valutazione della proposta da parte dell'amministrazione in sede di valutazione dell'offerta.

L'asseverazione non configura, poi, prestazione di garanzia da parte del promotore, considerato che l'art. 153 disciplina espressamente tale aspetto; allo stesso modo l'asseverazione non determina di per sé un obbligo dell'istituto all'erogazione del finanziamento, anche se risulta auspicabile, ai fini della economicità dell'operazione ed al fine di evitare duplicazione dei costi relativi all'analisi della proposta, che l'istituto che assevera sia anche finanziatore⁴¹⁸.

Anche la giurisprudenza è concorde nell'affermare il carattere essenziale del piano economico-finanziario.

Si ritiene, invero, che nella proposta di p.f. il ruolo centrale spetta al piano economico-finanziario, la cui congruenza rappresenta una condizione preliminare ed essenziale per garantire l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità. Esso, pertanto, deve comprendere elementi fondamentali quali l'analisi di mercato, i costi ed i ricavi di gestione, le modalità di finanziamento dell'investimento e deve essere asseverato da un istituto di credito, deve essere cioè fornito di una "attestazione qualificata" della sua coerenza e bontà⁴¹⁹.

Dalle sue previsioni dipende, infatti, la validità dell'iniziativa e la redditività dell'investimento.

L'offerta del promotore, pertanto, non può essere valutata indipendentemente dal piano economico-finanziario e la rilevata incongruità dello stesso incide negativamente su detta valutazione.

S è posto, con riferimento all'asseverazione del piano economico finanziario, il problema della integrazione documentale alla asseverazione del piano economico-finanziario.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato⁴²⁰ ha in proposito chiarito, nel previgente regime, la legittimità dell'invito rivolto dall'amministrazione al promotore all'integrazione del piano economico-finanziario in quanto non asseverato come previsto dal comma 1 dell'art. 37 bis (oggi art. 153 del codice).

⁴¹⁷ Così Autorità di vigilanza per i lavori pubblici, Atto di regolazione n. 4 del 5-7-2001, in www.autoritalavoripubblici.it.

⁴¹⁸ Cfr. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, Atto di regolazione n. 34 del 18-7-2000, www.autoritalavoripubblici.it.

⁴¹⁹ Cfr. TAR Abruzzo-Pescara, 3-3-2005, n. 99, *Foro Amm.*, TAR, 2005, 768.

⁴²⁰ Cfr. Cons. Stato, V, 19-4-2005, n.1802, in *Foro Amm.*, CDS, 2005, 1142.

Tale richiesta non esorbiterebbe dall'alveo del potere di integrazione riconosciuto alla p.a., in quanto "l'adempimento in discorso non postula alcun intervento sul contenuto del piano economico-finanziario posto a corredo della proposta e, dunque, essa può sicuramente sopravvenire ... anche dopo il completo spirare del termine finale di presentazione".

Tale orientamento giurisprudenziale, peraltro, deve essere sottoposto nel nuovo regime ad attenta rimediazione, considerato che la valutazione della completezza documentale avviene all'interno di un vero e proprio procedimento di gara, con la conseguenza che è necessario comunque garantire la par condicio dei concorrenti; non si tratta, invero, di una mera richiesta di chiarimenti, ma si è di fronte ad una vera e propria omissione di un adempimento richiesto dal bando.

Si ritiene al riguardo che la fissazione nella *lex specialis* di gara di una espressa clausola di esclusione sul punto valga a fugare ogni dubbio e ad evitare possibili contenziosi.

Quanto alla bozza di convenzione, va rilevato che la stessa è destinata a regolamentare i diversi aspetti del rapporto che si instaurerà per effetto della aggiudicazione della concessione e, considerato l'utilizzo di tale sistema di realizzazione dei lavori pubblici nel P.F., il suo contenuto dovrà tenere conto degli elementi previsti dal Regolamento a proposito dello schema di contratto della concessione⁴²¹.

L'esposizione della nuova disciplina relativa ai contenuti delle offerte consente di cogliere significative differenze rispetto al regime previgente.

Vi è in primo luogo da sottolineare che l'asseverazione del Piano non può essere più effettuata da società di revisione o società di servizi iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, atteso che la norma indica la sola "banca"⁴²².

Tale modifica normativa, letta in relazione al pregresso contenuto della disposizione, induce a ritenere che il regolamento di attuazione non possa spingersi fino ad ampliare la platea dei soggetti abilitati alla asseverazione del PEF.

Di poi, il calcolo del 2,5% del valore dell'investimento, costituente limite al rimborso spese, è contenuto nello studio di fattibilità posto a base di gara e non più nel piano economico e finanziario predisposto dal privato.

Va, infine, osservato che le proposte (*rectius*, le offerte) non devono più contenere lo studio di inquadramento territoriale ed ambientale, l'indicazione degli elementi da fare utilizzare all'amministrazione nella valutazione delle proposte e delle garanzie offerte, lo studio di fattibilità.

Le evidenziate differenze vengono ricondotte alla volontà legislativa di lasciare assumere alla P.A. "la responsabilità e il dominio di tutti quei dati necessari per redigere le offerte"⁴²³.

Invero, i contenuti della proposta non più necessari in parte si riferiscono a documenti già presenti nello studio di fattibilità redatto dall'amministrazione e posto a base di gara e, con riferimento alle garanzie, non ne è più necessaria l'indicazione giacché esse divengono, in misura prefissata, obbligatorie per legge.

Quanto a queste ultime, il comma 13 ne individua due da prodursi a corredo dell'offerta, una terza operativa solo per il soggetto aggiudicatario ed, infine, una quarta in capo al concessionario a decorrere dall'avvio dell'espletamento del servizio: 1-la garanzia di cui all'articolo 75; 2- un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara; 3- per il soggetto aggiudicatario la

⁴²¹ Cfr. Baldi - De Marzo, *Il project financing ...*, *op. cit.*, 486.

⁴²² E' stato, peraltro, sottolineato (M. Giustiniani, *Dal 17 ottobre...*, *op. cit.*, 8) che il rinvio al Regolamento al fine di fornire indicazioni per chiarire ed agevolare l'attività di asseverazione lascia a quest'ultimo un discreto margine di modifica della norma.

⁴²³ Così M. Ricchi, *Il promotore nel codice dei contratti ...*, *op. cit.*, 13.

cauzione definitiva di cui all'art. 113; 4- per il concessionario, dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'art. 113, specificandosi che la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

Ciò posto, va osservato che la garanzia prevista dall'articolo 75, comma 6, copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ed è da ritenersi che la stessa sia escutibile in tale evenienza sia quando il progetto preliminare presentato non necessita di modifiche sia nel caso in cui, richieste queste ultime dalla P.A. ed effettuate dall'aggiudicatario, quest'ultimo non abbia poi inteso stipulare il contratto.

L'incameramento della stessa non è, invece, possibile quando, richieste le modifiche da parte dell'amministrazione, il privato non le abbia accettate, essendo espressamente prevista tale facoltà in capo a quest'ultimo e risultando la P.A. garantita dalla possibilità di scorrimento della graduatoria (artt. 153, commi 3 e 10).

La novità più importante della nuova disciplina in punto di garanzie è, peraltro, costituita dalla previsione di una garanzia gestionale, della quale non solo è determinata la misura (10% del costo annuo operativo di esercizio), ma è anche specificato l'ambito di operatività, risultando la stessa costituita "a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera".

E' stato acutamente osservato che il legislatore ha voluto, attraverso tale previsione, fornire precise indicazioni all'amministrazione su come congegnare un contratto di concessione effettivamente funzionante⁴²⁴.

Essa deve specificare gli obblighi del concessionario, prevedere specifiche penali per il caso di inadempimento o inesatto adempimento e coprire le stesse con la nuova garanzia gestionale a prima richiesta.

Tale sistema assicura la tensione contrattuale indispensabile al buon funzionamento di rapporti concessori di lunga durata, specificando obblighi, responsabilità ed un correlato sistema sanzionatorio reso effettivo dalla garanzia prestata dal concessionario.

L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici⁴²⁵ ritiene che, essendo la finalità di tale cauzione garantire l'adempimento contrattuale della prestazione del servizio, una interpretazione logico-sistematica della norma porta a ritenere che la stessa debba essere prevista anche per le concessioni affidate ai sensi dell'art. 143; non essendovi, peraltro, in proposito espressa previsione normativa, è necessario che il bando di gara per l'affidamento di dette concessioni ne disponga espressamente la prestazione.

Può a questo punto passarsi all'esame del sistema di gara e dei criteri di aggiudicazione, elementi che trovano disciplina nei commi 4 e 10 del nuovo articolo 153, integrati dalle prescrizioni dei commi 5 e 6.

Essi qualificano il modello in esame in termini di P.F. a gara unica.

Invero, si è in presenza di una gara per l'affidamento di una concessione; più precisamente, una gara unica, ancorché articolata in una pluralità di fasi (scelta del promotore, negoziazione con il promotore delle modifiche al progetto preliminare, negoziazione con i successivi concorrenti in graduatoria ove il vincitore della gara non abbia accettato le modifiche proposte)⁴²⁶.

La lettera a) del comma 10 dispone che l'amministrazione prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati dal bando; tale valutazione, come

⁴²⁴ Così M. Ricchi, *Il Promotore ...*, op. cit., 14.

⁴²⁵ Così in *Linee guida per la finanza di progetto*, cit.

⁴²⁶ In termini, R. De Nictolis, *Le novità...*, op. cit., 1231.

disposto dal comma 4, avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83 del codice, estendendo l'esame anche agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano ed al contenuto della bozza di convenzione (comma 5), tenendo presente i criteri ed il relativo peso loro attribuito, così come indicato nel bando di gara (comma 6).

Il carattere articolato del sistema di aggiudicazione previsto dalla norma, rispetto a quello della ordinaria concessione, risponde all'esigenza di tenere adeguato conto della specificità dei contratti complessi, quale è quello cui conduce l'istituto del P.F.⁴²⁷

Le peculiari prescrizioni contenute nei commi 5 e 6 configurano un sistema flessibile di valutazione delle offerte che certamente riduce i margini di discrezionalità connaturati al previgente criterio del "pubblico interesse", che debordava in ambiti tipici della discrezionalità amministrativa pura. Nel contempo, però, esso evita i rischi della eccessiva rigidità della valutazione, consentendo all'amministrazione di premiare soluzioni innovative, probabilmente proprio per tale carattere non definibili o immaginabili ex ante al momento di redazione del bando di gara.

Va, peraltro, evidenziato che in ogni caso il tenore della disposizione normativa (in particolare, il comma 6) consente all'amministrazione di modulare, attraverso le specificazioni del bando di gara, i margini di flessibilità ovvero di rigidità nella valutazione che essa ritenga più adeguati allo specifico lavoro o opera per la quale procede all'affidamento.

La flessibilità del sistema viene rafforzata, poi, dalla possibilità di stabilire una "soglia" con riferimento ai criteri di valutazione, potendo il bando, in ossequio a quanto previsto dall'art. 83, comma 2, del Codice, stabilire, a pena di esclusione, il conseguimento di un punteggio minimo da parte dei concorrenti.

Mentre ciò è agevole per i criteri di valutazione di natura qualitativa, per quelli di natura quantitativa (come, ad esempio, il prezzo o la tariffa per gli utenti) il rischio di un appiattimento delle offerte (tutti offrono il limite indicato nel bando) può essere evitato determinando la "soglia" non direttamente ma per relationem, sulla base di un valore ricavato dalle offerte, quale la media di esse.

Ulteriori elementi di flessibilità, come acutamente osservato dall'Autorità, possono essere colti nella possibilità, pure questa consentita dal Codice, di suddividere i criteri di valutazione ed i pesi in sub-criteri e sub-pesi.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa comporta che le proposte dei partecipanti debbano essere valutate sotto il profilo tecnico (costruttivo-progettuale), sotto quello economico (rendimento, costo di gestione e manutenzione, durata, valore economico e finanziario del piano) ed, infine, sotto il profilo dell'impatto sull'utenza (fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, tempi di ultimazione dei lavori, tariffe da applicare e loro aggiornamento, contenuto della bozza di convenzione)⁴²⁸.

La lettera b) del comma 10 prevede che all'esito della valutazione delle offerte l'amministrazione aggiudicatrice "redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta", specificando pure che "l'aggiudicazione può aver luogo anche in presenza di una sola offerta".

Dunque, nel modello in esame è la norma stessa a definire il "promotore": tale è colui il quale vince la gara per l'affidamento della concessione.

⁴²⁷ Così M. Ricchi, *Il Promotore*, *op.cit.*, 10.

⁴²⁸ Cfr. Autorità per la vigilanza sui contratti di lavori pubblici servizi e forniture, *Prime indicazioni, Linee guida per la finanza di progetto*, *cit.*, 15.

L'individuazione del promotore, peraltro, come già sopra evidenziato, non comporta automaticamente che il soggetto prescelto stipuli il contratto di concessione.

Invero, occorre che l'Amministrazione provveda previamente alla approvazione del progetto preliminare, verificandone la concreta fattibilità e, dunque, la necessità o meno di apportarvi modifiche.

La nuova disposizione normativa introduce elementi di novità rispetto al modello tradizionale gara-aggiudicazione-stipula del contratto.

Il soggetto che vince la gara non è, come avviene ordinariamente, aggiudicatario, né la norma utilizza il termine "aggiudicazione"; la gara si conclude, infatti, con la mera nomina del promotore e solo l'approvazione del progetto preliminare consentirà la stipulazione del contratto di concessione.

Dunque, colui il quale vince la gara non è aggiudicatario (titolare di una posizione giuridico-soggettiva qualificata alla stipula del contratto, secondo gli ordinari contenuti tipici della qualifica dell'aggiudicatario); egli è solo potenzialmente tale, considerato che la stipula del contratto è subordinata all'esito favorevole della fase di approvazione del progetto preliminare, fase nella quale l'Amministrazione esercita poteri ben più ampi di quelli che normalmente sono consentiti alla stazione appaltante in ordine alla possibilità di non procedere alla stipulazione di un contratto con il soggetto aggiudicatario di una gara.

Pertanto, sotto tale profilo, la scelta nominalistica del legislatore appare corretta, pur se si rinviene, nella indicazione del soggetto gestore del procedimento, il termine "amministrazione aggiudicatrice"; questo, peraltro, va propriamente riferito al concetto generale delineato dall'articolo 3 comma 25 del codice ed alla circostanza che comunque dovrà procedersi ad una aggiudicazione (che deve precedere la stipulazione del contratto), sia pur non all'esito immediato della procedura di gara (si veda al riguardo la disposizione contenuta nel comma 15, riferito al modello a doppia gara, laddove la lettera c) recita che "il contratto è aggiudicato ...").

La lettera c) del comma 10 dispone che l'amministrazione pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore con le modalità di cui all'articolo 97, specificando che è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo.

Il riferimento all'articolo 97 del Codice indica che l'approvazione del progetto debba avvenire attraverso il modulo della conferenza di servizi.

Questo istituto, come è noto, è strumento di semplificazione procedimentale e di accelerazione del procedimento, in quanto consente in un unico contesto spazio-temporale di esaminare la conformità del progetto alla pluralità di interessi pubblici tutelati dall'ordinamento e coinvolti nella realizzazione dell'opera.

Dunque, il ricorso alla conferenza di servizi consente di conoscere in un unico momento quali siano gli adattamenti o le modificazioni necessarie per il soddisfacimento dei diversi interessi pubblici coinvolti, evitando al privato gli effetti negativi, anche sotto il profilo economico, di prescrizioni spesso onerose imposte in momenti successivi.

Queste ultime, invero, come è stato giustamente sottolineato⁴²⁹, rendevano insensato il procedimento rivolto all'individuazione del migliore progetto, falsando la concorrenza ed espandendo senza controllo i tempi già lunghi del procedimento.

Il fenomeno – correttamente definito "rischio amministrativo" – si aggravava a cagione della circostanza che i pareri, i nulla osta e le autorizzazioni delle diverse autorità preposte alla cura degli interessi pubblici coinvolti intervenivano in

⁴²⁹ Così M. Ricchi, *Il Promotore...*, op. cit., 9.

momenti successivi alla pubblicazione dell'avviso di cui al vecchio articolo 153 del Codice.

Nel nuovo modello normativo, invece, la concentrazione delle determinazioni, attuate a mezzo della conferenza di servizi, consente di evitare l'allungamento dei tempi procedurali, con evidenti vantaggi per il promotore e per la stessa amministrazione aggiudicatrice.

La lettera c) del comma 10 in esame consente, dunque, alla P.A. di richiedere modificazioni al progetto preliminare, ritenute indispensabili per la sua approvazione.

In ordine all'ambito ed all'entità delle modifiche progettuali consentite, si registrano due opposti orientamenti interpretativi.

Secondo il primo, l'attuale previsione normativa consentirebbe di superare alcuni limiti che erano emersi nella previgente disciplina dell'istituto (art. 155, comma 1), che individuava quale base di gara "il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni stesse", autorizzando in tal modo una lettura restrittiva dello *ius variandi*, escludendosi la possibilità di modifiche sostanziali al progetto ed al PEF.

Invero, in tal modo si verificavano due effetti negativi: da una parte si bloccavano i procedimenti di aggiudicazione per i quali erano state avanzate proposte di modifica, non potendo i relativi costi trovare accoglimento nel PEF; dall'altra l'amministrazione, ove non volesse azzerrare una gara complessa e dispendiosa, non aveva altra scelta che quella di accettare una proposta mediocre e non pienamente rispondente all'interesse pubblico⁴³⁰.

Oggi, invece, la formulazione della disposizione, la quale opera un generico riferimento alle "modifiche eventualmente intervenute in sede di approvazione del progetto", consentirebbe di darne una lettura estensiva e di ritenere possibili tanto modifiche al progetto preliminare prescritte in sede di conferenza di servizi quanto quelle richieste dalla stessa amministrazione procedente in fase di approvazione del progetto preliminare.

Altro orientamento⁴³¹ ribadisce anche nella nuova disciplina normativa dell'istituto l'applicabilità dell'orientamento giurisprudenziale formatosi nel previgente regime, secondo il quale esse sono consentite nei limiti di lievi correttivi, tali da non alterare e snaturare la proposta originaria.

Esso, infatti, si attaglierebbe a maggior ragione all'attuale quadro normativo anche al fine del pieno rispetto della par condicio tra i concorrenti, considerato che la fase di approvazione del progetto fa comunque seguito ad una vera e propria gara.

In ogni caso, a giudizio di chi scrive, non può che essere evidenziata la bontà del sistema delineato dalla riforma, caratterizzato, nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice, da una vincolatività relativa o condizionata dell'esito della gara, in tal modo consentendosi ad essa di esprimere le proprie valutazioni in ordine al progetto senza preoccupazioni di sorta rivenienti dall'affidamento del privato.

Si è detto sopra, in occasione della disamina del bando di gara, del superamento dell'evanescente concetto del "pubblico interesse", che rendeva la valutazione dell'amministrazione esercizio di discrezionalità amministrativa pura.

In realtà, appare corretto ritenere che una valutazione di pubblico interesse della proposta, pur se non più prevista espressamente, rimane comunque nel nuovo sistema.

Essa è stata correttamente espunta dal procedimento di valutazione comparativa, in considerazione della necessità di offrire regole certe e di carattere tecnico-giuridico alla disciplina della fase concorsuale vera e propria.

⁴³⁰ Cfr. M. Ricchi, *Il Promotore...*, cit., 6.

⁴³¹ Così l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture, *Linee guida*, cit., 16.

Resta, però, nel momento tipico della approvazione del progetto preliminare, atteso che la relativa determinazione è discrezionale in senso proprio ed è il frutto di una valutazione comparativa degli interessi coinvolti al fine della emersione dell'interesse pubblico prevalente.

Sotto tale profilo, dunque, il potere della p.a. di richiedere modifiche progettuali risulta finalizzato ad ottenere la rispondenza del progetto al pubblico interesse, mentre la non approvazione dello stesso, atteso il limite del carattere non sostanziale delle modifiche apportabili, risulta espressione dell'esito negativo di tale giudizio di conformità.

Proseguendo ora nella disamina della norma, va evidenziato che si procede alla stipula della concessione con il promotore prescelto in sede di gara nel caso in cui il progetto preliminare non necessiti di modifiche ovvero quando, apportate modifiche al progetto in sede di approvazione, il promotore le abbia accettate.

Nel caso in cui quest'ultimo non le abbia accettate, l'amministrazione procede al cd. "scorrimento", ha facoltà, cioè, di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

Dunque, è corretto ritenere che lo "scorrimento" non è diretto alla individuazione di una proposta diversa, ma unicamente un altro concorrente (nel rispetto degli esiti della gara svolta) disposto ad uniformare la propria proposta a quella del promotore in uno alle modifiche individuate dalla p.a. in sede di approvazione del preliminare.

L'articolo 153 non stabilisce un termine entro il quale il soggetto prescelto deve esprimere il proprio consenso o il dissenso alle modifiche richieste.

E' ragionevole, però, ritenere, anche in ossequio al principio generale della certezza della durata del procedimento, che l'Amministrazione possa indicarlo nella proposta di modifica richiesta al privato; che questo debba comunque avere una durata ragionevole, in relazione ad entità e caratteri delle modifiche, e che comunque lo stesso, previa espressa qualificazione in tal senso, abbia carattere perentorio.

Il successivo comma 11, relativo alla fase della stipulazione del contratto di concessione, dispone che questa "può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario".

La norma, tuttavia, non disciplina l'ipotesi in cui nessuno dei concorrenti in graduatoria abbia accettato le modifiche progettuali.

Al riguardo, l'Autorità prospetta due possibili interpretazioni della norma⁴³².

Secondo una prima opzione ermeneutica, il procedimento troverebbe un insuperabile ostacolo, con la impossibilità di procedere ulteriormente.

Secondo altra possibile lettura, fondata sulla considerazione che l'opera, in quanto inserita nel programma triennale, è di interesse pubblico, l'amministrazione potrebbe fare proprio il progetto preliminare, modificarlo con conseguente adeguamento del PEF, ed indire una gara ex articolo 143.

4. Le differenze con la concessione ex art. 143 e l'utilità del modello.

Il comma 1 dell'articolo 153 consente di delineare la natura giuridica del modello di *project financing* con gara unica.

La norma prevede che le amministrazioni aggiudicatrici "possono, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'art. 143, affidare una concessione".

⁴³² Cfr. Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici..., Linee guida..., *cit.*, 17.

Esso, dunque, configura una fattispecie di affidamento di lavori pubblici o di pubblica utilità mediante concessione, ma nel contempo, essendo alternativo all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'articolo 143, non si identifica con tale ultimo istituto.

E', pertanto, utile individuarne le fondamentali differenze.

Quanto al bando, va osservato che nel P.F. esso presenta, rispetto alla concessione ex art. 143, contenuti specifici ed ulteriori indicati dal comma 3 e dal comma 7, di cui si è in precedenza detto.

E', poi, diverso il documento tecnico che viene posto a base di gara, rivenendosi nella concessione ordinaria il progetto preliminare o, se l'amministrazione ne è già in possesso, anche quello definitivo (art. 143, commi 1 e 2), mentre nel P.F. esso è costituito dallo studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione (art. 153, comma 1).

Quanto alle procedure di gara, si osserva che nella concessione ex art. 143 è possibile ricorrere sia alla procedura aperta che a quella ristretta (art. 144, comma 1).

Ne P.F. è, invece, dubbia la possibilità di ricorrere alla procedura ristretta.

Nulla recita in proposito la disciplina contenuta nell'articolo 153, onde potrebbero ritenersi, in analogia a quanto disposto per la concessione ordinaria, applicabili entrambe le procedure per l'aggiudicazione⁴³³ ; osservandosi pure, a sostegno di tale opzione ermeneutica, che l'articolo 55 del Codice prevede che le stazioni appaltanti utilizzino di preferenza quella ristretta quando (come avviene nel P.F.) il contratto non ha ad oggetto la sola esecuzione o quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Altro orientamento⁴³⁴ ritiene, invece, che il P.F. sia sempre una procedura aperta, giacché il comma 8 dell'articolo 153 ammette alla procedura i soggetti in possesso dei requisiti previsti per il concessionario e, dunque, ogni aspirante titolare di tali requisiti deve essere ammesso alla gara.

Ulteriori elementi di differenziazione si colgono nei contenuti dell'offerta che i partecipanti devono presentare.

Nella concessione ex articolo 143, essendo posto a base di gara il progetto preliminare predisposto dall'amministrazione, l'offerta consiste nel piano economico-finanziario dell'intervento da realizzare (comma 7).

Nel P.F. a gara unica, invece, risultando il documento a base di gara lo studio di fattibilità, essa si compone, oltre che del PEF asseverato da una banca, anche del progetto preliminare.

Nella identità del criterio di aggiudicazione (che è per entrambi gli istituti quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa), si colgono , peraltro, importanti differenze.

Ad integrazione degli elementi delineati dall'articolo 83 per la concessione ordinaria, nel P.F. il criterio di aggiudicazione è integrato dai peculiari elementi indicati nel comma 5 dell'articolo 153 (aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, valore economico e finanziario del piano, contenuto della bozza di convenzione).

Di poi, si osserva che nella concessione ex art. 143 l'amministrazione aggiudicatrice di regola prevede, per ciascun elemento di valutazione, una "soglia" espressa con un valore numerico predeterminato, limitandosi ad indicare il solo ordine decrescente di importanza degli stessi quando la ponderazione attraverso il valore numerico sia ritenuta impossibile per ragioni dimostrabili.

⁴³³ Cfr. L. Olivieri, il Project financing dopo il terzo decreto correttivo, in www.appalticontratti.it 5/11/2008.

⁴³⁴ Cfr. Autorità per la vigilanza, Linee guida per la finanza di progetto, cit., 10, cit.; R. Mangani, A confronto gara unica in P.f. e concessione: meno vincoli per il nuovo modello, in *Edilizia e Territorio, Finanza di progetto*, n. 45, 2008, pag.7.

Nel P.F., invece, tale seconda opzione, eccezionale nella concessione ordinaria, costituisce la regola generale, così riconoscendosi maggiori margini di flessibilità nell'esercizio del potere valutativo.

Va da ultimo evidenziato che la dottrina individua ulteriori differenze anche con riferimento agli elementi della durata della concessione e del prezzo da corrispondere al concessionario ad integrazione dei proventi di gestione⁴³⁵.

Nella concessione ordinaria, invero, è previsto un termine massimo trentennale di durata, superabile solo in presenza di determinati presupposti (art. 143, commi 6 e 8). Quanto al prezzo integrativo da corrispondere al concessionario, di regola esso è escluso, mentre può essere previsto in particolari ipotesi (art. 143, commi 3 e 4).

Tali vincoli limitativi, in uno alla loro obbligatoria previsione nel bando di gara, si ritengono non operanti nel modello di P.F., in relazione alla ratio ispiratrice della disciplina di tale istituto basata sulla autonomia valutativa dei privati, i quali potrebbero nel PEF presentato indicare la durata della concessione e l'eventuale corresponsione di un prezzo aggiuntivo.

Delineate le fondamentali differenze tra concessione ex art. 143 e P.F. con gara unica, pur nella considerazione che entrambi gli istituti conducono all'affidamento in via diretta di una concessione di costruzione e gestione, appare necessario cogliere le ragioni della utilità del modello in esame, individuando le possibili ragioni per le quali l'amministrazione può ricorrere ad esso in luogo che alla concessione ordinaria⁴³⁶.

Invero, nella previsione normativa (si veda il citato comma 1 dell'art. 153) essi sono alternativi e la scelta dell'uno o dell'altro modello è facoltativa (rectius, discrezionale).

Pur dandosi atto che, in relazione alla esistenza in entrambe le fattispecie di modelli concorsuali previsti dal codice ed ispirati a criteri di garanzia per i partecipanti, non occorre da parte della p.a. esternare attraverso una formale motivazione le ragioni della scelta dell'uno o dell'altro, è evidente che quest'ultima non può essere casuale ovvero arbitraria, ma deve essere assunta all'esito di una valutazione effettuata per la migliore e più efficiente realizzazione dell'interesse pubblico e delle esigenze specifiche del soggetto affidante⁴³⁷.

In buona sostanza non si tratta di una scelta di legittimità, ma piuttosto di una scelta di opportunità.

Le medesime considerazioni valgono a maggior ragione con riferimento al momento di scelta tra i vari procedimenti di P.F. previsti dall'articolo 153.

Al riguardo è stato osservato⁴³⁸ che il modello della concessione ordinaria si adatta ad una pubblica amministrazione che non abbia particolare esperienza nella

⁴³⁵ Cfr. R. Mangani, *A confronto gara unica...*, *op. cit.*, 8.

⁴³⁶ Deve comunque essere evidenziato che la Sezione Consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, nell'adunanza del 14-7-2008, rendendo il prescritto parere sullo schema del terzo decreto correttivo ha sottolineato che "la novella norma, così come concepita, finisce con l'essere un inutile duplicato dell'istituto della concessione, di cui al Capo II del Codice. Le uniche differenze che rimangono, infatti, attengono all'oggetto dell'offerta – che nella concessione comprende il progetto definitivo e qui il preliminare – e alla possibilità del promotore di chiedere l'inserimento di un nuovo intervento nel programma. Entrambi sono discutibili e in particolare la seconda comporta particolari interferenze con quella attività di programmazione che è bene rimanga prerogativa della p.a.. considerato infine che l'istituto non è previsto nelle direttive comunitarie, la Sezione invita l'amministrazione a prendere seriamente in considerazione la possibilità di sopprimerlo".

⁴³⁷ La scelta casuale del modello ovvero una scelta ispirata al mero intento di risparmiare sui costi di redazione del progetto preliminare, della convenzione e del PEF genera, invece, costi enormi, causati da spese evitabili per gestire procedimenti complessi, generando procedimenti inefficaci rispetto ai risultati che si vogliono ottenere (M. Ricchi, *Il Promotore*, *cit.*, 24).

⁴³⁸ Cfr. M. Ricchi, *Il Promotore ...*, *op. cit.*, 22.

gestione di procedimenti complessi ovvero che punti ad ottenere risultati efficienti in termini di tempi e di costi, considerati i tempi ridotti di aggiudicazione e la circostanza che l'esecuzione del contratto dovrebbe essere contenuta quando a base di gara sia stata predisposta una adeguata progettazione.

Di conseguenza, esso dovrebbe essere utilizzato per opere di valore medio-piccolo, sufficientemente standardizzabili a basso tasso di complessità; per esse, infatti, la p.a. conosce esattamente i propri bisogni e le caratteristiche delle opere pubbliche che possono soddisfarli, rivolgendosi in tal modo al mercato per la ricerca di un operatore economico in grado di realizzarli al costo più conveniente.

Al contrario, il modello del P.F. con gara unica si adatta ad un'amministrazione con forti competenze negoziali e capacità di regolazione. Questa deve essere dotata di adeguate risorse finanziarie per sostenere i necessari costi transattivi di gestione del processo.

Dunque, tale modello si adatta ad opere medio-grandi con elevato grado di complessità non standardizzabile, ove si richiede al mercato la proposizione di soluzioni non immaginabili a priori da parte dell'amministrazione.

E' stato correttamente affermato⁴³⁹ che l'obiettivo di questo procedimento è quello di catturare l'innovazione.

5. Il project financing ad iniziativa pubblica con doppia gara.

Tale modello è disciplinato dall'articolo 153 attraverso le disposizioni contenute nel comma 15.

Il procedimento presenta in primo luogo alcune identità con quello a gara unica.

Invero, valgono anche per la fattispecie della doppia gara le regole già illustrate e le considerazioni sopra svolte relative alla tipologia dei lavori effettuabili in P.F. (comma 1), alla base di gara costituita dallo studio di fattibilità redatto dall'amministrazione (comma 1), alle forme di pubblicità del bando di gara (comma 1), alla procedura e al criterio di affidamento dell'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 4), agli elementi da valutare ed alla specificazione dell'ordine di importanza dei criteri nella valutazione comparativa delle proposte (commi 5 e 6), al disciplinare di gara (comma 7), ai requisiti soggettivi per la partecipazione (comma 8)⁴⁴⁰, al contenuto delle offerte (comma 9) ed alle garanzie (comma 13).

Differenze sostanziali – che poi sono quelle che qualificano il modello in esame, caratterizzandolo in termini di autonomia rispetto a quello esaminato nei paragrafi precedenti – si rinvencono, invece, nelle modalità di svolgimento della gara, disciplinate appunto dal comma 15 dell'articolo 153.

Il bando deve specificare il meccanismo regolatorio del procedimento, indicando “che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma l'attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente individuato con le modalità di cui alle successive lettere del presente comma, ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa”.

L'analitico esame delle disposizioni del comma 15 consente di esplicitare più chiaramente il meccanismo procedimentale ivi previsto.

⁴³⁹ M.Ricchi, *op. ult. cit.*, 23.

⁴⁴⁰ L'esistenza di due gare non consente comunque di prevedere requisiti di partecipazione diversi, nel senso di consentire la partecipazione alla prima gara pur in mancanza dei requisiti previsti per il concessionario. Questi ultimi, invero, devono essere posseduti anche dai partecipanti alla prima gara, considerato che la norma prevede che il presentatore della migliore offerta in sede di prima gara non partecipa alla seconda e, qualora eserciti successivamente il diritto di prelazione, può stipulare il contratto di concessione. E' necessario, dunque, che i requisiti del concessionario siano presenti già in fase di prima gara.

Durante la prima gara l'amministrazione prende in esame le offerte presentate dai partecipanti e, all'esito, redige una graduatoria, provvedendo a nominare promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta.

Dunque, anche qui, come avviene per il procedimento a gara unica, promotore è il soggetto che risulta vincitore della gara; peraltro, a differenza del primo modello, gli effetti dell'esito favorevole della gara sono limitati alla "attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente" individuato all'esito dello svolgimento della successiva gara; in buona sostanza, essi si identificano nell'attribuzione del diritto di prelazione, istituto sul quale ci si soffermerà più diffusamente nel paragrafo seguente.

A questo punto l'Amministrazione procedente, scelto il promotore, provvede all'approvazione del progetto preliminare (comma 15, lett. b).

Questa deve avvenire "in conformità al comma 10, lett. c), onde si rinvia alle considerazioni in proposito svolte nella disamina del modello a gara unica.

Peraltro, viene sottolineato che il potere di modifica progettuale spettante all'amministrazione nella procedura a doppia gara sia più limitato rispetto a quello consentito nel modello a gara unica.

Si evidenzia da alcuni che le richieste di modifica dell'offerta dovrebbero limitarsi a quelle indicate dall'amministrazione procedente e a quelle emerse in conferenza di servizi. La P.A., infatti, non potrebbe spingersi, salvo macroscopiche evidenze, a chiedere al promotore la diminuzione dei costi di costruzione dell'opera e dei servizi erogati proprio perché tale adeguamento è riservato al confronto concorrenziale che avrà luogo nella seconda procedura di gara⁴⁴¹.

Da altri è stato, invece, evidenziato che tali limitazioni al potere di modifica deriverebbero dal fatto che, in mancanza di altre offerte, il promotore è comunque vincolato all'esecuzione del progetto, così come approvato⁴⁴².

Va, infatti, rilevato che, diversamente da quanto avviene nel procedimento a gara unica, l'espresso rinvio normativo alla sola lettera c) del comma 10 lascia ritenere che il promotore sia obbligato a recepire le modifiche richieste dalla p.a. proprio perché, in caso di mancata presentazione di offerte più vantaggiose nella seconda gara, il promotore dovrebbe comunque stipulare il contratto di concessione.

Dunque, non vi è possibilità di scorrimento della graduatoria, in quanto la norma espressamente prevede che "non si applicano il comma 10, lettere d), , e), il comma 11 e il comma 12".

Resta da chiarire, nel silenzio della norma, la possibilità per il promotore di ricevere rimborsi o compensi aggiuntivi per le modifiche richieste in sede di approvazione del progetto.

La dottrina⁴⁴³ in proposito ritiene possibile una rimodulazione del piano, qualora queste siano in grado di alterare in qualche modo l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione come originariamente individuato dal promotore.

Una volta approvato il progetto preliminare, l'amministrazione deve 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 dell'offerta economicamente più vantaggiosa (comma 15, lett. c).

A proposito delle modalità di applicazione di tale ultimo criterio, occorre effettuare una importante precisazione, con riferimento alla due gare in cui si realizza il modello in esame.

Mentre, invero, nella prima, finalizzata alla individuazione del promotore, esso trova la medesima applicazione del modello a gara unica, nella seconda gara deve

⁴⁴¹ Così M. Ricchi, *Il Promotore ...*, op. cit., 17.

⁴⁴² Cfr. Autorità per la vigilanza..., *Linee guida per la finanza di progetto*, cit., 18.

⁴⁴³ Cfr. M. Giustiniani, *Dal 17 ottobre ...*, op. cit., 10.

esservi stretta ed esclusiva applicazione delle regole dettate dall'articolo 83 del Codice, senza possibilità di effettuare un giudizio sul valore del progetto, del PEF e della convenzione.

Invero, in tale seconda fase il confronto concorrenziale deve svolgersi solo sugli elementi economici⁴⁴⁴.

Il P.F. a doppia gara costituisce un modello in cui la competenza regolatoria della p.a. deve essere sapientemente esercitata nella prima fase, anche attraverso il potere di modifica progettuale, creando condizioni ideali di mercato, al fine di consentire la piena esplicazione del principio di concorrenza ed il conseguimento di risultati di economicità.

L'esito della seconda gara può condurre a tre diverse possibilità.

La prima, disciplinata dalla lettera d) del comma 15, prevede che, nel caso in cui non siano state presentate offerte economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto viene aggiudicato a quest'ultimo.

La seconda, contenuta nella lettera e), si riferisce all'ipotesi in cui vi siano state offerte più vantaggiose rispetto a quella del promotore, fattispecie nella quale può trovare compiuto esercizio il diritto di prelazione, atteso che il promotore diviene aggiudicatario del contratto se, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'amministrazione, adegua la propria proposta a quella del migliore offerente.

In tal caso la p.a. rimborsa al migliore offerente, con oneri a carico del promotore, le spese sostenute nella misura massima stabilita dal comma 9, terzo periodo.

La terza evenienza, prevista dalla lettera f), si verifica quando il promotore non adegua nel termine fissato la proposta a quella del migliore offerente, procedendosi in tal caso all'aggiudicazione del contratto in favore di quest'ultimo. La norma dispone, poi, che il promotore venga rimborsato, nella misura massima sopra indicata, delle spese sostenute, con oneri a carico dell'aggiudicatario.

6. L'utilità del modello.

Il modello di P.F. ad iniziativa pubblica e a doppia gara viene considerato quello più vicino al P.F. disciplinato dalla previgente normativa e ne costituisce l'evoluzione⁴⁴⁵.

In quest'ultimo la trasformazione in vero e proprio bando dell'avviso di cui al vecchio art. 153, comma 3, anticipava il confronto concorrenziale al momento di selezione della proposta di pubblico interesse ed identificava il momento essenziale della procedura nell'attribuzione al promotore prescelto del diritto di prelazione.

Anche in esso erano previste due procedure concorsuali: una prima gara, in termini di procedura ristretta da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, finalizzata alla selezione delle due migliori offerte che sarebbero successivamente state poste in concorrenza con quella del promotore; una seconda, costituita da una procedura negoziata tra il promotore e i due migliori offerenti, nella quale si individuava la migliore, con possibilità per il promotore di aggiudicarsi la concessione adeguando ad essa la prima.

Peraltro, le differenze rispetto al vecchio regime normativo risultano essenziali ed emergono chiaramente dalla effettuata disamina dei contenuti del comma 15 del nuovo articolo 153.

Deve ora essere sottolineata la peculiare utilità del modello a doppia gara rispetto a quello a gara unica.

Come avviene per quest'ultimo, anche l'istituto disciplinato dal comma 15 si caratterizza per la pubblicazione di un bando e per l'affidamento di una concessione

⁴⁴⁴ Così M. Ricchi, *il Promotore...*, *op. cit.*, 17.

⁴⁴⁵ Cfr. M. Giustiniani, *Dal 17 ottobre...*, *op. cit.*, 10.

con progettazione integralmente a carico del privato (elemento quest'ultimo differenziale rispetto all'ordinaria concessione ex art. 143).

La differenza fondamentale tra i due modelli di P.F. ad iniziativa pubblica si coglie nel fatto che in quello previsto dal comma 15 vi è una doppia gara e il diritto di prelazione in favore del promotore prescelto.

Di conseguenza, l'operazione di compressione delle rendite ingiustificate e di calmieramento dei costi viene realizzato da una fase competitiva.

Da tali differenze strutturali si desumono le ragioni che possono condurre il soggetto pubblico a sceglierlo, quale strumento più idoneo al raggiungimento di obiettivi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa.

L'esistenza di una seconda fase di gara rende il procedimento più gestibile rispetto alla negoziazione diretta e, dunque, va utilizzato quando si valuti che, per dimensioni, natura dell'opera ed azioni della stessa p.a., si possa prevedere una rilevante pressione concorrenziale nella seconda fase, risultando altrimenti vanificato il vantaggio con esso ottenibile⁴⁴⁶.

Nella configurazione normativa (si veda in proposito il comma 1 dell'articolo 15) la scelta del modello a doppia gara è alternativo rispetto a quello a gara unica e, pertanto, non dovrebbe essere ritenuta obbligatoria (essendovi pure silenzio della norma sul punto) una motivazione della relativa scelta .

Tuttavia, l'esternazione delle ragioni concrete della scelta appare nel caso di specie opportuna , in considerazione della presenza nel modello in esame del diritto di prelazione per il promotore e dei possibili effetti distorsivi sulla concorrenza, precipuamente in attesa di una definitiva presa di posizione degli organi comunitari sul punto⁴⁴⁷ .

7. Il diritto di prelazione.

Nel regime previgente tale diritto era originariamente previsto dall'ultima parte dell'art. 154, il quale disponeva che “nella procedura negoziata di cui all'art. 155 il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione”⁴⁴⁸ .

Trattavasi di un vantaggio non correlato ad automatismi, ma che si inseriva nella procedura negoziata di confronto tra offerte successiva alla prima fase della licitazione privata.

Sotto tale profilo, il diritto di prelazione non creava *vulnus* per l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione, considerato che vi era stata una valutazione originaria della rispondenza a pubblico interesse di una proposta, che aveva costituito la base di un successivo procedimento di gara, nel quale il miglioramento della stessa (attraverso la presentazione e selezione di offerte più convenienti) consentiva alla p.a. di realizzare il risultato più utile possibile.

Pertanto, il diritto di prelazione aveva sollevato problemi in ordine al rapporto con gli altri aspiranti all'affidamento della concessione, considerato che la posizione di vantaggio del promotore poteva confliggere con gli artt. 43 e 49 del Trattato CEE in tema di libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi e, dunque, con i principi di parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità⁴⁴⁹ .

⁴⁴⁶ Così M.Ricchi, *Il Promotore ...*, op. cit., 23.

⁴⁴⁷ In ordine alle inefficienze generate dal diritto di prelazione si veda G. Fidone, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press, Roma , 2006.

⁴⁴⁸ Sul diritto di prelazione si veda M. Ricchi – L. Geminiani, *P.P.P., Finanza di Progetto e diritto di prelazione*, in www.giustizia-amministrativa.it, studi e contributi.

⁴⁴⁹ La Commissione Europea ha aperto una procedura di infrazione contro l'Italia (parere 2001/2182 C(2003) 3764), assumendo che la normativa italiana, nella misura in cui riconosce al promotore

Tuttavia, si riteneva che il rispetto di tali principi non potesse essere valutato in maniera parziale, con esclusivo riferimento alla sola fase della procedura negoziata ed alla previsione, all'interno di essa, di una aggiudicazione in favore del promotore che adeguasse la proposta a quella ritenuta dall'amministrazione come la più conveniente.

Occorreva, invero, tener conto della posizione peculiare del soggetto promotore ed anche della procedura di project financing nel suo complesso⁴⁵⁰.

Sotto il primo profilo, si osservava che il promotore era il soggetto che aveva sopportato lo sforzo, anche economico, della proposta iniziale, che aveva consentito l'avvio del procedimento ed aveva sostanzialmente attribuito ad altri soggetti la possibilità di presentare una offerta; con la conseguenza che egli era titolare di una posizione certamente diversa e maggiormente meritevole di tutela rispetto a quella degli altri aspiranti.

Quanto al secondo aspetto, veniva evidenziato che la proposta era stata già oggetto di valutazione in ordine alla sua rispondenza al pubblico interesse in una fase preliminare, alla cui partecipazione non era precluso l'ingresso di altri aspiranti.

Considerando, dunque, la procedura nel suo complesso, si rilevava che il vantaggio non era attribuito *tout court* al promotore, ma solo in quanto soggetto risultato meritevole all'esito di una fase di valutazione aperta alla partecipazione di ogni soggetto interessato.

La peculiarità di tale procedimento evidenziava, dunque, non un vantaggio indiscriminato, ma unicamente l'anticipazione della fase di confronto tra proposte al momento della individuazione di quella ritenuta conforme al pubblico interesse, dalla quale derivava il diritto di prelazione.

Il diritto di prelazione non era, dunque, violativo dei principi comunitari e non creava discriminazione nella misura in cui fosse assicurata ai potenziali aspiranti la più ampia possibilità di partecipazione alla fase di selezione delle proposte.

Sicché, in tale prospettiva, assumeva valore determinante la pubblicizzazione dell'avvio della fase di presentazione e valutazione delle proposte, la quale doveva caratterizzarsi per una chiara indicazione dei criteri in base ai quali sarebbe stata svolta la valutazione comparativa e per la palese esternazione dei vantaggi che, ai fini della aggiudicazione finale della concessione, avrebbe comportato l'esito positivo della valutazione di rispondenza al pubblico interesse della proposta.

In tal modo, il legislatore aveva in un primo tempo previsto nel comma 3 dell'art. 153 del codice (norma che fedelmente riproduceva i contenuti del comma 2 bis dell'art. 37 bis della legge n. 109/1994, introdotto dalla legge comunitaria n. 62/2005) che l'avviso "deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 154, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto a favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti dall'art. 155, comma 1 lett. b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti"⁴⁵¹.

un diritto di prelazione, produce un effetto discriminatorio verso i partecipanti non nazionali in relazione alla possibilità di risultare affidatari di concessioni di lavori pubblici.

⁴⁵⁰ In tal senso anche Fava, *Il Project financing nel quadro dei P.P.P.*, in Cassano (a cura di), *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, op.cit., 749.

⁴⁵¹ La soluzione normativa prescelta dal legislatore italiano non è, peraltro, scevra da critiche, rilevandosi che la stessa, più che risolvere il problema, lo elude non prendendo posizione sulla questione sostanziale dell'esistenza della posizione di privilegio per il promotore, consistente nella possibilità di modificare la propria proposta. Vengono, dunque, de iure condendo, formulate soluzioni più radicali, originanti dalla considerazione che la maggior parte del contenzioso in materia riguarda vizi del procedimento concernente la valutazione delle proposte presentate a seguito dell'avviso di cui all'art. 153.

Sicché, da una parte, si auspica il ricorso a soluzioni legislative che abbandonino la procedura

La Commissione Europea, peraltro, nella causa C-412/04 aveva censurato la disposizione normativa, in quanto la norma contenuta nell'art. 37 ter della legge Merloni determinava "violazione del principio generale di parità di trattamento del Trattato CE nella parte in cui omette di subordinare tale previsione alla circostanza che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano resi noti tali vantaggi, nonché i criteri sulla base dei quali tali amministrazioni perverranno in maniera obiettiva e non discriminatoria all'individuazione di una proposta, in occasione di una pubblicazione di un avviso teso alla ricerca di un promotore secondo le medesime modalità da seguire per la pubblicazione del bando relativo all'aggiudicazione della concessione".

Al fine di superare le censure comunitarie il legislatore era intervenuto sull'istituto con il d.lgs. n. 113/2007 eliminando il diritto di prelazione.

In particolare, era stata soppressa l'articolo 153, nella parte in cui disponeva che "nella procedura negoziata di cui all'art. 155 il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso il promotore risulterà aggiudicatario della concessione".

Di poi, attraverso la modifica del comma 7 dell'articolo 143, era stata introdotta una sorta di assicurazione a favore del promotore, imponendo, tra gli elementi dell'offerta e del contratto, anche il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto, ivi compresa la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo il diritto del concessionario ad un corrispettivo per detto eventuale valore residuo non ammortizzato.

Al riguardo, la Commissione Europea sottolineava la permanenza comunque di una indebita posizione di vantaggio per il promotore, legata alla assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti alla scelta del promotore e del concessionario, nonché alla circostanza che questi continuava a partecipare ad una sola procedura, quella negoziata, nella quale veniva a confrontarsi solo con i soggetti che avevano presentato le due migliori offerte nella gara precedente.

Il nuovo regime del P.F., introdotto dal terzo decreto correttivo, reintroduce il diritto di prelazione a favore del promotore, ma lo configura in termini di vantaggio conseguibile per effetto di una vera e propria gara, che si svolge a seguito di adeguata pubblicità e sulla base di un bando che consente una esaustiva conoscenza delle regole di scelta da parte degli aspiranti e limita in termini rilevanti gli ambiti discrezionali dell'amministrazione.

Si rammenta in proposito, come in precedenza rilevato, che la discrezionalità esercitata nella scelta del promotore è essenzialmente una discrezionalità tecnica e che esercizio di discrezionalità amministrativa si ha solo in un momento successivo, nella fase di approvazione del progetto preliminare; quest'ultima, poi, non preclude la ulteriore esplicazione della concorrenza, atteso che il progetto preliminare prescelto viene a costituire la base di una nuova gara.

Dal momento che, quindi, la proposta (rectius, offerta) risultata prescelta è assoggettata, nella fase di approvazione del progetto preliminare, a possibilità di modifiche ed il progetto, così come modificato, costituisce la base di una successiva gara nella quale può svolgersi il confronto concorrenziale, appare nel nuovo sistema abbattuta in maniera rilevante l'esistenza di una posizione di vantaggio riveniente

trifasica ed ancorino l'affidamento della concessione a criteri di aggiudicazione predeterminati, consentendo nel contempo che la posizione di vantaggio sia attribuita nel rispetto delle procedure comunitarie tipizzate per l'affidamento delle concessioni di lavori; da altri, invece, si propone una migliore specificazione del contenuto degli atti di programmazione e dell'avviso informativo, che dovrebbe trasformarsi in un vero e proprio bando di gara.

dalla violazione del principio generale di parità di trattamento, censurata in sede comunitaria.

Si attende, peraltro, l'opinione degli organi della Comunità sulla nuova disciplina dell'istituto.

Vale, peraltro, in questa sede sottolineare, come chiarito da autorevole dottrina⁴⁵², che il legislatore, nel reintrodurre l'istituto, ha comunque previsto un rimedio per mitigare gli effetti anticoncorrenziali da esso generati.

Invero, il comma 15, lett. e) dell'articolo 153 dispone che il concorrente aggiudicatario della seconda gara, quando subisce il diritto di prelazione, deve ricevere una compensazione economica pari al costo sostenuto dal promotore per la predisposizione della proposta a base di gara nei limiti del 2,5 per cento dell'investimento.

Giacché tale importo è certamente superiore alle spese sostenute dal concorrente per migliorare l'offerta del promotore, detta compensazione costituisce un rilevante stimolo alla partecipazione alla gara e, dunque, alla concorrenza, in relazione al vantaggio economico che comunque ne deriva.

Viene, peraltro, sottolineato che nel suddetto meccanismo di compensazione è insito il rischio della partecipazione esclusivamente finalizzata all'accaparramento del premio (e non al conseguimento della concessione), la quale è fortemente deleteria per l'interesse pubblico curato dall'amministrazione giacché essa si realizza di regola con proposte migliorative minime rispetto a quella del promotore posta a base di gara.

La neutralizzazione di tale rischio potrebbe avvenire attraverso l'intervento regolatorio dell'amministrazione, che condizioni l'effettiva erogazione della compensazione al raggiungimento di un certo livello di economie⁴⁵³.

8. Il procedimento ad iniziativa pubblico-privata.

Esso è disciplinato dai commi 16, 17 e 18 dell'articolo 153 del Codice.

Tale modello configura innanzitutto anch'esso un procedimento ad iniziativa pubblica, giacché l'attività indefettibile per l'avvio dello stesso compete alla pubblica amministrazione ed è costituita dall'inserimento dei lavori nella programmazione.

Invero, presupposto indefettibile del ricorso a tale modello è rappresentato dall'inserimento di lavori pubblici o di pubblica utilità, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, nell'elenco annuale.

Si osservi, peraltro, che, a differenza di quanto avviene nei due modelli ad iniziativa pubblica in precedenza esaminati, la norma opera riferimento solo all'elenco annuale di cui all'articolo 128, mentre manca il richiamo alla programmazione triennale nonché agli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

La prima omissione non appare rilevante, considerato che l'inserimento nell'elenco annuale presuppone comunque l'esistenza dell'opera nel programma triennale.

Risulta, invece, significativa e, dunque, preclusiva all'utilizzazione in tal caso del modello la circostanza che la stessa sia invece inserita in altri "strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice in base alla normativa vigente".

Non appare, invero, utilizzabile un'applicazione estensiva o analogica del disposto normativo, considerato che le diverse disposizioni, quella del comma 1 e

⁴⁵² M. Ricchi, *Il Promotore...*, *op.cit.*, 16.

⁴⁵³ Cfr. M. Ricchi, *Il Promotore...*, *op.cit.*, 17.

quella del comma 16, sono comunque contenute nello stesso articolo, onde risultano espressione di una precisa volontà del legislatore.

Il presupposto dell'inserimento dell'opera nell'elenco annuale risponde evidentemente all'esigenza di avere la certezza della copertura finanziaria di una possibile contribuzione pubblica.

Occorre, però, che vi sia anche l'indicazione, da parte della p.a., della volontà di utilizzare il procedimento del P.F.

Si ritiene, invero, che il modello in esame sia alternativo al solo P.F. con gara unica o doppia gara e non sia, invece, utilizzabile nella generalizzata ipotesi di inerzia riferita ad opere pubbliche per le quali sia indicata la realizzazione mediante il sistema tradizionale dell'appalto⁴⁵⁴.

Ciò in primo luogo perché la scelta tra appalto e concessione, operata in sede di programmazione, è prerogativa esclusiva della p.a.; ed, inoltre, perché la relazione di accompagnamento al codice è chiara nel riferirlo alla ipotesi di "mancata pubblicazione ... del bando per l'individuazione del promotore".

Rispetto all'ordinario procedimento ad iniziativa pubblica, il modello in esame si caratterizza per un peculiare meccanismo di superamento della inerzia dell'amministrazione, affidato ad una specifica attività del privato.

In tal senso, e con le precisazioni che di seguito si rendono, può, dunque, parlarsi di un procedimento ad iniziativa pubblico-privata.

Invero, la presentazione da parte del privato di una proposta determina un obbligo in capo alla p.a. di riavvio del procedimento, arrestatosi alla fase di mera inclusione del lavoro nell'elenco annuale.

Il disposto normativo del comma 16 consente di svolgere alcune importanti precisazioni in ordine agli obblighi procedurali gravanti sull'amministrazione.

Vi è in primo luogo da evidenziare che la possibilità di presentazione di una proposta da parte del privato sorge una volta decorsi sei mesi dall'approvazione dell'elenco annuale senza che il soggetto pubblico abbia provveduto alla pubblicazione di un bando.

Ciò dimostra che l'inerzia della p.a. nel proseguire la procedura assume rilievo ed è, dunque, giuridicamente rilevante solo dopo che sono trascorsi sei mesi.

La scelta normativa in ordine all'entità di detto requisito temporale appare ispirata a criteri di ragionevolezza e di contemperamento degli interessi coinvolti, giacché riferita ad un lasso temporale che, pur non essendo eccessivamente lungo (in modo da garantire certezza agli operatori economici) è comunque di entità tale da lasciar fondatamente ritenere l'esistenza di una inerzia dell'amministrazione.

L'esercizio della specifica attività da parte del privato, che condiziona le modalità di ulteriore svolgimento della procedura, non è però priva di limiti temporali, atteso che la norma precisa che la proposta possa essere presentata "entro e non oltre" quattro mesi dal decorso del suddetto termine.

Tale ultimo termine, alla luce della espressa previsione di legge, è certamente preteritorio e concorre anch'esso a conformare i contenuti del potere amministrativo⁴⁵⁵.

Invero, se nell'ambito del riferito arco temporale (decorsi sei mesi dall'inserimento nell'elenco annuale e comunque entro quattro mesi dalla scadenza

⁴⁵⁴ Cfr. M.Ricchi, *Il Promotore...*, *op.cit.*, 18.

⁴⁵⁵ Dubita sulla natura perentoria del termine R. Mangani, *Capitali attivabili anche se l'amministrazione è ferma*, in Speciale Codice appalti-Guida al III decreto correttivo, *Edilizia e territorio*, n. 39, pag.17, rilevando che, da un punto di vista sistematico sorgono perplessità in relazione alla circostanza che la presentazione delle proposte non attribuisce alcuna posizione di diritto consolidato in capo al proponente, poiché successivamente si svolge un'articolata procedura in cui la concorrenzialità e l'apertura al mercato viene comunque assicurata.

di tale termine) il privato presenta una proposta, l'amministrazione aggiudicatrice è obbligata a procedere ai sensi del comma in esame.

Poiché la norma prevede, in caso di tempestiva presentazione della proposta, un percorso di aggiudicazione diverso rispetto a quello, a gara unica o a doppia gara, che la p.a. aveva programmato ma non eseguito, la dottrina parla in tale modello di un promotore "additivo", poiché nei sensi sopra delineati la proposta degli aspiranti promotori è additiva⁴⁵⁶.

Se alcuna proposta è presentata ovvero se questa viene prodotta oltre il citato termine di quattro mesi, l'amministrazione aggiudicatrice conserva comunque la possibilità di procedere alla pubblicazione del bando ricorrendo, in alternativa, al modello a gara unica ovvero a doppia gara.

Si pone il problema di stabilire cosa avvenga nel caso in cui, invece, essa persista nell'inerzia.

Al riguardo, si osserva che non pare utilizzabile, in tale situazione, il meccanismo del silenzio-rifiuto, considerato che la mera qualità di imprenditore (ovvero di proponente tradivo) non appare sufficiente a configurare un interesse qualificato e giuridicamente rilevante alla conclusione del procedimento.

Quest'ultimo, invece, è certamente sussistente in capo al soggetto che, a seguito della inerzia della p.a. e nel termine di legge, abbia presentato una proposta; con la conseguenza che, nella fattispecie in esame, è proprio l'avvenuta presentazione della proposta nei termini a rendere qualificata e differenziata la posizione giuridico-soggettiva del privato.

Solo all'esito della presentazione tempestiva della proposta e nella ulteriore inerzia dell'amministrazione sarà praticabile il meccanismo del silenzio-rifiuto e della relativa tutela giurisdizionale.

Le considerazioni di cui sopra risultano avvalorate e trovano conforto nella disposizione normativa, la quale impone un termine alla successiva attività della p.a., prescrivendo che, presentata la proposta, essa provveda a pubblicare un avviso entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi.

Tale ultimo termine, dunque, ha natura peculiare: la sua scadenza non determina comunque la possibilità per la p.a. di optare per gli ordinari modelli a gara unica o a doppia gara; inoltre, ferma restando, pur dopo la sua scadenza, la possibilità di pubblicazione dell'avviso (dunque, non vi è decadenza dal potere e, sotto tale profilo il termine è ordinatorio), la sua inutile decorrenza qualifica in termini di inerzia rilevante il comportamento dell'amministrazione ed abilita il privato a ricorrere alla tutela giurisdizionale del silenzio-rifiuto.

Fatte queste necessarie precisazioni sulla natura e sulle caratteristiche essenziali del modello in esame, può procedersi alla ulteriore illustrazione della disciplina normativa.

I privati che possono presentare proposte sono i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8 e, dunque, quelli in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, anche associando o consorziando altri soggetti e fermo restando il possesso dei quelli di cui all'articolo 38.

Il comma 16 dell'articolo 153 precisa, inoltre, che le proposte devono avere il contenuto delle offerte di cui al comma 9; quindi, esse si caratterizzano per la presenza di un progetto preliminare, di una bozza di convenzione e di un piano economico-finanziario asseverato da una banca nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

Le proposte, inoltre, devono essere corredate dalla cauzione ai sensi dell'articolo 75, dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi e dall'impegno a prestare cauzione nella misura del 2,5 per cento del valore

⁴⁵⁶ Cfr. M.Ricchi, *Il promotore ...*, op.cit., 19.

dell'investimento in caso di indizione di una gara ai sensi delle lettere a), b) e c) del comma 16.

Alla presentazione di proposte, ovvero anche di una sola proposta, segue da parte dell'amministrazione la pubblicazione di un avviso, diretto ad ottenere la presentazione di altre proposte ed alla loro valutazione in termini di pubblico interesse.

L'avviso, in base al comma 16 in esame, deve essere pubblicato con le modalità previste dall'articolo 66 ovvero 122 (a seconda se trattasi di lavori sopra soglia o sotto soglia) ed esso deve contenere l'indicazione dei criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte.

E' stato correttamente sottolineato⁴⁵⁷ come l'avviso sia un vero e proprio bando e che esso debba comprendere sia gli opportuni contenuti strategici sia gli opportuni contenuti obbligatori attribuiti dalla dottrina e giurisprudenza formatasi sull'avviso di sollecitazione delle proposte del previgente art. 153 del codice.

Esso, peraltro, non deve contenere l'indicazione della tipologia di sub-procedimento che verrà utilizzato successivamente alla dichiarazione di pubblico interesse, giacchè questa è una scelta riservata all'amministrazione proprio sulla base degli esiti di tale valutazione.

Poiché la presentazione della proposta (o delle proposte) determina in questa fase unicamente l'obbligo della p.a. di pubblicare l'avviso della procedura di valutazione comparativa, è ragionevole ritenere che, ai fini di tale adempimento, il soggetto pubblico debba svolgere unicamente una verifica di completezza documentale e di regolarità formale delle proposte, riservandosene l'esame sotto il profilo della rispondenza delle stesse al pubblico interesse nel successivo momento procedimentale.

Pubblicato l'avviso, nel successivo termine di novanta giorni possono essere presentate nuove proposte ovvero quelle già presentate possono essere rielaborate (e ripresentate) alla luce dei nuovi criteri indicati nell'avviso.

Tale disposizione normativa ha la evidente finalità di porre tutti i concorrenti sullo stesso piano, consentendo, attraverso eventuali revisioni sulla base dei desiderata dell'amministrazione, la piena attuazione del principio della par condicio.

A questo punto il soggetto pubblico individua la proposta ritenuta di pubblico interesse.

Valgono al riguardo le considerazioni già espresse su tale valutazione nel previgente regime del P.F.

Tale valutazione comporta un giudizio sulla rispondenza all'interesse pubblico della realizzazione della proposta e, dunque, comporta un'attività di valutazione di interessi pubblici.

Trattasi, pertanto, di esercizio di discrezionalità amministrativa⁴⁵⁸.

Il contenuto della discrezionalità amministrativa, secondo autorevole dottrina⁴⁵⁹, consiste nella valutazione comparativa degli interessi coinvolti e nella scelta del provvedimento, che è consequenziale e coerente con gli esiti di tale valutazione.

L'esercizio di tale forma di discrezionalità amministrativa incontra comunque limiti e parametri di riferimento⁴⁶⁰:

⁴⁵⁷ Cfr. M. Ricchi, *Il Promotore...*, *op.cit.*, 19.

⁴⁵⁸ TAR Abruzzo, Pescara, 3-3-2005, n. 99, in *Foro Amm.*, TAR, 768 sottolinea l'ampia discrezionalità di cui gode l'amministrazione procedente nella fase di valutazione della rispondenza a pubblico interesse delle proposte. Evidenzia, peraltro, la operatività del principio di autolimitazione, chiarendo che ove l'ente, nell'indire un avviso pubblico, si sia autolimitato in ordine all'esercizio di tale potere discrezionale, esso non può poi non rispettare le regole ed i criteri posti.

⁴⁵⁹ M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, vol. 2, Milano, 1993, 45 e ss.

⁴⁶⁰ Sul punto si veda pure Baldi – De Marzo, *Il project financing ...*, *op.cit.*, 505 e ss.

-in relazione al fatto che la valutazione in ordine al pubblico interesse attiene alla rispondenza della proposta alle priorità fissate nel piano triennale e nell'elenco annuale, alla sua compatibilità con altri interventi ed è condizionata dalla necessità del concorso finanziario dell'amministrazione in relazione alle diverse esigenze di spesa pubblica per altri interventi⁴⁶¹;

-dalla valutazione di rispondenza dell'opera al pubblico interesse già effettuata al momento di inserimento della stessa nel programma triennale.

Il Consiglio di Stato⁴⁶² ha chiarito che il modulo procedimentale in parola e la natura delle determinazioni che il gestore del programma deve assumere nella scelta del promotore, non consentono di applicare al procedimento in esame le regole della evidenza pubblica.

Caratteristica fondamentale della finanza di progetto è che il programma non è ancora definito nei suoi contenuti progettuali; tali contenuti dovranno costituire il contenuto della proposta ed è compito dell'amministrazione valutare se il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma è stato concepito.

Ha affermato, pertanto, che la valutazione non può essere espressione della discrezionalità tecnica propria delle commissioni giudicatrici, bensì costituisce la manifestazione della volontà del titolare stesso della cura dell'interesse pubblico, analogamente a quanto avviene, per le procedure ordinarie, con la scelta o l'approvazione del progetto sul quale interverrà la gara⁴⁶³.

Trattandosi di esercizio di discrezionalità amministrativa, non si applicano le regole della evidenza pubblica, bensì la disciplina generale del procedimento amministrativo⁴⁶⁴.

⁴⁶¹ Così la Determinazione dell'Autorità per la vigilanza n. 20 del 4-10-2001, in www.autoritavigilanza.it.

⁴⁶² Cfr. sent. n. 6287/2005, cit.

⁴⁶³ In coerenza con tali postulati appare condivisibile, in ordine alla concreta individuazione delle competenze, l'affermazione di M. Baldi, in Baldi – De Marzo, *Il project financing...*, op. cit., 506, secondo cui l'istruttoria della proposta e la fase della valutazione dell'ammissibilità della stessa costituiscono attività di gestione e, quindi, di pertinenza dirigenziale; al contrario, la valutazione della rispondenza al pubblico interesse è atto di governo, di competenza dell'organo politico (negli enti locali, alla Giunta).

Sulla ripartizione di competenze tra responsabile del procedimento, commissione giudicatrice e organo elettivo si veda pure Fava, *Il project financing nel quadro dei P.P.P.*, in Cassano (a cura di), *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, op.cit., 726 e ss.

Giova al riguardo pure richiamare TAR Lombardia, Milano, III, in *Foro Amm.*, TAR, 2006, 1961, per il quale la verifica di completezza dei documenti presentati spetta al Presidente di gara e la valutazione della proposta al Responsabile del procedimento con l'ausilio del Nucleo di Valutazione.

⁴⁶⁴ In senso contrario (ma la pronuncia del giudice di primo grado è stata annullata dalla sentenza del Consiglio di Stato citata) TAR Toscana, II, 2-8-2004, n. 2860, in *Giur. it.*, 2005, 616, secondo cui "la procedura di esame delle proposte di project financing, pur con le sue peculiarità, deve rispondere ai canoni procedurali che connotano le gare per la scelta del contraente in materia di opere e servizi pubblici. Sebbene l'art. 37 ter l. n. 109/94 non proceduralizzi l'attività di valutazione dell'amministrazione con espresso riferimento alle procedure di gara, la necessità che la valutazione si svolga all'insegna dei criteri di par condicio e trasparenza appare infatti intrinseca nella stessa natura paraconcorsuale della fase di scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice". In una posizione intermedia si colloca TAR Liguria, Genova, II, 4-4-2005, n. 429, in *Corriere del merito*, 2005, 956, secondo cui l'esame delle proposte e la scelta del promotore, sebbene non vincolati alle rigide forme dell'evidenza pubblica, stante la loro natura paraconcorsuale e la funzionalizzazione alla miglior soddisfazione dell'interesse pubblico, devono essere retti dai principi generali sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241/190. Di conseguenza, tali attività, nel caso di più agenti promotori, devono essere precedute dalla fissazione di criteri imparziali ed oggettivi di valutazione, per soddisfare i requisiti minimi di

In particolare, esse trovano applicazione con riferimento ai compiti di coordinamento assegnati al responsabile del procedimento, all'introduzione ed alla valutazione comparativa degli interessi coinvolti, all'obbligo di motivazione della decisione finale.

Gli argomenti a sostegno di tale conclusione si rinvengono:

-nella circostanza che la valutazione comparativa è meramente eventuale e comunque, qualora vi sia, vi è la possibilità di ingresso in funzione collaborativa dei proponenti stessi;

- nella norma di cui al comma 16 dell'art. 153 del codice, la quale, pur prevedendo la fissazione dei criteri in base ai quali verrà effettuata la valutazione comparativa, non prevede la nomina di una commissione giudicatrice;

- nelle disposizioni del comma 16, laddove dispongono che il progetto preliminare del promotore, da porre a base di gara, possa essere eventualmente modificato.

Orbene, l'affermazione giurisprudenziale secondo cui la valutazione della proposta è espressione di discrezionalità amministrativa, è svincolata dall'applicazione delle regole della evidenza pubblica e soggiace alle sole regole della legge sul procedimento amministrativo, consente di risolvere i problemi interpretativi legati alla previsione dell'obbligo per l'amministrazione di specificare, nell'avviso di cui al comma 16, i criteri sulla base dei quali verrà effettuata la valutazione comparativa delle diverse proposte presentate.

Ponendosi il problema di stabilire se tali criteri possano essere genericamente indicati ovvero abbiano necessità di una ulteriore specificazione concretatesi anche nella determinazione dei pesi da attribuire a ciascuno di essi, è evidente che l'affermata inapplicabilità delle regole della evidenza pubblica ne consente una determinazione generica ed attribuisce all'amministrazione un ampio margine valutativo della relativa rilevanza nella scelta della proposta.

Resta comunque ferma la possibilità per la p.a. di autovincolarsi ex ante a pesi e punteggi predeterminati, qualora lo ritenga utile alla migliore gestione della gara.

Con la scelta della proposta ritenuta di pubblico interesse si conclude la parte del procedimento del modello in esame che potremmo definire comune o unitaria, considerato che a questo punto, nell'ulteriore corso della procedura, la norma prevede tre distinti sub-procedimenti da poter seguire.

La scelta tra le tre diverse opzioni è, come correttamente recita la norma, alternativa; essa non è, peraltro, facoltativa o discrezionale, fissando l'articolo in esame un presupposto normativo costituito dalla circostanza che il progetto preliminare presentato dal promotore necessiti o meno di modifiche.

Nel caso siano necessarie modifiche, la lettera a) della seconda parte del comma 16 prevede che l'amministrazione indichi un dialogo competitivo ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta.

L'indizione del dialogo competitivo è, peraltro, possibile solo "qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 58, comma 2" e, dunque, solo se l'intervento è da considerarsi particolarmente complesso.

Il dettato normativo pone il problema interpretativo di stabilire cosa succeda nell'ipotesi in cui il progetto necessiti di modifiche ma non sussistano le condizioni per ricorrere al dialogo competitivo.

Risultano in proposito formulate due soluzioni.

Secondo una prima lettura⁴⁶⁵, dovrebbe essere l'amministrazione stessa a modificare il progetto preliminare e a predisporre il piano economico e finanziario; successivamente può indire una gara ai sensi dell'articolo 143 del Codice

imparzialità e trasparenza. Prima dello svolgimento delle operazioni di valutazione, tali criteri devono inoltre essere pubblicati, in conformità del principio di pubblicità che regge l'attività amministrativa ai sensi dell'art. 1 della legge n. 241/1990.

⁴⁶⁵ Cfr. Autorità per la vigilanza..., Linee guida..., *cit.*, 21.

(concessione ordinaria) ovvero procedere con le modalità previste dal comma 15, lett. b), c), d) ed f).

Secondo altra opzione interpretativa⁴⁶⁶, giacchè manca una espressa disposizione regolatoria della evenienza considerata, l'amministrazione dovrebbe arrestare il procedimento, affermando che non vi sono proposte di pubblico interesse.

Può a questo punto passarsi all'esame dei sub-procedimenti previsti per il caso in cui il progetto non necessita di modifiche.

In quest'ipotesi, l'amministrazione, una volta provveduto alla approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, ha due possibilità.

Può procedere, secondo la lettera b) del comma 16, a bandire una concessione ai sensi dell'articolo 143, ponendo il progetto preliminare a base di gara ed invitando alla stessa il promotore.

Può anche, a mente della lettera c) della norma, procedere ai sensi del comma 15, lettere c), d), e) f), ponendo il progetto preliminare a base di gara ed invitando ad essa il promotore.

Dunque, in entrambe le ipotesi il promotore deve essere invitato alla gara e vi è per lo stesso un onere di partecipazione.

Invero, il comma 17 dispone che in caso di mancata partecipazione venga incamerata la garanzia di cui all'articolo 75.

L'esame del comma 16 rivela che nella scelta dei sub-procedimenti di cui alle lettere b) e c) (praticabili nel caso in cui il progetto non necessita di modifiche) l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità, non essendovi in proposito vincoli di sorta.

L'esercizio della stessa, peraltro, deve essere attentamente ponderato, considerato che esso conduce a rilevanti conseguenze per i soggetti aspiranti all'affidamento della concessione.

Non va, invero, sottaciuto che nella ipotesi selettiva prevista dalla lettera c) viene attribuito al promotore il diritto di prelazione, vantaggio che invece non è contemplato nella fattispecie di cui alla lettera b)⁴⁶⁷.

Anche in questo caso, dunque, anche se non obbligatoria, risulta opportuna la esternazione delle ragioni che inducono alla scelta della procedura comportante il diritto di prelazione.

Va, infine, evidenziato, al fine di completare la disamina del modello, che trova applicazione il sistema delle garanzie previsto dal comma 13 (comma 17) e che viene previsto, in favore del promotore non aggiudicatario, il sistema di rimborso disciplinato dal comma 9 (per l'ipotesi di procedura ex comma 16, lett.a) ovvero dal comma 15, lett. e) ed f) (in caso di procedure ex comma 16, lett. b) e c).

9. L'utilità del modello.

Il modello disciplinato dal comma 16 costituisce innanzitutto un rimedio, a tutela del privato interessato, utilizzabile in presenza dell'inerzia della p.a., al fine di addivenire comunque all'affidamento della concessione di lavori inseriti nella programmazione.

Esso, peraltro, può anche costituire uno strumento nelle mani della p.a., finalizzato ad una precisa strategia comportamentale per il perseguimento di peculiari esigenze pubblicistiche.

⁴⁶⁶ Cfr. R. de Nictolis, *Le novità...., op. cit.*, 1234. L'Autore sottolinea che sarebbe più complessa, in tal caso, l'applicazione del primo modello di P.F.: bisognerebbe ipotizzare che si apre una negoziazione con il promotore per l'accettazione delle modifiche al progetto e, in caso di mancata accettazione, si negozia con gli altri proponenti.

⁴⁶⁷ Cfr. R. Mangani, *Capitali privati...., op.cit.*, 20.

Viene, infatti, ritenuto da autorevole dottrina⁴⁶⁸ una alternativa procedimentale al sistema a gara unica e a doppia gara nell'ipotesi in cui l'amministrazione ometta deliberatamente la pubblicazione del bando per provocare la reazione del mercato.

Le ragioni della scelta possono essere due.

Da una parte può esservi la volontà di sondare l'esistenza di un mercato disponibile quando vi è incertezza sulla reale consistenza della esistenza di privati di partecipare alla procedura.

Dall'altra, invece, la volontà di stimolo del mercato a mezzo di una persistente comunicazione della domanda pubblica, attuata dapprima con l'inserimento del lavoro nella programmazione annuale e successivamente con l'avviso di ricerca e , quindi, con il bando che attiva uno dei sub-procedimenti sopra illustrati.

10. Il procedimento ad iniziativa del proponente.

Tale modello è disciplinato dagli articoli 19 e 20 del nuovo articolo 153, il quale riproduce la figura del "proponente", già prevista dall'ultima parte del primo comma del previgente articolo 153, con alcune significative differenze.

Invero, con riferimento alla vecchia disciplina, era stato rilevato che non si era di fronte ad un procedimento ad iniziativa privata, facendosi leva sul dato normativo secondo il quale la presentazione della proposta di intervento non determinava , in capo alle amministrazioni, "alcun obbligo di esame e valutazione" e le stesse potevano "adottare, nell'ambito dei propri programmi, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse".

Non vi era, infatti, l'effetto proprio dell'atto di iniziativa privata "tipizzata", sancito nell'articolo 2 della legge n. 241/1990 e costituito dall'obbligo di concludere il procedimento con provvedimento espresso⁴⁶⁹.

Vi era piuttosto (leggendo in combinato disposto le due parti della previgente disposizione) quello che tradizionalmente viene definito un mero obbligo di procedere, cioè di effettuare una delibazione preliminare della proposta al fine di valutare se essa potesse essere inserita o meno nell'atto programmatico; valutazione che, tra l'altro, ove fosse stata resa in termini negativi, non abbisognava di determinazione espressa e motivata⁴⁷⁰.

In tal senso deponavano gli incisi della insussistenza di "alcun obbligo di esame e valutazione" e del "possono adottare ... le proposte e gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse".

La nuova disposizione contenuta nel comma 19 , invece, prevede espressamente che le amministrazioni "sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento".

Dunque, a differenza del sistema previgente, vi è un espresso obbligo di valutazione, con la conseguenza che la sua previsione, unitamente a quella di un

⁴⁶⁸ Cfr. M. Ricchi, *Il Promotore ...*, op. cit., 23.

⁴⁶⁹ Sull'obbligo di conclusione del procedimento di cui all'art. 2 della legge n. 241/1990, sulla fase di iniziativa del procedimento amministrativo e sugli effetti degli atti di iniziativa procedimentale si veda G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, cit., 596 e ss..

⁴⁷⁰ Contra R. Dipace, in G. Montedoro – R. Dipace, *Gli appalti di opere – Dal collegato infrastrutturale alla legge obiettivo*, Milano, 2003, 119. Secondo l'autore, considerato che la decisione sulla proposta si rivolge ad un soggetto determinato, non può riconoscersi la deroga prevista dall'art. 3 l. n. 241/1990 all'obbligo di motivazione dei provvedimenti a carattere generale; inoltre, il soggetto privato è titolare di una posizione giuridico soggettiva tutelabile in ordine ai propri o interesse a vedere inserita la propria proposta nel programma triennale. Nello stesso senso Caringella –Protto, *Il project financing*, in Caringella – De Marzo (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano, 2003, 1607, secondo cui l'amministrazione ha l'onere di valutare e motivare l'eventuale scelta di non includere le opere proposte nel programma triennale.

termine entro il quale assumere la relativa determinazione, dà luogo ad un vero e proprio obbligo di provvedere con atto espresso e motivato ai sensi dell'articolo 2 della legge n. 241/1990.

L'inciso "possono", riferito all'adozione dello studio di fattibilità nei programmi dell'ente, non esprime, dunque, una discrezionalità nell'*an*.

Fermo restando l'obbligo di concludere il procedimento con atto espresso e motivato, la scelta discrezionale dell'amministrazione potrà svolgersi solo in ordine al *quid* della determinazione e, dunque, in esito alla valutazione e sulla base delle sue risultanze, condurre all'inserimento ovvero al non inserimento dello studio di fattibilità nella programmazione.

La fattispecie prevista dal comma 19 del nuovo articolo 153 configura, quindi, un vero e proprio procedimento amministrativo ad iniziativa privata "tipizzata".

Ci si deve, peraltro, intendere sui contenuti di detto procedimento.

Esso, invero, non costituisce un autonomo modello di Project financing, ma piuttosto un procedimento diretto alla inclusione nella programmazione dell'ente di uno studio di fattibilità prospettato dal privato e ritenuto dall'amministrazione di pubblico interesse.

Una volta che ciò sia avvenuto, trovano applicazione gli ordinari modelli di P.F. previsti dall'articolo 153.

Il comma 19 prevede, infatti, che "qualora le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità si applicano le disposizioni del presente articolo"; ciò significa che, concluso positivamente il procedimento di cui al comma 19, vengono avviati i distinti procedimenti di P.F. a gara unica ovvero a doppia gara, in precedenza esaminati.

Premesso quanto sopra in ordine alla natura giuridica e alle finalità del modello ad iniziativa del proponente, può passarsi ad illustrarne più compiutamente i contenuti.

Il presupposto del procedimento in esame è che trattasi di lavori pubblici o di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice secondo la normativa vigente.

Ed, invero, come si è sopra chiarito, la finalità del procedimento è proprio quella di inserire l'opera, per effetto dell'iniziativa del privato, in atti di programmazione, condizione questa indefettibile per consentire successivamente l'avvio delle ordinarie procedure di P.F.

L'iniziativa del privato si svolge attraverso la presentazione di una proposta, consistente in uno studio di fattibilità.

La norma non prevede un termine per la sua presentazione, trattandosi sostanzialmente di una procedura rimessa alla esclusiva iniziativa del privato.

Le proposte possono essere in primo luogo presentate dai soggetti in possesso dei requisiti del concessionario.

Il comma 20., peraltro, amplia la platea dei proponenti, in quanto vi include:

-i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali specificati nel regolamento;

-i soggetti di cui agli articoli 34 e 90, comma 2 lett.b), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori o con gestori di servizi;

-le Camere di Commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Avvenuta la presentazione della proposta, l'Amministrazione, come sopra rilevato, ha l'obbligo di valutare la rispondenza al pubblico interesse dello studio di fattibilità nel termine di sei mesi dal suo ricevimento.

La valutazione di rispondenza al pubblico interesse è operazione richiamata anche nel comma 16 dell'art. 153, in relazione al modello ad iniziativa pubblico-privata.

Peraltro, le due valutazioni di rispondenza al pubblico interesse presentano fondamentali differenze.

La proposta di cui al comma 19 interviene con riferimento alla fase della programmazione e può condurre all'adozione della stessa "nell'ambito dei ...programmi" dell'ente.

E', dunque, in tale esclusiva fase che essa svolge ed esaurisce la propria valenza, onde il "pubblico interesse" di cui parla il comma 19 è quello tipico della fase programmatoria, diverso da quello cui fa riferimento il precedente comma 16.

Dunque, la valutazione in sede programmatoria è riferita a quegli elementi che attengono alla scelta della tipologia di opera proposta; invece, nella fattispecie prevista dal comma 16 vi è valutazione della rispondenza a pubblico interesse dello specifico intervento.

L'esito positivo della valutazione di rispondenza a pubblico interesse ha, poi, l'esclusivo effetto di consentire l'inserimento del lavoro nella programmazione dell'amministrazione.

Non si produce alcun ulteriore effetto giuridico di favore per il proponente.

Invero, la norma precisa che "l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi".

CAPITOLO VI

LE ULTIME RECENTI MODIFICHE NORMATIVE DI CUI AL D.L. n. 70/2011 ED ALLA LEGGE N. 27/2012: NUOVO SLANCIO AL PROJECT FINANCING.

1. PF e liberalizzazioni.

Il cd. “decreto sviluppo”, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, all’art. 4, comma 2, lett. o) e q), modifica ulteriormente l’art. 153 del Codice degli Appalti.

Nello specifico, viene toccato marginalmente il comma 9 dell’art. 153, mentre viene radicalmente riscritto il procedimento delineato dai commi 19 e 20.

Al comma 9, che prescrive che il piano economico-finanziario che corredata l’offerta sia “asseverato da una banca” viene aggiunto che l’asseverazione, oltre che da un istituto di credito puo` provenire da societa` di servizi costituite dall’istituto di credito stesso ed iscritte nell’elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell’art. 106, D.Lgs. n. 385/1993; inoltre l’asseverazione puo` essere fatta da una societa` di revisione ai sensi dell’art. 1, L. n. 1966/1939. In sintesi, viene allargata la platea dei soggetti che possono asseverare il piano economico-finanziario.

Quanto ai commi 19 e 20 dell’art. 153, essi contemplano la figura del “proponente”, diversa da quella del “promotore”, perche` il proponente presenta una proposta per la realizzazione di opere che non sono comprese nella programmazione triennale o in altri strumenti di programmazione della stazione appaltante, laddove il promotore presenta una proposta per opere gia` inserite negli strumenti di programmazione. Secondo la disciplina anteriore alla novella, sia soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, nonche` i soggetti di cui al comma 20 possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, a mezzo di studi di fattibilita`, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilita` non presenti nella programmazione triennale di cui all’art. 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall’amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. Le amministrazioni sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell’ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilita` ritenuti di pubblico interesse; l’adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, ne` alla gestione dei relativi servizi. Qualora le amministrazioni adottino gli studi di fattibilita`, si applicano le disposizioni dell’art. 153 in commento (art. 153, comma 19).

Tale disciplina viene completamente riscritta dal D.L. n. 70/2011.

In sintesi, e` previsto un piu` dettagliato contenuto della proposta, che non contiene un mero studio di fattibilita`, ma gia` un progetto preliminare con il relativo piano economico-finanziario e bozza di convenzione, ed e` previsto un piu` stringente impegno di valutazione da parte della stazione appaltante, cui segue, previa se del caso modifiche al progetto preliminare, l’inserimento della proposta nella programmazione triennale, e l’avvio di una gara alla cui base e` posto il progetto preliminare del proponente.

Alla gara e` invitato il “proponente”, che a questo punto del procedimento diviene il “promotore”, e il bando specifica che questo ha diritto di prelazione. Se nella gara e`

aggiudicatario un terzo, il proponente-promotore può esercitare la prelazione; se non la esercita, ha comunque diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, delle spese sostenute per la proposta.

La disciplina è in vigore dal 14 maggio 2011.

Sul piano transitorio, la modifica al comma 9 è di immediata applicazione, anche ai procedimenti in corso, mentre le modifiche ai commi 19 e 20 non si applicano alle procedure già avviate alla data di entrata in vigore del decreto legge, per le quali continuano ad applicarsi le disposizioni dell'art. 153, commi 19 e 20, nella formulazione previgente (art. 4, comma 6, D.L. n. 70/2011).

In dettaglio, il procedimento è scandito come segue:

a) gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'art. 128, codice, ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente;

b) la proposta contiene un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, dell'art. 153, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;

c) il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 c.c.;

d) la proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 20, dalla cauzione a corredo dell'offerta di cui all'art. 75, codice, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara;

e) l'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro tre mesi, il pubblico interesse della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione;

f) se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse;

g) il progetto preliminare, eventualmente modificato, è inserito nella programmazione triennale di cui all'art. 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità indicate all'art. 97; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato;

h) il progetto preliminare approvato è posto a base di gara per l'affidamento di una concessione, alla quale è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore;

i) nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il promotore, la presentazione di eventuali varianti al progetto;

l) nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione;

m) i concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo

periodo, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto preliminare;

n) quanto alla valutazione e contenuto delle offerte, si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13 dell'art. 153, espressamente richiamati;

o) se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario;

p) se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9;

q) se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti cui al comma 9;

r) la "proposta" può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'art. 160-bis, codice (art. 153, comma 19-bis, codice);

s) possono presentare le proposte di cui al comma 19, primo periodo, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, nonché i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli artt. 34 e 90, comma 2, lett. b), codice, eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi.

Se ne deduce che la principale novità del D.L. n. 70/2011, mediante l'integrale sostituzione del comma 19 dell'art. 153, è costituita dalla possibilità di attivare interventi in p.f., anche non previsti nel programma triennale. La soluzione legislativa costituisce il frutto di una sofferta evoluzione nei rapporti tra programmazione pubblica, che si incentra sullo studio di fattibilità, ed intervento dei privati. L'innovazione apportata dal D.L. n. 70/2011, con il nuovo comma 19 dell'art. 153, pertanto, consente la presentazione di proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, non presenti nella programmazione triennale di cui all'art. 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente.

Ulteriore innovazione è rappresentata dal venir meno della figura del "proponente" come delineata dall'art. 153 e perfezionata dal "terzo correttivo" (comma 19).

La previgente fattispecie del comma 19, come è stato approfonditamente esaminato, istituiva infatti, non un modello autonomo di p.f., ma procedimento finalizzato ad includere nella programmazione dell'ente uno studio di fattibilità, garantito da un espresso obbligo di provvedere, all'esito positivo del quale tuttavia non vi era alcuna posizione di vantaggio del proponente, ma semplicemente un dovere dell'amministrazione di attivare gli ordinari modelli di p.f. previsti dall'art. 153.

Il nuovo comma 19, invece, istituisce un autonomo modello di p.f., il cui ambito di applicazione, in base ad un'interpretazione letterale e sistematica, è limitato ai soli casi di interventi non presenti nel programma triennale e negli strumenti assimilabili. L'istituto non risulta, quindi, applicabile ai casi di inerzia dell'amministrazione rispetto ad un intervento già inserito nella programmazione triennale, fattispecie alla quale si applica il procedimento ad iniziativa pubblico-privata disciplinato dai commi

15, 17 e 18 dell'art. 153, che presenta quale possibile sbocco anche il diritto di prelazione. Il contenuto della proposta non si discosta da quello dell'offerta di cui al comma 9, dovendo contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da uno dei soggetti di cui al comma 9, primo periodo, comprensivo dell'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, esteso ai diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del codice civile e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. La proposta è poi corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 20, dalla cauzione di cui all'art. 75, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo (non superiore al 2,5 per cento del valore dell'investimento), nel caso di indizione di gara.

Tuttavia l'omogeneità con l'offerta di cui al comma 9 è solo formale, in quanto, mentre nel primo caso il piano economico-finanziario costituisce uno strumento attuativo dello studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione e posto a base di gara, la proposta da presentare ai sensi del comma 19, in assenza anche del programma triennale, è svincolata da qualsiasi elemento predeterminato dall'amministrazione.

In tale contesto, si consideri che nella fattispecie di cui al nuovo comma 19 dell'art. 153, poiché il proponente formula una proposta per la realizzazione di un'opera non contemplata nel programma triennale, non vi è né avviso né un termine *ex lege*, riconducibile al programma.

È proprio tale aspetto caratterizzante il nuovo istituto, relativamente alla possibilità di ricorso al p.f. per opere non incluse nel programma triennale, che condiziona sia le modalità di scelta del promotore, orientate su una discrezionalità amministrativa pura, sia gli aspetti connessi alla trasparenza e pubblicità della procedura.

Infine, lo studio di fattibilità di cui all'art. 153, commi 1-18, non è comparabile con quello di cui all'art. 128 comma 2, in quanto posto a base di gara.

Infatti l'art. 14 del regolamento di attuazione del codice, recentemente entrato in vigore, distingue quanto ai contenuti lo studio di fattibilità posto a base della programmazione triennale da quello posto a base di gara.

In quest'ottica per le opere suscettibili di finanziamento privato, il comma 2 dell'art. 128 considera essenziale la parte dello studio finalizzata ad individuare con priorità i bisogni che possono essere soddisfatti anche con il ricorso al capitale privato, perché collegati ad opere strumentali a servizi e quindi oggetto di gestione economica; ciò che appare centrale nell'analisi di fattibilità dell'opera, è il momento di identificazione e quantificazione dei bisogni.

In seguito alle modifiche apportate con il D.L. n. 70 del 2011, è, quindi, venuta meno, per la sola ipotesi di cui al nuovo comma 19, la predisposizione da parte del privato dello studio di fattibilità, che non compare più tra i documenti da allegare all'offerta.

L'assetto attuale della procedura, non modificato dal decreto legge in commento, si fonda su un modello principale, ad iniziativa pubblica su unica gara, e tre modelli secondari, nell'ambito dei quali risulta contemplato il diritto di prelazione.

L'istituto, appare, pertanto, maggiormente incentrato sull'apporto non soltanto economico, ma anche ideativo del privato, riferito direttamente alla fase di programmazione, che assume funzioni di supplenza dell'amministrazione, colmando le lacune della stessa nell'attività di formazione del programma.

Infatti, in base al nuovo comma 19, il progetto preliminare oggetto della valutazione di pubblico interesse, eventualmente modificato, è inserito nella programmazione

triennale di cui all'art. 128 ovvero negli strumenti di programmazione assimilati, e successivamente posto a base di gara.

Infine, il D.L. n. 70/2011, introduce il comma 19-bis nell'art. 153 del codice, che consente, limitatamente al modello di p.f. introdotto al precedente comma 19, di assumere quale oggetto della proposta, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria di cui all'art. 160-bis, ovvero uno strumento solitamente utilizzato per supplire alla carenza di mezzi finanziari, tuttavia solitamente più oneroso rispetto ad altri astrattamente disponibili.

Infine, la Legge n. 27/2012 di conversione del Decreto legge n. 1/2012, il c.d. D.L. "Liberalizzazioni" (o "Cresci-Italia"), dall'articolo 41 al 55, introduce altre modifiche al Codice degli Appalti e al Regolamento di attuazione, ritenute necessarie a far decollare il *Project financing* e, più in generale, le formule di Partenariato pubblico-privato per l'ingresso dei capitali privati nel finanziamento, nella realizzazione e nella gestione delle infrastrutture.

Con essa sono state inserite nuove disposizioni relative alla progettazione, che consentono l'omissione di uno dei primi due livelli di progettazione, purché il livello successivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.

2. La giurisprudenza amministrativa in materia di project financing: la recente Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – sentenza del 28 gennaio 2012 n. 1.

Con la suddetta recentissima decisione l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta a dirimere i contrasti giurisprudenziali sia dei T.A.R. che delle sezioni del Giudice di II grado, in merito alla immediata impugnabilità o meno dell'atto di scelta del promotore.

Con la suddetta sentenza è stato rilevato che la selezione del promotore crea, effettivamente, per il soggetto prescelto, una posizione di vantaggio certa e non meramente eventuale, atteso che il suo progetto è posto a base della successiva gara e che, ove anche nella gara vengano selezionati progetti migliori di quello del promotore, quest'ultimo ha un diritto potestativo di rendersi aggiudicatario, adeguando la propria proposta a quella migliore; se poi non esercita tale diritto di prelazione, il promotore vanta l'alternativo diritto al rimborso forfetario delle spese sostenute per la presentazione della proposta, nella considerevole misura del 2,5% del valore dell'investimento (art. 37-*quater*, comma 4 e art. 37-*bis*, comma 1, legge n. 109 del 1994).

Sul versante opposto, per i concorrenti non prescelti, la selezione di un altro promotore determina un definitivo arresto procedimentale, atteso che il loro progetto non sarà posto a base della successiva gara e che non vanteranno né il diritto ad essere aggiudicatari in mancanza di altre proposte, né il diritto di prelazione, né il diritto al rimborso delle spese sostenute.

E' vero che possono partecipare alla successiva gara, ed esserne vincitori se presentano un progetto migliore di quello del promotore: ma sono in una posizione di *pati* rispetto al diritto potestativo di prelazione del promotore.

In definitiva, il bene della vita nel procedimento di *project financing* è il conseguimento della concessione sulla base del progetto presentato nella prima fase, sicché, se tale progetto non viene selezionato come di pubblico interesse, è

immediatamente leso l'interesse a conseguire la concessione sulla base del proprio progetto.

In coerenza con i principi generali in tema di legittimazione e interesse al ricorso, l'atto di scelta del promotore risulta, pertanto, immediatamente e autonomamente lesivo, e immediatamente impugnabile da parte degli interessati.

Non vi è semplice facoltà, ma onere, a pena di decadenza, di immediata impugnazione, sicché la scelta del promotore che non venga tempestivamente impugnata non potrà più essere contestata dopo la conclusione dell'intero procedimento.

Tale soluzione, oltre a rispondere a principi cardine del nostro sistema quali quelli della pienezza e immediatezza della tutela, soddisfa anche l'interesse pubblico, evitando, se del caso, l'inutile espletamento di un'attività amministrativa notoriamente complessa e costosa.

L'onere di immediata impugnazione dell'atto di scelta del promotore garantisce, infatti, che in tempi rapidi (attesa l'applicabilità dello speciale rito abbreviato per i contratti pubblici) si raggiunga certezza sulla legittimità della scelta della procedura, con evidente vantaggio per i successivi snodi della stessa.

La soluzione seguita dalla plenaria ha l'avallo, ancorché implicito, di alcuni precedenti di sezione; nel caso deciso da Cons. St., sez. V, 11 settembre 2007 n. 4811, si disputava della contestazione dell'atto di scelta di un promotore e non è stata posta in discussione la possibilità di immediata impugnazione; lo stesso è a dirsi per il caso deciso da Cons. St., sez. V, 23 marzo 2009 n. 1741, e per quello deciso da Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009 n. 3752.

Tale soluzione è stata, inoltre, già seguita dalla giurisprudenza dei Tar [Tar Sicilia - Catania, sez. IV, 6 maggio 2010 n. 1297], che ne ha anche tratto la condivisibile conseguenza della accessibilità degli atti del procedimento di scelta del promotore, accesso che non potrebbe essere differito all'esito dell'intero procedimento [Tar Lazio - Roma, sez. III, 9 settembre 2008 n. 8194]. Deve, pertanto, ritenersi non condivisibile l'opposto principio, affermato da Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2009 n. 391 (che ha riformato la citata sentenza del Tar Lazio - Roma, n. 8194/2008) e da Cons. St., sez. V, 28 maggio 2009 n. 3319, secondo cui dalla non immediata lesività e impugnabilità dell'atto di scelta del promotore discenderebbe la non immediata accessibilità dei relativi atti, e la legittimità del differimento dell'accesso opposto dalla stazione appaltante.

Le conclusioni raggiunte, per quanto riferite alla disciplina, non più vigente, dettata dagli artt. 37-*bis* e ss., legge n. 109 del 1994, trovano conferma anche nella vigente disciplina del *project financing*, recata dall'art. 153, d.lgs. n. 163 del 2006 e successive modificazioni.

Alla stregua della normativa sopravvenuta la scelta del promotore è frutto di una vera e propria gara con prefissione di criteri selettivi e requisiti, per la valutazione comparativa delle diverse proposte (art. 153, commi 7, 8, 9, d.lgs. n. 163 del 2006).

In esito a tale gara, o il promotore diviene senz'altro aggiudicatario, previa eventuali modifiche progettuali (art. 153, comma 10), o si apre una successiva negoziazione, nella quale al promotore è riconosciuto il diritto di prelazione o, in alternativa, il

diritto al rimborso forfetario delle spese sostenute per la presentazione della proposta (art. 153, comma 15), nella considerevole misura del 2,5% del valore dell'investimento (art. 153, commi 9 e 12).

Anche quando le proposte vengano presentate autonomamente senza previo bando della stazione appaltante, ai sensi dell'art. 153, comma 16, al promotore prescelto spetta il diritto di prelazione in caso di procedura di concessione o pubblica gara, ovvero quanto meno il diritto al rimborso delle spese in caso di procedura di dialogo competitivo (art. 153, comma 18).

E' dunque ancor più evidente la posizione di vantaggio che deriva dall'essere scelto come promotore e, quindi, l'interesse a contestare tale scelta.

Quanto, poi, al modello del *project financing* applicato alle infrastrutture strategiche, recentemente riscritto (art. 175, d.lgs. n. 163 del 2006 come novellato dall'art. 41, comma 5-bis, d.l. n. 201 del 2011, inserito dalla legge di conversione n. 214 del 2011), in esso la procedura è unitaria e sfocia nella scelta del promotore finanziario, il quale, se non adegua il progetto secondo le indicazioni della stazione appaltante, non risulterà concessionario, ma avrà comunque diritto al rimborso delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, nella considerevole misura del 2,5% del valore dell'investimento, oltre al rimborso dei costi sostenuti per la integrazione del progetto con lo studio di impatto ambientale e con quanto necessario per la procedura di impatto ambientale e di localizzazione urbanistica (art. 175, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006).

Anche quando la procedura ha inizio con la presentazione di proposte relative a studi di fattibilità (c.d. proponente, figura diversa dal promotore), al proponente che diviene promotore, in caso di mancata aggiudicazione della concessione, spetta detto rimborso delle spese (art. 175, comma 14, d.lgs. n. 163 del 2006).

Sicché anche in tali procedure la scelta del promotore è atto lesivo che deve essere immediatamente impugnato.

Il principio affermato dall'Adunanza Plenaria, è, pertanto, riferibile non solo alla disciplina applicabile *ratione temporis* (art. 37-bis e ss., legge n. 109 del 1994), ma anche alla vigente disciplina del *project financing*, recata dall'art. 153 del d.lgs. n. 163 del 2006 e successive modificazioni.

Secondo infatti la disciplina applicabile *ratione temporis* (art. 37-bis e ss., legge n. 109 del 1994), la procedura di *project financing* si articolava in tre fasi: la prima si concludeva con la scelta del promotore finanziario, il cui progetto veniva posto a base di una successiva gara (seconda fase); in esito a tale gara, si apriva una procedura negoziata senza bando in cui venivano poste in comparazione la proposta del promotore e le due migliori proposte selezionate nella precedente gara.

In base a tale disciplina, il procedimento di *project financing* era articolato in sub-procedimenti, il primo dei quali, che si concludeva con la selezione del promotore, era il "cuore" dell'intera procedura.

Tale era il ruolo centrale e preponderante della fase di scelta del promotore, che la stessa Adunanza Plenaria aveva già in passato ritenuto che il procedimento di scelta del promotore sia autonomo rispetto alla successiva fase articolata in gara e

procedura negoziata (così la decisione 15 aprile 2010 n. 2155, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/cdsap_2010-04-15.htm).

Quel che contava comunque non era tanto il controverso e sfumato concetto di "autonomia", quanto la lesività o meno dell'atto di chiusura di questa prima fase.

Alla stregua della normativa sopravvenuta la scelta del promotore è frutto di una vera e propria gara con prefissione di criteri selettivi e requisiti, per la valutazione comparativa delle diverse proposte (art. 153, commi 7, 8, 9, d.lgs. n. 163 del 2006).

Al suddetto disposto della Plenaria si è già uniformato il TAR dell'Emilia Romagna (sezione II di Bologna, 26 marzo 2012, n. 233), che ha affermato come nella procedura di *project financing*, piuttosto che individuarsi due serie sub procedurali collegate ed autonome (l'una di selezione del progetto di pubblico interesse; l'altra di gara ad evidenza pubblica sulla base proprio del progetto dichiarato di pubblica utilità), debba meglio configurarsi una fattispecie a formazione progressiva, in cui lo scopo finale (cioè l'aggiudicazione della concessione al soggetto che propone di realizzare l'opera col sistema economicamente più vantaggioso) si realizza attraverso le descritte (e progressive) fasi che non sono solo funzionalmente collegate (tra di loro in funzione dello scopo), ma sono biunivocamente interdipendenti.

Bibliografia

AA.VV., *La finanza di progetto con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, (a cura di) PICOZZA E. **Torino 2005**;

AA.VV., *Finanza di progetto, Quaderno CESFIN*, a (cura di MORBIDELLI G.), Torino, 2004;

AA.VV., *Project financing e opere pubbliche*, (a cura di) FERRARI G.F., FRACCHIA F. , **Milano 2004**;

BACCOLINI R.- BALDINI D., *Il project finance in Italia, Il Mulino, Bologna 2006*;

BALDI M., su *Urbanistica e appalti* 9/2011;

BALDI M., *Il Consiglio di Stato e il TAR Toscana sulla forma giuridica del promotore e sulle variazioni del progetto*, nota a Cons. di Stato, Sez. V, 5 settembre 2002, n. 4468 e T.A.R. Toscana, Sez. II, 18 luglio 2002, n. 1547, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 324;

BALDI, *Il Consiglio di Stato e il TAR Toscana sulla forma giuridica del promotore e sulle variazioni del progetto*, nota a Cons. di Stato, Sez. V, 5 settembre 2002, n. 4468 e T.A.R. Toscana, Sez. II, 18 luglio 2002, n. 1547, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 324;

BATTISTA-BOSETTI, *La nuova legge quadro sui lavori pubblici, testo coordinato e commentato*, II ed., Maggioli, 2003;

CAIANELLO V., *La concessione di opera pubblica*, in MARZANO (a cura di), *Appalto di opere pubbliche*, Roma, 1987;

CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge «Merloni-Ter»*, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 2002;

CAPUTI G. e VILLA D., *Recesso e risoluzione del contratto: 134-140*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di SAITTA F., Cedam, 2008;

CARANTA, *I contratti pubblici*, in *Sistemi del diritto amministrativo italiano*, diretto da Scoca-Monaco-Morbidegli, Torino, 2004, 110 e segg.;

R. CARANTA, in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di F.Caringella, Milano, 1999;

F. CARINGELLA in AA.VV. *La nuova legge sui lavori pubblici-Commentario* a cura di F. Caringella, Milano, 1999;

F. CARINGELLA, in Prefazione a *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici,Commentario*. A cura di F. Caringella/G. De Marzo, IPSOA, 2000;

CARRIERÈ, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999, 5;

CARTEI G.P., *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. CARTEI, Napoli, 2008;

CASSETTA E., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000;

CASSESE S., *Trattato di diritto amministrativo, Tomo I, Milano 2000*, ed Giuffrè;

CASSESE S., *I modelli di gestione dei servizi*, in A.A.V.V., *La spa per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini. 1995;

CHITI M. P (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009;

CLARIZIA A., in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo e A. Clarizia;

COLETTA A., *Project financing nell'esperienza italiana*, in Appalti, urbanistica, edilizia, 1999, n.5;

COLETTA A., *Il project financing pubblico nella Merloni-ter*, in Nuova rassegna, 1999, n.4;

COLLEVECCHIO M., *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel "correttivo 3"*, Convegno IGI 30 settembre 2008;

COMPORITI G. D., *Voce: Conferenza di servizi*, Dizionario di Diritto Pubblico diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006;

CRESPI, *Opere pubbliche, risorse private*, in Il Sole 24-Ore, 29 aprile 1998;

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

DE NICTOLIS R. , *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2008;

DE NICTOLIS R., *Novità in materia di Lavori Pubblici ex L.166/00 e ex L. 190/02*, in www.Giurdanella.it;

DE ROBERTO A. *Commento agli articoli 37-bis-37-quater della Legge 109/94*, in AA.VV., *Commento alla Legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter*, Milano, Giuffrè, 1999, nota Cass. n. 2856/1984 e Corte Conti n. 63/1995;

DRAETTA U., *Project financing nella prassi del commercio internazionale*, in *Dir. comm.*, 1994, p. 497;

FALCONE G., *Finanziamento delle infrastrutture e intervento del capitale privato nel campo delle opere di pubblica utilità*, in W. Ternau, *Project Financing. Aspetti economici, giuridici, fiscali e contrattuali*, Milano, 1996, p. 78;

FIDONE G., *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press, Roma, 2006;

FIDONE G., *Dalla rigidità della Legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra rigore e discrezionalità*, in *Foro Amministrativo Tar*, 2007, pp. 3971 e ss;

GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1999;

GALLI, *Il regolamento della legge sui lavori pubblici*, in D. Tassan Mazzocco - C. Angeletti - M. Zoppolato- A. Costantini – D. Galli - C. Guccione - F. Leggiadro, Milano, 2000;

GAROFOLI R., in *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*.

GARRI F., *Project financing e performance bond*, in *Appalti, urbanistica, edilizia*, 1999, n. 5;

GIAMPAOLINO L., *intervento alla tavola rotonda sul project financing: "Regole ed efficienza per la modernizzazione dei contratti pubblici"* - Roma 26 maggio 2009;

GUCCIONE, *Concessionario, organo indiretto, amministrazione aggiudicatrice: un dibattito mai sopito*, nota a Cons. Stato n. 918/1998 in *Giorn. Dir. Amm.*, 1998;

GUCCIONE, *Gli organismi di diritto pubblico nuovamente al vaglio del Consiglio di Stato*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 1999;

IMPERATORI A., in *Commentario*, a cura di A. Carullo - A. Clarizia, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, tomo II, Padova, 1999, p. 1130;

IMPERATORI A., “*Il Project Financing: una tecnica, una cultura, una politica*” - Ed. Il Sole 24 ORE – Milano 1995;

LEGGIADRO F., *Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. I contratti di rilevanza comunitaria*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006;

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

LEONE G., in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo/A. Clarizia Padova, 2000, Tomo I;

LOPILATO V., *Trust e project financing*, in *www.lexitalia.it*, n. 9-2002;

MAGRI, *I lavori finanziabili con capitale privato (Concessione e project financing)*, in *Il nuovo ordinamento dei lavori pubblici*, a cura di F. Mastragostino, ed Giappichelli, 2001;

MAMELI, in *La riforma dei lavori pubblici*, a cura di A. Angeletti, Torino, 2000;

MANGIALARDI, *La società di progetto per la realizzazione e/o gestione di infrastrutture e servizi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2000;

MASCOLINI A., *Il “project financing” nella legge-quadro sui lavori pubblici*, in *Contr. dello Stato e degli Enti Pubb.*, n. 2/1999, 186;

MELE E., *La disciplina dei contratti pubblici*, (a cura di) G. Baldi e R. Tomei, Milano, 2007;

MELE F., in M. Baldi, R. Tomei (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici*, II ed., Milano, 2009, 1267 ss.;

MIGUIDI M., *Appalti di lavori pubblici*, Giuffrè, dicembre 2000.

MISCALI M., *La struttura delle operazioni di project financing: aspetti*

- giuridici e fiscali*, in U. Draetta-C. Vaccà, *Il project financing*, Milano, 1994, p. 84 ss.;
- NEVITT P. K., *Project financing*, Bari, Laterza, 1988, (traduzione a cura di P. DE SURY);
- NIZZO C., *L'organismo di diritto pubblico nella direttiva 92/50/CEE commento a Corte di Giustizia CEE, sent. 10 novembre 1998, C-360/96*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 1999;
- NUZZI G.B., *Il project financing in Italia: esperienze e prospettive*, in *Dir. comm. intern.*, 1998, p. 695;
- G. PASQUINI, *Il project financing*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2002;
- G. PASQUINI *commento alla decisione del Consiglio di Stato, 21/4/1995, n. 353* in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 2001;
- G. PASQUINI, *Un revirement sull'organismo di diritto pubblico: il caso Ente Fiera di Milano nota a Cons. Stato, sez. VI, 18 settembre 1998, n. 1267*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, a cura di G. Pasquini e A. Sandulli, Milano, 1999;
- PEZZI, *I profili civilistici del «project financing»*, in *Riv. Trim. Appalti*, 2002, 56;
- PONTOLILLO V., *Aspetti economico. istituzionali del project financing. Problematiche ed esperienze in Italia*, in *Lezioni di finanza*, Milano, 2000;
- T. PROTTO, in *La riforma dei Lavori Pubblici*, a cura di A. ANGELETTI, Torino, 2000, II;
- G.L. RABITTI, *Project finance e collegamento contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1996, p. 224;
- M. RICCHI, *La cessione dei beni immobili della p.a. nel project financing dopo la L. 166/2002*, in *Urbanistica e Appalti* n.2/2003;
- M. RICCHI, *I limiti della concessione nelle procedure di project financing*, *Urbanistica e Appalti* , n.5/2002;
- M. RICCHI, *Finanza di Progetto, Contributo Pubblico, Controllo ed Equità (Le Concessioni sono Patrimonio Pubblico)*, in *Il Diritto dell'Economia*, n. 3, 2006, pp. 579;

M. RICCHI, *La regolazione di una operazione di PPP*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, febbraio 2007, fasc. 2, pp. 161 e ss.;

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

C. SALVATO, *Le operazioni di project financing: lineamenti normativi e operativi dei rapporti. Soggetti. Ruoli*, in U. Draetta-C. Vaccà, *Il project financing*, Milano, 1997, p. 4;

SAMBRI S., *Project financing, la finanza di progetto per la realizzazione delle opere pubbliche*, Padova, 2006;

SCOTTI CAMUZZI S., *Il project financing nel settore pubblico e la legge Merloni ter*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2002, I;

SILIPO A. e G. TEDESCHI, in *Edilizia e Territorio*, n. 6/2000;

STERRANTINO D., *L'istituto della finanza di progetto alla luce della nuova normativa*, in www.cantieritalia.it;

TITOMANLIO F., *Direttive ancora lontane: tutti i lavori in gara se il gestore non è costruttore*, in *Edilizia e Territorio*, 2002;

M. ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici*, D. Tassani Mazzocco - C. Angeletti - M. Zoppolato, Milano, 1999, 121;

M. ZOPPOLATO, *Il project financing*, in De Roberto A., *Commento agli articoli 37-bis-37-quater della Legge 109/94*, in AA.VV., *Commento alla Legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni-ter*, Milano, Giuffrè, 1999;

M. ZOPPOLATO, in *Legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di D. TASSANI MAZZOCCO - C. ANGELETTI - M. ZOPPOLATO, Milano, 1999.

Giurisprudenza:

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA - sentenza 28 gennaio 2012 n. 1 - Pres. de Lise, Est. De Nictolis;

CONSIGLIO DI STATO, ADUNANZA PLENARIA - sentenza 15 aprile 2010 n. 2155, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/cdsap_2010-04-15.htm;

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 1 ottobre 2010 n. 7277, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/cds5_2010-10-01-2.htm (rimette all'Adunanza Plenaria del CdS la questione circa la natura - unitaria o meno - del procedimento di project financing e della conseguente necessità o meno di impugnare immediatamente ed autonomamente la individuazione del progetto dichiarato di pubblico interesse);

CONSIGLIO DI STATO SEZ. I, parere 30-4-2010, n. 1969/2010, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/cds1_2010-04-30-1.htm (sulla necessità o meno di impugnare l'atto finale del procedimento nel caso di impugnazione dell'atto presupposto o preparatorio che sia immediatamente lesivo).

Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142;

Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043;

TAR Emilia-Romagna- Bologna – Sez. II, sentenza 26 marzo 2012, n. 233;

TAR SICILIA - CATANIA SEZ. IV, sentenza 6 maggio 2010, n. 1297 pag. http://www.lexitalia.it/p/10/tarsiciliaact4_2010-05-06.htm (sull'ammissibilità dell'impugnazione immediata del provvedimento di individuazione del promotore).

TAR Lazio, Sez. III, 9 settembre 2008, n. 8194;

Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 1992, n. 159; Cons. Stato, Sez. V, 13 febbraio 1998, n. 168; Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2002, n. 1695, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5_2002-03-25-2.htm; C.G.A. 28 gennaio 2002, n. 32; C.G.A. 20 settembre 2002, n. 573; Cons. Stato, Sez. IV, 30 dicembre 2006 n. 8265, *ivi*, pag. http://www.lexitalia.it/p/71/cds4_2006-12-30-2.htm; Cons. Stato, A.P. 10 novembre 2008, n. 11, *ivi*, pag. http://www.lexitalia.it/p/82/cdsap_2008-11-10.htm; Cons. Stato, Sez. IV, 24 marzo 2009, n. 1772; Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 850, *ivi*, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/cds_2010-02-16-3.htm;

T.A.R. Sicilia - Palermo, Sez. I, 28 settembre 2005 n. 1658.;

T.A.R. Sardegna 25 marzo 1991, n. 390; Cons. Stato, Sez. VI, 21 agosto 1993 n. 585;

T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. II, 24 gennaio 2006 n. 470.