

# Dalla procedura d'infrazione al terzo decreto correttivo del Codice dei contratti. Verso un *project financing* di quinta generazione

di Alessandro Zuccaro<sup>(\*)</sup>

*SOMMARIO: 1.- Premessa 2.- Il diritto di prelazione e la sua abolizione. Brevi riflessioni. 3.- La disciplina del project tra ordinamento comunitario e ordinamento interno. 4.- Il terzo decreto correttivo e la costante dell'iniziativa pubblica. 5.- L'ipotesi di una gara unica. 6.- La gara in due fasi. Il ritorno della prelazione. 7.- L'iniziativa privata in caso di inerzia della pubblica amministrazione.*

## 1. Premessa

Le ultime vicende legislative che hanno interessato il *project financing* (1) e le più recenti istanze provenienti dal diritto comunitario rappresentano

---

<sup>(\*)</sup> Dottore in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Già stagista presso il CNEL, Commissione V "Grandi opere e Reti infrastrutturali Politiche Energetiche e Servizi a Rete".

Si ringraziano il Prof. Eugenio Picozza e la Dott.ssa Biancamaria Raganelli per i preziosi suggerimenti offerti durante la stesura del presente articolo. Ogni eventuale errore o lacuna è peraltro da attribuirsi esclusivamente all'autore.

(1) Vasta la dottrina sul tema: L. GIAMPAOLINO, *La finanza di progetto nel momento attuale*, in *Giustamm.it*, pubblicato il 13 giugno 2008; A. LUBERTI, *La finanza di progetto nel codice degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, fasc. 6, pp. 694-702; R. DIPACE, *La finanza di progetto*, in C. FRANCHINI (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*; in P. RESCIGNO-E. GABRIELLI, *Trattato dei contratti*, UTET, Torino, 2007; E. PICOZZA (a cura di), *La finanza di progetto (project financing) con particolare riferimento ai profili pubblicistici*, Giappichelli, Torino, 2005; Id., *Le nuove prospettive della finanza di progetto nel Codice dei Contratti pubblici*. Relazione introduttiva al Convegno *La finanza di progetto con particolare riferimento al ruolo del sistema bancario*, Velletri, Banca popolare del Lazio, 15 ottobre 2007; Id., *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 12, 2002; AA. VV., MARIANI, MENALDI & ASSOCIATI (a cura di), *Il project financing nel Codice dei contratti. Analisi giuridico amministrativa, economico-finanziaria e tributaria*, Giappichelli, Torino, 2007; SAMBRI S. M., *Project Financing: la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in E. PICOZZA e E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2006; B. RAGANELLI, *Finanza di progetto ed opere pubbliche: quali incentivi?*, in E. PICOZZA e R. LENER (Collana diretta da), *Diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino, marzo 2006; D. SPINELLI e P. L. LAVECCHIA (a cura di), *Opere pubbliche: le nuove modalità di realizzazione*, *Il sole 24 ore*, luglio 2007; S. SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge "Merloni-ter*, in *Ban. Bor. Tit. Cred.*, n. 1, I, 2002, pp. 1-30; G. PECORARO, *La traduzione normativa della logica del project financing secondo il Legislatore italiano*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it); A. FLORIS, *Linee storiche ed evolutive del project financing*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), giugno 2003; N. LUGARESI, *Concessione di costruzione e gestione e project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. Trim. app.*, 2001, p. 656; V. DRAETTA, *Il project financing nella prassi del commercio internazionale: caratteristiche e modelli contrattuali*, Milano, EGEA, 2002.

senza dubbio un'ulteriore occasione per il superamento di quelle strette pubblicistiche che, come anticipatamente segnalato dalla dottrina, hanno caratterizzato la lenta evoluzione dell'istituto, forzatamente inquadrato dal Legislatore italiano nell'ambito dei lavori pubblici. L'abolizione del diritto di prelazione, operata mediante il cd. secondo decreto correttivo del Codice dei contratti, D.Lgs. n. 113/2007, da un lato, e la nota d'infrazione inviata dalla Commissione europea al Governo italiano in data 30 gennaio 2008 accompagnata dalla insospettabile sentenza del successivo 21 febbraio della Corte di giustizia, hanno di fatto corroso definitivamente, e dall'interno, la concepibilità stessa di un'unitarietà della procedura così come delineata agli artt. 152 e 153 del Codice.

La finanza di progetto così come strutturata sembra aver perso ogni motivo di esistere.

Il dialogo permanente istauratosi tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario (2) pare essere giunto ad un punto di non ritorno. È bene premettere sin dall'inizio come le alterne vicende legislative che hanno interessato il diritto di prelazione si siano rivelate, alla luce dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale, nazionale e comunitaria, un vero e proprio "specchietto per le allodole". In altre parole nelle opinioni espresse in dottrina, così come nelle critiche mosse dalla Commissione europea, dapprima nel ricorso presentato alla Corte il 24 settembre 2004 (3) e successivamente

---

(2) Nell'ambito comunitario, dunque, la filosofia del *project* intercetta due tematiche diverse, ma evidentemente interconnesse tra loro: l'ormai trentennale legislazione sugli appalti e la più recente riflessione sulla collaborazione tra le istituzioni pubbliche ed il mondo delle imprese in una politica di Partenariato Pubblico-Privato per la realizzazione e la gestione delle opere pubbliche, nonché per la fornitura dei servizi. Per quanto riguarda la prima il riferimento è alle direttive 17 e 18 2004. Tra i contributi sul tema cfr. AA. VV., *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici*, a cura di L. FIORENTINO e C. LACAVA, in *Giorn. dir. amm., Quaderni*, n. 9, Milano, 2004; G. MESSINA, *Le nuove direttive comunitarie in materia di appalti pubblici*, in *Dir. comm. internaz.*, n. 1/2005, pp. 100-101; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urban. App.*, n. 7/2004, p. 755 ss; G. MARCHIANÒ, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Direttive n. 17 e n. 18/2004, 31 marzo 2004*, in *Riv. trim. app.*, 2004, p. 854 ss. Per un'analisi dei principi generali delle due direttive si rinvia ad A. NOBILE, *Le nuove direttive: i principi generali*, in *Le nuove direttive europee degli appalti pubblici, op. cit.*, pp. 17-20; R. RONIGER-F. NEUMAYR-H. HEMMELRATH, *Public procurement 004/2005: The legal framework and practice keeps developing*, in *Global Competition Review, The European Antitrust Review 2006, Special Report*, p. 57 ss. Sul Partenariato Pubblico-Privato: M.P. CHITI, *Introduzione. Luci, ombre e vaghezze nella disciplina del Partenariato Pubblico-Privato*; ID., *Il partenariato pubblico privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna: Bononia university press, 2005; A. MINICUCI, *Il Partenariato Pubblico-Privato: la realtà e il ruolo degli enti locali*; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, Giuffrè, 2006; B. RAGANELLI-G. FIDONE, *Il partenariato Pubblico Privato per la realizzazione delle opere pubbliche tra incentivi ai privati e tutela della concorrenza*, SIDE-ISLE Working papers, 2006. PASQUINI G., *Pubblico e privato per le infrastrutture di pubblica utilità: temi e prospettive*, in [www.utfp.it](http://www.utfp.it).

(3) Pubblicato in *GUCE C 300/27* 4 dicembre 2004.

richiamate nella nota d'infrazione del 30 gennaio 2008, si registra una tendenza a sovrapporre la singola vicenda procedimentale con l'intera procedura di finanza di progetto *ad iniziativa privata*. Pertanto, per esprimere un giudizio sulla compatibilità con i principi di derivazione comunitaria della disciplina del *project* nel suo insieme, così come definita nella Merloni prima, e successivamente confluita con alcune modifiche nel Codice dei contratti, è necessario, oltre che opportuno, affrontare la questione della conciliabilità stessa della prelazione con i principi di *par condicio* e concorrenza. Tale diritto che potremmo definire di *last call* (ultima chiamata), per usare un termine anglosassone che meglio rende l'idea della sua funzione, è divenuto l'unico metro di valutazione ed analisi della disciplina del *project*. Non è mancato, infatti, chi, in seguito alla sua abolizione, abbia "sentenziato" anticipatamente la "morte" dell'istituto (4). Con questo non si vuole certo esprimere un giudizio nel merito di osservazioni giuseconomiche che, pur interessando l'analisi giuridica, non possono comunque indirizzarla onnipotentemente.

Anzi, può ben dirsi che la suddetta abolizione abbia consentito di "rovesciare" definitivamente il vaso di Pandora e far emergere alcune delle criticità più nascoste della finanza di progetto, come la farraginosità di una procedura unitaria ed estremamente complessa. In proposito è opportuno evidenziare come tale profilo critico non sia da ricondurre alla globalità della procedura in sé considerata ovvero alla scansione in diverse fasi *sub-procedimentali*, quanto alla mancanza di un raccordo logico, prima ancora che giuridico, dei singoli momenti in un'ottica di insieme. La carenza di sistematicità, poi, si denota anche in "proiezione esterna" e cioè in relazione a quella realtà concreta, e di mercato, che la procedura in esame deve andare a regolare. In proposito, anche alla luce del terzo correttivo, due vicende rimangono altamente significative: *i*) la mancata inserzione del privato nella fase di programmazione in funzione espressamente partecipata, in relazione ai cronici problemi della pubblica amministrazione nell'espletamento di detta funzione; e *ii*) l'incerta qualificazione giuridica della fase di valutazione di rispondenza al pubblico interesse delle proposte presentate dai privati, per quanto riguarda l'individuazione del promotore. Non può sfuggire il profilo paradossale della prima vicenda, posto che proprio la mantenuta esclusiva di programmazione in capo all'amministrazione è sintomatica, o quanto meno dovrebbe esserlo, di una rispondenza al pubblico interesse già amministrativamente compiuta *a monte* della valutazione delle proposte stesse. Evidentemente alla radice vi è un'errata concezione dell'interesse pubblico come interesse della pubblica amministrazione. Ma questa, evidentemente, è una questione a sé che non è possibile affrontare in questa sede. Si avrà modo in seguito di sottolineare, inoltre, come accanto ad un'evoluzione dell'istituto volta alla ricerca di nuovi profili concorrenziali e caratterizzata da un dialogo continuo tra i due ordinamenti, quello nazionale e quel-

---

(4) Cfr. Comunicato ANCE del 1 agosto 2007, prot. n. 3693.

lo comunitario, si sia sviluppata parallelamente, in maniera tutta interna alle vicende legislative nazionali, una logica legislativa compromissoria finalizzata ad una sorta di *compensazione corporativa* di quelle spinte comunitarie pro-concorrenziali di cui sopra.

L'ampia premessa sembra indispensabile proprio alla luce delle più recenti vicende cui prima si faceva riferimento. Nel tentare di offrire una ricostruzione sistematica della disciplina vigente, è bene chiarire che il diritto di prelazione e le questioni connesse rappresentano soltanto uno dei profili oggetto di intervento da parte del Legislatore nazionale con il Codice di contratti e successivi decreti correttivi. Nonostante l'avvenuta abolizione di quest'ultimo, per effetto del D.Lgs. n. 113/2007, infatti, la Commissione, nell'aprire una procedura d'infrazione comunitaria avente ad oggetto diverse disposizioni del Codice, ha avanzato nuovi ed in parte reiterati dubbi sulla soluzione normativa nazionale in tema di *project*, con particolare riguardo alla figura del promotore.

Il 26 giugno 2008 il Consiglio dei Ministri ha approvato in via preliminare lo schema di terzo decreto correttivo al Codice stesso, interpretando estensivamente la scadenza del termine previsto nella legge di delega, legge n. 62/2005, come riferita all'approvazione preliminare dello schema, quale atto iniziale di un *iter* approvativo che prevede, inoltre, il parere della Conferenza unificata, quello del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni di Camera e Senato, nonché una nuova e definitiva approvazione da parte del Consiglio dei Ministri. Prescindendo dalle perplessità che detta soluzione può suscitare, è evidente come il Legislatore sia chiamato, ancora una volta, ad un confronto trasversale con l'ordinamento comunitario e ad uno, parallelo, con gli attori del mercato nazionale. Il punto se da un lato, in una prospettiva costituzionalistica, è sintomatico di un sempre più accentuato processo di integrazione interordinamentale che supera in una dimensione concreta i limiti teorici di impostazioni radicali (teoria dualista); dall'altro, offre un valido spunto di riflessione alla luce delle più recenti vicende legislative. A poco più di un mese dalla prima stesura, infatti, il testo governativo è giunto, profondamente modificato, sul tavolo del Consiglio dei Ministri per l'approvazione definitiva del 1 agosto 2008. Il vaso di Pandora viene nuovamente rovesciato!

## 2. Il diritto di prelazione e la sua abolizione. Brevi riflessioni.

Prima della l. n. 166/2002 il diritto di prelazione del promotore doveva ancora fare la sua "entrata in scena" (5). Infatti l'accettazione da parte dell'amministrazione della proposta del promotore comportava per quest'ultimo soltanto una sorta di "accesso di diritto" alla seconda fase della procedura, quella negoziata. Nel caso in cui fosse andata deserta la prima, quella di

---

(5) In realtà possiamo dire che per il momento era entrato sì in scena, ma da una porta di servizio. Infatti tale diritto era già stato previsto nel d.d.l. n. 1275 del 1996 poi non divenuto legge e ripreso in alcune legislazioni regionali (Sicilia e Val d'Aosta).

licitazione, vi sarebbe stato un consolidamento della proposta che diveniva così definitiva.

Il Legislatore, però, nel 2002 introduce espressamente all'art. 37-ter della legge Merloni, in seguito art. 154 del Codice, il seguente comma: "nella procedura negoziata di cui all'articolo 37-quater il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso, il promotore risulterà aggiudicatario della concessione".

La *ratio*, evidentemente, è quella di incentivare la presentazione di proposte, assicurando che l'investimento assunto, per adempiere ai numerosi e faticosi passaggi per divenire promotore, abbia una definizione positiva (ancorché subordinata all'adeguamento alla migliore proposta formulata dai *competitors*) (6). D'altra parte non è pensabile che la realizzazione di interventi in *project financing* sia totalmente sottratta a qualunque forma di concorrenzialità. Occorre infatti considerare che tale realizzazione passa comunque per l'affidamento di un contratto di concessione di costruzione e gestione avente a oggetto un'opera pubblica o di interesse pubblico, che non sarebbe legittimo affidare al di fuori di una procedura ad evidenza pubblica. In questa logica, la previsione di un meccanismo di preferenza a favore dell'originario promotore rappresenta un tentativo di mediazione tra l'esigenza di mantenersi nell'ambito di procedure concorrenziali e quella di riconoscere una forma di tutela privilegiata a chi si è fatto carico, sia in termini ideativi che di oneri economici, della predisposizione originaria dell'idea progettuale.

Tale soluzione compromissoria ha suscitato il dubbio circa una possibile coerenza con i principi generali del diritto comunitario e, in particolare, con il principio della parità di trattamento (7). In proposito, come brillantemente evidenziato dalla dottrina (8), non si tratta di verificare la legittimità

---

(6) In realtà non mancava chi ritenesse che l'introduzione della prelazione se da un lato poteva incentivare la presentazione delle proposte, dall'altro rischiava di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per l'individuazione dei due *competitors*. La stessa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella Determinazione n. 27 del 2002 si è espressa evidenziando che tali disposizioni, «a parte la configurabilità di disarmonie rispetto ai principi comunitari, se da un lato possono incentivare la presentazione di proposte, dall'altro rischiano di limitare l'interesse del mondo produttivo a partecipare alla gara per l'individuazione dei due partecipanti alla prevista procedura negoziata, gara il cui risultato può essere vanificato con l'anzidetta prelazione».

(7) Per una ricostruzione della vicenda al riguardo si veda S. M. SAMBRI, *Project Financing: la finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in E. PICOZZA e E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, pp. 157 ss. Si veda inoltre: S. MAU., *Infrazioni UE, l'Italia resiste*, in *Ed. e Terr.*, n. 3, gennaio 2004; F. MARZARI-F. SUTTI, *Nel libro verde monito UE: "Garantire sempre la concorrenza tra operatori"* in *Ed. e Terr.*, n. 9, 2004; V. UVA, *La UE studia una direttiva sul PF*, in *Ed. e Terr.*, maggio 2004; G. GUZZO, *Project financing: il de profundis del diritto di prelazione. Meccanismi compensativi e norme regionali di reazione (il D.Lgs. n. 113/2007 e alcune leggi regionali)*, in *Appalti e Contratti*, 2008, fasc. 3, pp. 16-28; CONIO P.-LEONE L., *Minicondanna Ue sulla Merloni. Ma le norme sono già cambiate*, in *Ed. e Terr.* 3 marzo 2008, n. 9.

(8) R. MANGANI, *Guida pratica agli appalti pubblici di lavori, I libri di Edilizia e Territorio - Il Sole 24 Ore*, 2005.

del diritto di prelazione in termini *assoluti*, bensì, più correttamente, in termini *relativi*. Occorre cioè verificare se, ferma restando la legittimità astratta di tale meccanismo di preferenza in sé considerato, possano essere ritenuti coerenti con i principi generali di diritto comunitario le modalità che il Legislatore ha in concreto previsto per l'acquisizione di tale diritto. In questa prospettiva, l'eventuale violazione del principio di cui sopra non deve essere valutata con riferimento alla fase procedurale, *a valle*, in cui vengono confrontate l'offerta dell'originario promotore con quelle presentate dagli altri soggetti selezionati; quanto, piuttosto, in relazione alla fase *a monte* in cui si creano i presupposti stessi per l'attribuzione di quella posizione privilegiata che consiste nel diritto di prelazione.

Non può negarsi, peraltro, come in tale direzione si muovessero le osservazioni formulate dalla Commissione, mediante il ricorso presentato alla Corte nel settembre 2004. Questa in sintesi la posizione dell'organo comunitario: la qualifica di promotore ai sensi della disciplina del *project financing* di cui agli artt. 37-*bis* e ss. della legge n. 109/1994 (oggi art. 152 e ss. del Codice) fa sorgere automaticamente, in capo al soggetto cui è riconosciuta, due specifici vantaggi. Il primo, consiste nella automatica partecipazione alla fase finale della procedura diretta all'attribuzione della concessione di costruzione e gestione, indipendentemente da ogni confronto comparativo tra l'offerta del promotore e quella degli altri soggetti che abbiano partecipato alla precedente gara. Il secondo, è rappresentato, invece, dal diritto di rendersi comunque affidatario della concessione, attraverso il semplice adeguamento della propria offerta a quella che risultati migliore nella fase finale di negoziazione. Essendo entrambi i vantaggi oggettivamente collegati alla qualità di promotore, è necessario che tutti i soggetti potenzialmente interessati siano messi in grado, a parità di condizioni, di assumere tale qualifica. Per ottenere questo risultato, la Commissione ha ritenuto che dovessero necessariamente ricorrere due condizioni.

La prima è che fosse data preventiva conoscenza a tutti i potenziali interessati, sin dall'inizio della procedura e attraverso adeguate forme di pubblicità, dei vantaggi inerenti alla suddetta qualifica. In questo modo, ogni soggetto è posto in grado di fare le sue valutazioni con piena cognizione di causa e di decidere, quindi, se proporsi come promotore, affrontando evidentemente gli oneri che ne conseguono; ovvero se rinunciare a tale possibilità, limitandosi a presentare la propria candidatura nella successiva fase della gara in cui vengono individuati i cd. *competitors*.

Quanto alla seconda, è necessario che vengano predeterminati i criteri, di natura obiettiva e non discriminatoria, in base ai quali l'amministrazione andrà a scegliere la proposta da mettere successivamente in gara. Prescindendo dalle polemiche che si sono succedute in dottrina, è bene comunque ricordare come il Legislatore nazionale, al fine di soddisfare la seconda condizione suggerita dalla Commissione, abbia stabilito, attraverso la modifica normativa introdotta mediante la legge Comunitaria 2004 (9), che già nell'avviso indicativo dovesse essere specificata la previsione del diritto di prelazione a favore del promotore ed esplicitamente individuati i criteri,

nell'ambito di quelli genericamente elencati all'art. 37-ter, in seguito art. 154, attraverso cui l'amministrazione procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. Con particolare riguardo a quest'ultimo aspetto innovativo è bene sottolineare come la disciplina originaria prevedesse, nonostante l'indicazione dei criteri di cui all'art. 37-ter della legge Merloni, una scelta della proposta reputata di pubblico interesse, e quindi del promotore, non proprio informata al principio di concorsualità. Infatti, l'unico riferimento a un meccanismo concorrenziale era costituito dall'inciso secondo cui la valutazione doveva essere effettuata "anche attraverso una comparazione delle diverse proposte pervenute". È un aspetto che la giurisprudenza amministrativa nazionale ha più volte avuto modo di specificare nell'accesa *querelle* sulla qualificazione giuridica dell'attività di valutazione delle proposte (10).

Sul punto, vi è probabilmente un vizio di fondo. Infatti, la scelta operata dall'amministrazione non è finalizzata unicamente, come sembrerebbe evincersi da una lettura testuale della disposizione richiamata, oggi all'art. 154 del Codice, all'individuazione delle proposte genericamente ritenute di pubblico interesse in termini assoluti; quanto piuttosto all'individuazione della proposta che, in relazione a quel determinato intervento realizzabile in *project financing*, viene considerata dall'amministrazione la migliore. La scelta della proposta migliore presuppone che vi sia, o quanto meno vi possa essere, la comparazione tra più proposte relative al medesimo intervento. Questa comparazione deve essere necessariamente operata attraverso l'applicazione di criteri predeterminati e che rispondano a canoni di ragionevolezza e, soprattutto, di oggettività. Solo in questo modo viene assicurato che la scelta in questione non sia frutto di una discrezionalità dell'amministrazione talmente ampia da essere sostanzialmente insindacabile (11). È proprio in questo senso, quindi, che va letta la posizione espressa da quella parte di giurisprudenza già citata, in merito alla necessità che l'amministrazione stabili-

---

(9) L'art. 24 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) ha aggiunto al comma 2- bis dell'articolo 37- bis della legge Merloni i seguenti periodi: «L'avviso deve contenere i criteri nell'ambito di quelli indicati dall'articolo 37- ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte. L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto il diritto di prelazione a favore del promotore a essere preferito ai soggetti previsti dall'articolo 37-quater, comma 1, lettera b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti».

(10) Tra le diverse posizioni assunte in giurisprudenza si veda per una qualificazione *paraconcorsuale* della fase di valutazione delle proposte: TAR Toscana, sezione II, 2 agosto 2004, n. 2860; in senso sostanzialmente adesivo, TAR Liguria, sezione II, 4 aprile 2005, n. 430; *contra* TAR Sicilia, Catania, sezione II, 26 maggio 2004, n. 1489; TAR Puglia, Lecce, sezione II, 9 marzo 2005, n. 1319; TAR Sicilia, sezione I, 20 giugno 2005, n. 1016; TAR Puglia, Bari, sezione I, 5 aprile 2006, n. 1117. Sul punto è da ultimo intervenuto il Consiglio di Stato, al riguardo cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sent. n. 6287 del 2005. Per una sorta di sintesi implicita delle diverse posizioni su segnalate si veda CGA, sez. giurisdizionale, sent. n. 7 del 29 gennaio 2007.

(11) Cfr. R. MANGANI, *op. cit.*

sca nell'avviso pubblico i criteri cui intende attenersi nella scelta delle proposte dei privati da mettere a base di gara, utilizzando meccanismi non dissimili da quelli che portano all'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in un'ordinaria gara d'appalto o di concessione.

L'entrata in vigore del Codice, pur abrogando l'art. 37-*bis* ss. della legge Merloni, ne ha riprodotto pedissequamente il contenuto. La disciplina sulla prelazione, così come esposta nei precedenti punti è rimasta invariata fino all'intervento del secondo decreto correttivo, di cui al D.Lgs. n. 113/2007 (12). Attraverso le modifiche da ultimo richiamate, il Legislatore nazionale mosso, se non da un vero e proprio "complesso" nei confronti del giudice europeo, almeno da quella sovrapposizione di concetti cui si è fatto inizialmente riferimento come premessa, ha sancito la definitiva abolizione della prelazione, nella convinzione di risolvere con "un colpo di spugna" tutti i problemi.

Tralasciando ancora una volta le critiche e le polemiche suscitate, tanto dal punto di vista giuridico quanto da quello economico, da una soluzione così drastica, non può non registrarsi come, nel frattempo, sia giunta definitivamente a compimento la prima procedura d'infrazione di cui alla causa C-412/04. Salomonicamente la Corte di giustizia ha spiazzato tanto i difensori della prelazione quanto i fautori di una sua necessaria abolizione. Al riguardo, infatti, il giudice europeo ha emesso una sentenza processuale e non nel merito, dichiarando irricevibile la questione (13). Pur non mancando i primi commenti in proposito (14), pare opportuno tentare un raccordo interpretativo tra la sentenza in questione e la procedura tuttora in corso, seppur ancora in uno stadio extragiudiziale; tentativo peraltro giustificato in virtù del già citato espresso richiamo al ricorso del settembre 2004 operato nella stessa nota d'infrazione del gennaio 2008. Sulla scorta della pronuncia di tipo processuale appare evidente come la Commissione dovrà specificare ulterior-

---

(12) Il secondo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, cioè il D.Lgs. n. 113 del 31 luglio 2007, pubblicato sulla *GU* in pari data ed entrato in vigore, ai sensi del proprio art. 5, il giorno successivo alla pubblicazione medesima, cioè il 1° agosto 2007, opera significativi interventi, tra l'altro, sulla disciplina del *project financing* di cui agli artt. 152 e ss. del medesimo Codice. In particolare l'art. 1, comma 1, lett. *r*) e *s*) del D.Lgs. n. 113/2007 intervengono sugli artt. 153 e 154 del Codice apportandovi le seguenti variazioni: *i*) l'avviso indicativo con il quale vengono resi noti gli interventi realizzabili con il *project financing* devono essere pubblicati entro 90 giorni dall'avvenuta approvazione della programmazione dei lavori pubblici (l'art. 153, comma 3, del Codice prima prevedeva il termine di 20 giorni); *ii*) le proposte degli aspiranti promotori devono essere presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo (la precedente versione dell'art. 153, comma 1, del Codice prevedeva invece la presentazione entro il 30 giugno di ogni anno); *iii*) vengono quindi soppresse le norme di cui all'art. 153, comma 3, ultimo periodo, e 154, comma 1, ultimi due periodi, che prevedevano e disciplinavano il diritto di prelazione del promotore.

(13) Si veda il punto 107 della sentenza richiamata nel testo.

(14) Di particolare interesse al riguardo l'intervento del Prof. Avv. B. CARAVITA DI TORITTO al Congresso organizzato dall'IGI, *Procedura d'infrazione CEE contro il Codice dei contratti*, Roma, 22 aprile 2008.



mente le motivazioni contro l'asserito vantaggio che il promotore continuerebbe a conservare potendo accedere direttamente alla seconda fase della gara finalizzata all'aggiudicazione della concessione di costruzione e gestione. Peraltro, bisognerebbe riflettere sulla questione definitivamente posta in luce dall'alternanza delle vicende in esame.

In tal senso, ad onor del vero, si è avuto modo di evidenziare l'operato di certa giurisprudenza nazionale. Evidentemente, il riferimento è alla qualificazione giuridica della fase di valutazione delle proposte che, nonostante gli ultimi avvenimenti, continua ad essere un punto di fondamentale importanza per la compatibilità complessiva della normativa italiana in tema di *project* ai principi comunitari di *par condicio* e concorrenza. Abolita la prelazione, infatti, rimane a detta della Commissione un duplice profilo critico: *i*) la mancanza di una pubblicità obbligatoria a livello comunitario relativamente all'avviso indicativo ed *ii*) il permanere di una situazione di vantaggio in capo al promotore per l'accesso di diritto alla fase di procedura negoziata con la pubblica amministrazione ed i *competitors*. Non può sfuggire come un'eventuale modifica normativa, tesa a garantire un'adeguata pubblicità a livello comunitario, finirebbe per privare il secondo profilo critico di una connotazione discriminatoria sulla base della diversa nazionalità dei possibili soggetti interessati alla realizzazione del progetto inserito nei programmi della pubblica amministrazione ed oggetto di una pubblicazione obbligatoria a "risonanza comunitaria". Di fatti, pur rimanendo la configurazione, in capo al promotore scelto, di un diritto di accesso alla seconda fase della gara di scelta del concessionario, non potrebbe lamentarsi *ab initio* una mancanza di conoscibilità, uguale per tutti e su scala europea, delle "regole del gioco". D'altra parte, proprio quest'ultima affermazione potrebbe tornare controproducente ai fini della qualificazione giuridica della attività di valutazione delle proposte da parte dell'amministrazione che, a questo punto, sembrerebbe configurarsi proprio in termini concorsuali, con la conseguente necessità di determinare preventivamente, già in sede di avviso indicativo (che diverrebbe sempre più simile ad un bando), tutti gli elementi, e quindi anche la loro ponderazione numerica, in virtù dei quali l'amministrazione procederà alla sua scelta. In realtà, però, è evidente che la questione della configurabilità di una procedura concorsuale già in sede di scelta del promotore non sia affrontata espressamente dalla Commissione. Eppure, sarebbe stata un'osservazione del tutto fisiologica qualora si fosse ribadito, ed approfondito da un punto di vista contenutistico, il nesso logico, prima ancora che giuridico, tra la posizione di vantaggio in capo al promotore, *a valle* della scelta della proposta ritenuta di pubblico interesse, e la definizione di un avviso informativo a risonanza comunitaria, *a monte*.

In conclusione pare che il silenzio stesso dell'organo di vigilanza europeo sul punto, nonostante i profili critici sottolineati in tema di *par condicio* e concorrenza dalla stessa giurisprudenza nazionale, sia particolarmente sintomatico di quella farraginosità complessiva di tutta la procedura del *project ad iniziativa privata*, più volte condannata dalle parti sociali e dalla stessa dottrina, che rende particolarmente difficile e complesso chiarire puntual-

mente la funzione dei singoli moduli procedurali senza finire per stravolgere quella di altri momenti ad essi collegati. In tal senso, almeno finché non interverrà una modifica normativa radicale di riassetto generale della procedura nel suo insieme, è una fortuna che la Commissione non si sia spinta fino ad una richiesta di chiarimenti relativamente alla fase di scelta della proposta. Con un'espressione azzardata può forse affermarsi che lo stesso limite della normativa nazionale ha contribuito a salvarne la compatibilità *pro tempore* con i principi concorrenziali di derivazione comunitaria. Infatti, nell'eccessiva complessità e farraginosità della procedura, la stessa Commissione pare sia rimasta abbagliata da quella sovrapposizione logica tra prelazione e finanza di progetto cui si è fatto ampiamente cenno. Una dimostrazione evidente è l'argomentazione *per relationem* adoperata dall'organo comunitario nell'ultima nota d'infrazione (15). Pertanto, rimane "sul tavolo" la mancanza di una visione d'insieme nella disciplina così come delineata dal Legislatore. Una mancanza di sistematicità si denota, d'altronde, proprio nell'esigenza di chiarire definitivamente la qualificazione giuridica della fase di valutazione delle proposte. In tal senso, pare preferibile la soluzione suggerita dalla giurisprudenza nei termini della *paraconcorsualità*.

Su questa premessa, però, emerge la "proiezione esterna" di una mancata visione d'insieme. Nella realtà concreta, infatti, risulterà difficile per le amministrazioni riuscire a delineare avvisi indicativi ben strutturati e completi di tutte le informazioni, comprensive anche della ponderazione numerica dei criteri di cui all'art. 154, se non sia dotata di un'elevata competenza tecnica (16) e non abbia svolto una seria attività di programmazione *a monte*. La carenza cronica di capacità di programmazione della pubblica amministrazione, poi, non è giustificabile esclusivamente con la farraginosità e la complessità delle norme. Risulta evidente che la carenza di fondi pubblici e l'elevato debito pubblico raggiunto dal nostro paese, insieme con gli altri profili critici evidenziati, necessitano sempre più di normative efficienti. La

---

(15) Si legge, infatti, nel testo della nota: "La Commissione rileva che le disposizioni del Codice in materia di promotore ricalcano in gran parte la disciplina della "finanza di progetto" contenuta negli articoli 37-bis e seguenti della legge n. 109/94 [...] Come noto, tali disposizioni hanno formato oggetto di un ricorso per inadempimento dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee, proposto dalla Commissione [...] Tuttavia, con riserva di conoscere la valutazione della Corte di Giustizia sulle disposizioni in questione, la Commissione segnala che le disposizioni previste dal Codice non sembrerebbero eliminare tutti i problemi di compatibilità con il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni che essa aveva indicato nel ricorso per inadempimento. In particolare [...] il promotore non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata [...] nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella gara precedente (fase 1), indetta sulla base della sua proposta".

(16) Sulla difficoltà concreta della redazione degli avvisi Cfr. E. PICOZZA, *Le nuove prospettive della finanza di progetto nel Codice dei Contratti pubblici*. Relazione introduttiva al convegno *La finanza di progetto con particolare riferimento al ruolo del sistema bancario*, Velletri, Banca popolare del Lazio, 15 ottobre 2007.

qualità della disciplina predisposta dal Legislatore diviene quanto mai la chiave di volta per il buon funzionamento dell'istituto del *project financing*.

### 3. La disciplina del project tra ordinamento comunitario e ordinamento interno.

In quest'ottica, la stessa unitarietà della procedura, complessivamente considerata, diviene la risultante panteistica di una sorta di "scomposizione diabolica" in tutta una serie di sub-fasi che non solo pongono difficili questioni di raccordo nel loro insieme (come ad esempio nella ricostruzione del nesso di pregiudizialità consequenziale intercorrente tra la valutazione tecnica delle proposte e quella di pubblico interesse), ma suscitano anche non poche perplessità in merito alla loro esatta qualificazione giuridica quali sub-momenti procedurali singolarmente considerati. È il caso ad esempio proprio della c.d. valutazione comparativa tra le diverse proposte presentate dai privati. Tuttavia, è bene chiarire come, in via del tutto generale, ogni procedimento porti con sé una componente aggiuntiva di derivazione panteistica, in quanto serie di atti preordinati e tra loro collegati al fine del perfezionamento di un atto finale che sostanzia il significato giuridico di tutte le precedenti scansioni temporali. A ben vedere, quindi, il problema della procedura di *project financing* non è tanto nella sua scomposizione temporale interna, quanto nella farraginosità della sincronizzazione dei singoli momenti procedurali. Emerge, in proposito, il già citato paradosso di un Legislatore affetto da una sorta di "complesso" nei confronti del giudice comunitario. Né può dirsi che non vi fosse stato chi avesse ragionevolmente dubitato dell'originaria collocazione sistematica dell'istituto della finanza di progetto all'interno della normativa sui lavori pubblici (17).

Così, se da un lato, taluni correttivi si sono resi necessari per superare i limiti disincentivanti riferibili alla figura concessoria (18), dall'altro, il Legislatore nazionale, pur perseguendo una lodevole logica di tempestiva conformazione al diritto comunitario, ha di fatto attuato una sorta di adeguamento permanente in bianco alle osservazioni di volta in volta sollevate dalla Commissione. Sintomatica è in proposito la vicenda dell'avviso indicativo che, alla luce dell'evoluzione complessiva della disciplina in esame, si è rivelato un vero e proprio "cavallo di Troia" che ha definitivamente destrutturato l'intera procedura, sfocando una volta per tutte la sua già flebile visibilità d'insieme. D'altronde la stessa *querelle* sull'esatta qualificazione giuridica della fase di valutazione delle proposte, altro non è se non un *posteriorius*, una mera conseguenza, logica prima ancora che giuridica, dell'introduzione stessa di detto momento di informativa al mercato.

Detto ciò, non vuole certamente dubitarsi del merito delle ragioni sostenute dalla Commissione né, tantomeno, della necessità dell'introduzione

---

(17) E. PICOZZA, *op. cit.*

(18) Il riferimento è all'obbligo del subappalto, alla durata della concessione ed alla possibilità di erogazione di un contributo pubblico. Aspetti questi che sono stati profondamente incisi dalla l. n. 166/2002.

di tale passaggio procedimentale. In realtà, come si è già avuto modo di sottolineare, si vuole evidenziare la mancanza di una riflessione adeguata al livello legislativo sul binomio *avviso indicativo-prelazione* che lo stesso organo di vigilanza europeo aveva coniato. A testimonianza di quanto affermato, ancora una volta si segnala la più recente nota d'infrazione comunitaria, in cui si lamenta, nonostante gli stravolgimenti indotti di cui sopra, l'assenza di un adeguato livello di pubblicità su scala comunitaria. Quanto alla prelazione ed alle sue alterne vicende, appositamente non si è voluti andare oltre la registrazione della sentenza di tipo processuale di recente emanata dalla Corte di giustizia. Si è della convinzione che un'analisi nel merito della questione avrebbe portato a sottacere una riflessione di metodo quanto mai indispensabile alla luce del sempre più diffuso clima di sfiducia che aleggia intorno alla finanza di progetto negli ultimi mesi, in realtà più per motivi economico-mercantilistici che propriamente giuridici.

In definitiva nel definire l'evoluzione di detta clausola come vero e proprio "specchietto per le allodole" si è voluto evidenziare la natura commissoria stessa che l'ha consacrata. In questo senso ci si augura che l'abolizione della prelazione possa segnare la fine di una logica legislativa in un certo senso paracorporativa. In altre parole, la clausola in esame ha rappresentato il prezzo che il Legislatore ha inteso pagare pur di non definire chiaramente una funzione propulsiva reale del promotore e di mantenere, in tal modo, un monopolio politico della programmazione pubblica. La stessa misura avrebbe avuto una *ratio* decisamente più coerente se, accogliendo le spinte comunitarie verso una sempre maggiore applicazione del principio di sussidiarietà, si fosse concesso ai privati di poter presentare proposte relative ad opere non inserite nei programmi di cui all'art. 128 del Codice.

A ben vedere, tutto l'impianto procedurale poggia su un equivoco di fondo. Il riferimento è alla carenza di capacità programatorie dell'amministrazione che rappresenta il "grande compromesso" della finanza di progetto all'italiana. Non a caso ci si ritrova dinanzi ad un procedimento che solo fittiziamente può essere definito ad iniziativa privata, almeno nel senso che l'intera attività propulsiva dei privati è pesantemente condizionata dalla presenza, quanto mai simbolica, di uno scarso livello di progettazione che, seppur indicativo e di massima, risulta essere comunque decisivo. Senza considerare che la stessa carenza di strumenti programatori validi concorre in maniera determinante ad un aumento esponenziale del c.d. *rischio amministrativo*. È evidente, come tutti questi elementi amplifichino ancor più l'alto livello di mortalità degli interventi banditi, messo in luce da alcuni studi. Si deve poi aggiungere la più volte evidenziata farraginosità procedurale che non solo non favorisce una semplificazione delle operazioni e, quindi, degli investimenti, quanto lascia delle vere e proprie zone d'ombra su alcuni momenti a dir poco fondamentali per la definizione di un iter efficiente. È il caso questo di un tema estremamente delicato come quello della formazione del consenso, nonché dell'esatta collocazione all'interno della procedura della Conferenza di servizi (19).

Per dirla con termini giuseconomici, la prelazione rivelerebbe il suo connotato incentivante proprio alla luce dell'elevata esposizione al rischio cui si

sottopone il privato nel corso del complesso procedimento d'aggiudicazione. In tal senso, d'altronde, si spiega il tentativo di compensare l'abolizione di siddetta clausola con quella altrettanto discussa del rimborso del valore residuo non ancora ammortizzato dell'investimento iniziale (20). Per tutte le ragioni suesposte, le vicende della prelazione hanno avuto il merito di evidenziare, prima, il problema della qualificazione giuridica della valutazione comparativa delle proposte, con conseguente introduzione del passaggio dell'avviso indicativo; dopo, la mancanza di una logica procedurale d'insieme volta alla ricerca della concorrenzialità.

In definitiva, però, alcune delle scelte legislative fin ora descritte si sono rivelate quantomeno affrettate. Potrebbero, pertanto, tornare particolarmente attuali le perplessità di quanti avessero criticato la collocazione originaria dell'istituto, seppur attenuate dai diversi interventi legislativi susseguitisi nel tempo proprio al fine di superare i limiti inerenti alla figura concessoria. Nonostante la natura indotta di talune modifiche normative, dovute per lo più dalla spinta delle istanze comunitarie, è innegabile che negli ultimi anni si sia gradualmente assistito ad un progressivo miglioramento della disciplina oggetto d'esame. L'aspetto, a dir la verità, è anche un po' contraddittorio, viste le critiche di metodo svolte fin ora. Tuttavia, si può comprendere che sia una conclusione necessitata ed al contempo sorprendente, come tutti i paradossi della c.d. globalizzazione giuridica. Per spiegare meglio la pregnanza di quanto detto, è bene riprendere le mosse da due fenomeni giuridici che sono inscindibilmente legati alla globalizzazione: *i*) la proliferazione dei centri di produzione normativa, (con conseguente disaggregazione dei centri di potere nella prospettiva dell'integrazione politica); *ii*) l'evoluzione del ruolo dello Stato, in particolar modo nel mondo dell'economia, dove si va sempre più affermando come *regolatore* garante delle condizioni di concorrenza, ritraendo contemporaneamente la sua sfera d'azione economica concreta (21). È evidente che i due fenomeni si intrecciano fino al punto, per un certo verso paradossale, di uno Stato che difende la concorrenza attraverso un diritto già "confezionato" da un altro centro di produzione normativa. La riflessione si complica ulteriormente se si considera che, spesso, se non nella maggior parte dei casi, il centro di produzione normativa d'origine non rientra nel paradigma statale e il recepimento della norma stessa diventa un'operazione tutt'altro che politica, ed anzi dovuta nell'ottica europea. È il caso, per certi versi, del *project financing*. In questo contesto la stessa abolizione della prelazione rappresenta un vero e proprio banco di prova per la

---

(19) Particolarmente significativa al riguardo taluna giurisprudenza. Si veda: Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043.

(20) Si veda l'art. 143, comma 7, del codice, così come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. *q*) del D.Lgs. n. 113/07

(21) Un ridimensionamento che allo stato attuale, da un lato rompe la finzione di un intervento statale dovuto perché statale e non perché efficace, efficiente, democratico; e dall'altro scardina l'illusione che il privato, in quanto tale, sia la panacea di tutti i mali.

disciplina tuttora vigente, ma nello stesso tempo è un'occasione per far sì che l'istituto compia un definitivo salto di qualità.

Alla luce delle osservazioni svolte e delle criticità *strictu sensu* giuridiche emerse, non deve meravigliare come si sia inconsapevolmente diffusa un'unanimità di consenso sulla necessità di una riforma complessiva dell'istituto. Inevitabilmente, poi, in questo scenario di profondo ripensamento della procedura hanno finito per prevalere le ragioni giuseconomiche sostenute con forza dagli attori del mercato. Particolarmente indicative in proposito sono le proposte di modifiche normative definite dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), di concerto con l'Associazione Nazionale dei Costruttori Edili (ANCE), in uno specifico documento (22) recentemente inviato al Ministero delle Infrastrutture, nonché oggetto di specifica audizione presso la VIII Commissione (Commissione Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici) della Camera dei Deputati. Da qui ad un'iniziativa governativa il passo è stato breve.

#### 4. Il terzo decreto correttivo e la costante dell'iniziativa pubblica.

L'approvazione definitiva da parte del Governo del terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici apre, di fatto, la quinta stagione del *project financing* che rappresenta una vera e propria sintesi normativa destrutturata di una riflessione giuridica ormai decennale. È alla luce delle considerazioni emerse che il Legislatore non solo ha reintrodotta il tanto discusso meccanismo della prelazione, quanto ha stravolto completamente la normativa, prevedendo diverse fattispecie procedurali. Quattro sono i punti principali della nuova disciplina: *i*) una gara unica senza diritto di prelazione per il promotore; *ii*) una gara in due fasi con diritto di prelazione; *iii*) la possibilità di presentare iniziative in *project financing* anche in caso di inerzia dell'amministrazione ovvero *iv*) per opere non inserite negli atti di programmazione. Per darne conto pare opportuno ripercorrere separatamente le fattispecie introdotte. Tuttavia è bene chiarire sin da subito come proprio il riconoscimento di diverse ipotesi percorribili valga a confermare la mancanza genetica di un'unitarietà del vecchio disegno procedurale e, nel contempo, di smascherare definitivamente la "finzione" di un'iniziativa privata di un procedimento in realtà fondato sul dogma del monopolio pubblicistico della funzione programmatica. Ancora una volta rimane sullo sfondo una *scoria d'imperatività* (23): la preventiva capacità di programmazione delle pubbli-

---

(22) ABI, *Il finanziamento delle opere pubbliche in Italia. Proposte di emendamento all'attuale legislazione in materia di lavori pubblici*, novembre 2007. Altrettanto indicativo, in un'ottica di ripensamento dell'istituto, è il documento di recente pubblicato dal CNEL, *La finanza di progetto osservazioni e proposte*, 9 aprile 2008.

(23) Cfr. E. PICOZZA, *Le nuove prospettive della finanza di progetto nel Codice dei Contratti pubblici*; Relazione introduttiva al convegno *La finanza di progetto con particolare riferimento al ruolo del sistema bancario*, Velletri, Banca popolare del Lazio, 15 ottobre 2007.

che amministrazioni. L'ispirazione al principio d'integrazione politica prevale, pertanto, sul principio di sussidiarietà del potere politico rispetto alle esigenze della società civile. La presenza all'interno dei programmi di interventi realizzabili con capitali privati continua a rappresentare la *condicio sine qua non* per l'avvio della procedura. In quest'ottica pare quanto mai opportuna una rivisitazione della terminologia sin qui adoperata. Infatti, con la pubblicazione del terzo decreto correttivo non troverà più riscontri la differenziazione tra un'iniziativa pubblica ed una privata se non nel senso di un conferimento di una funzione surrogatoria e suppletiva prevista in capo al privato nel caso di inerzia della pubblica amministrazione nella pubblicazione di un bando per le opere inserite nell'elenco annuale dei lavori pubblici. D'altro canto pare innegabile che proprio attraverso questa possibilità, espressamente riconosciuta dal comma 16 dell'art. 153 (come ridisegnato dal terzo correttivo), si assista ad un ampliamento delle capacità propulsive del privato ovvero si forniscano strumenti utili per una sorta di "autotutela privatistica" di quell'aspettativa imprenditoriale cui la stessa amministrazione ha dato adito mediante l'esercizio della propria competenza esclusiva di programmazione. Complessivamente ne esce rafforzata anche la possibilità per il cd. *proponente* di presentare iniziative per opere non inserite in programma. "I soggetti, di cui al comma 8, in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, nonché i soggetti di cui al comma 20 possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte d'intervento, a mezzo di studi di fattibilità, relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità non presenti" negli strumenti di programmazione normativamente previsti, senza che ciò determini in capo al proponente "alcun diritto al compenso per le prestazioni compiute, alla realizzazione degli interventi proposti, né alla gestione dei relativi servizi", nel caso in cui il progetto d'investimento concretamente proposto venga inserito negli atti di programmazione di cui sopra. A differenza che nelle precedenti edizioni, però, si introduce espressamente un obbligo di esame e valutazione in capo all'amministrazione. Quest'ultima, infatti, è tenuta a valutare le proposte "entro 6 mesi dal loro ricevimento" ed eventualmente può adottare, "nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse" (24).

---

(24) Così il comma 19 dell'art. 153: "19. I soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, nonché i soggetti di cui al comma 20 possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. Le amministrazioni sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi. Qualora le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, si applicano le disposizioni del presente articolo".

Conformemente a quanto disposto dall'art. 2 della legge n. 241/90, pare consolidarsi definitivamente per la pubblica amministrazione un obbligo di conclusione con provvedimento espresso del procedimento di valutazione, quale effetto proprio di un atto ad iniziativa privata come la presentazione di uno studio di fattibilità. Nel caso specifico, deve ben tenersi presente che il procedimento in questione, attivato dal proponente attraverso la sua proposta, è del tutto autonomo ed è finalizzato ad un provvedimento finale eventuale, quale l'inserzione nell'ambito della programmazione triennale, che non può dirsi propriamente a contenuto generale e, pertanto, non ricadrebbe nel campo di applicazione della deroga al principio dell'obbligo di motivazione, così come prevista dall'art. 3, comma 2, della legge n. 241/90. Qualora poi le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, troverà applicazione una delle diverse fattispecie procedurali previste dall'art. 153. Tuttavia, non può dirsi che la capacità propulsiva del privato ne esca rafforzata. Piuttosto si avrà modo di evidenziare come, quale che sia la fattispecie procedurale prescelta dall'amministrazione aggiudicatrice, ricadrà sempre nella competenza di quest'ultima la preventiva individuazione dell'intervento da realizzare. Tutto ciò, a ben vedere, ha comunque il merito di azzerare, in parte, i diversi profili critici posti, sotto la previgente disciplina, dalla cd. valutazione impropria delle proposte.

##### 5. *L'ipotesi di una gara unica.*

Per la realizzazione di quei lavori pubblici o di pubblica utilità finanziabili in tutto o in parte con capitali privati ed inseriti nella programmazione triennale nonché nell'elenco annuale di cui all'art. 128 del Codice, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, la prima procedura, disciplinata ai commi da 1 a 14, recepisce l'istanza di una gara unica senza diritto di prelazione in favore del promotore, ipotesi più volte ventilata in seno alle parti sociali (25).

“Le amministrazioni aggiudicatrici possono, infatti, in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi dell'articolo 143, affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l'utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti” (art. 153, comma 1).

Quest'ultimo avrà un contenuto particolarmente dettagliato. Anzitutto, dovrà specificare che: “a) l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto di apportare al progetto preliminare presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione” e la cui accettazione è determinante ai fini dell'aggiudicazione della concessione (26); “b) che in caso di mancata accettazione da parte del promotore

---

(25) In questa direzione muove la proposta di riforma presentata congiuntamente da ABI e ANCE.

(26) In proposito, infatti, il comma 11 dell'art. 153, così come riformulato dal terzo correttivo, prevede espressamente: “11. *La stipulazione del contratto di concessione può avvenire*



(...)” delle modifiche di cui sopra, ai fini dell’aggiudicazione della concessione, “l’amministrazione ha facoltà” di rivolgersi ai concorrenti successivi in graduatoria, proponendo loro le stesse condizioni presentate al promotore e non accettate dallo stesso. Il bando, inoltre, deve indicare, “secondo l’ordine di importanza loro attribuita, i criteri in base ai quali” l’amministrazione procederà “alla valutazione comparativa tra le diverse proposte” (art. 153, comma 6) (27). Al fine di garantire che le proposte stesse siano presentate secondo “presupposti omogenei”, il bando dovrà richiamare “espressamente il disciplinare di gara” in modo da specificare “l’ubicazione e la descrizione dell’intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire”.

In relazione alle più recenti osservazioni formulate dalla Commissione, mediante la già citata nota d’infrazione del 30 gennaio 2008, deve vedersi con favore l’espresso richiamo alle modalità di pubblicazione di cui agli artt. 66 e 122 (28), garantendosi, in tal modo, la necessaria dimensione comunitaria del regime pubblicitario del bando.

Quanto ai requisiti soggettivi del promotore, *rectius* concorrente, la disciplina sembrerebbe essere particolarmente innovativa. Si prevede che siano ammessi alla procedura di cui all’art. 153 soltanto “i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, anche associando o consorziando con altri soggetti, fermo restando i requisiti di cui all’art. 38” del Codice (art. 153, comma 8) (29). La previsione apparentemente sembra chiarire una volta per tutte la delicata questione relativa al

---

*nire 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”.*

(27) Così i commi 3 e 6 dell’art. 153, a proposito del contenuto del bando: “3. Il bando, oltre al contenuto previsto dall’articolo 144, specifica: a) che l’amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto, di cui al comma 10, lettera b), di apportare al progetto preliminare, da esso presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e che in tal caso la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all’accettazione, da parte di quest’ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario; b) che, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto preliminare, l’amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l’accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.[...] 6. Il bando indica i criteri, secondo l’ordine d’importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte”.

(28) Così, infatti, il comma 2 dell’art. 153: “2. Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all’articolo 66 ovvero di cui all’articolo 122, secondo l’importo dei lavori, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità predisposto dall’amministrazione aggiudicatrice o adottato ai sensi del comma 19”.

(29) Così il comma 8 dell’art. 153: “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’art. 38”.

momento in cui bisogna possedere i requisiti richiesti per il concessionario. In realtà, è l'ulteriore conferma dell'assoluta mancanza di una funzione realmente propulsiva in capo al promotore. Nell'ipotesi della gara unica, poi, si tratta di una conseguenza quasi fisiologica. Infatti, il secondo passaggio della procedura diviene l'indizione di una gara per l'aggiudicazione della concessione, per cui non ha più senso distinguere tra i requisiti del concessionario e quelli del promotore. Ed anzi, non avrebbe neanche senso continuare a parlare di promotore relativamente ad un soggetto al più configurabile quale concessionario o concorrente, a seconda del momento procedurale cui si faccia riferimento.

“Le offerte devono contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato” dai soggetti abilitati, “nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione” (art. 153, comma 9). Il piano economico-finanziario deve, tra l'altro, indicare, conformemente a quanto già previsto dalla precedente disciplina, “l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere di ingegno di cui all'art. 2578 del Codice civile”, entro il limite massimo del 2,5% “del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara” (art. 153, comma 9). Tuttavia, come si avrà modo di constatare, completamente diverso, è il regime previsto per il rimborso delle stesse (*infra*).

Una volta ricevute le offerte, la pubblica amministrazione procederà alla loro valutazione secondo i parametri di cui all'art. 83 del Codice. L'esame, peraltro, sarà “esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione” (art. 153, comma 4 e 5) (30). Al riguardo è bene evidenziare come non sia previsto alcun termine entro cui deve svolgersi suddetta attività di valutazione (31). All'esito della stessa l'amministrazione provvederà “a redigere una graduatoria delle offerte ritenute di pubblico interesse ed a nominare promotore il soggetto” che avrà presentato quella valutata come la migliore (art. 153, comma 10, lett. *b*). L'amministrazione, quindi, convocherà una Conferenza di servizi istruttoria cui sottoporre l'approvazione del progetto preliminare precedentemente selezionato tra le proposte pervenute. “In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della VIA, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario” (art. 153, comma 10, lett. *c*). Pertanto, il Legislatore, nell'inserire un esplicito riferimento alla collocazione sincro-

---

(30) Così i commi 4 e 5 dell'art. 153: “4. Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83. 5. Oltre a quanto previsto dall'art. 83 per il caso delle concessioni, l'esame delle proposte è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione”.

(31) La cui fissazione è, pertanto, rimandata al bando di gara.

nica di una conferenza di servizi preliminare, non sembra aver seguito l'impostazione rivoluzionaria, peraltro discutibile, proposta da ABI ed ANCE (32), quanto piuttosto si è limitato a recepire, in un contesto procedurale completamente rivisto, le considerazioni già svolte da una certa giurisprudenza (33) sotto la normativa vigente.

Qualora, invece, non si rendano necessarie modifiche "si procederà direttamente alla stipula del contratto di concessione" (art. 153, comma 10, lett. d)) (34). La procedura negoziata, pertanto, rappresenta soltanto un sub-procedimento eventuale da svolgersi, qualora il progetto sia sottoposto a modifiche, prima con il promotore e, dopo, facoltativamente con gli altri concorrenti, secondo l'ordine di graduatoria e sempreché il primo tentativo non sia andato a buon fine.

A ben vedere, il diritto al rimborso spese, previsto in capo al promotore nella misura del 2,5% del valore complessivo dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara, potrebbe configurarsi come una sorta di corrispettivo forfettario, "a carico dell'aggiudicatario" (art. 153, comma 12) (35), per l'acquisizione stessa, da parte dell'amministrazione, del progetto proposto. Invero la disciplina, così delineata, potrebbe destare qualche perplessità. Difatti, da una lettura in combinato disposto dei commi 10, lett. e) e 12 dell'art. 153, il rimborso delle spese del promotore, *rectius* aggiudicatario-primo classificato, non opera automaticamente, bensì sembra sottoposto ad una sorta di *condicio juris* meramente potestativa, prevista in capo all'amministrazione. In altre parole, esso matura soltanto qualora a seguito della procedura negoziata risulti aggiudicatario un concorrente diverso dal promotore (art. 153, comma 12). Perché ciò avvenga, poi, sarà

---

(32) Nel documento citato in nota 18, le associazioni di categoria suggeriscono l'introduzione di una Conferenza di servizi in una fase ancora più *a monte*, cioè sullo studio di fattibilità predisposto dalla pubblica amministrazione nella redazione degli atti programmatici di cui all'art. 128 del Codice dei contratti.

(33) Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043.

(34) Così il comma 10 dell'art. 153: "10. L'amministrazione aggiudicatrice: a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando; b) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta; c) pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità indicate all'articolo 97. In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario; d) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione; e) qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso".

(35) Così il comma 12 dell'art. 153: "Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese di cui al comma 9, terzo periodo".

necessario che l'amministrazione eserciti la facoltà, normativamente prevista (art. 153, comma 10, lett. e)), "di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria, alle stesse condizioni proposte al promotore e dallo stesso non accettate, l'accettazione delle modifiche apportate al progetto" del primo classificato. La norma prevista, per quanto rappresenti una forte garanzia nei confronti della pubblica amministrazione, può sollevare qualche interrogativo circa la sua reale capacità di incentivare/disincentivare gli investimenti dei privati ed il livello qualitativo delle proposte presentate cui, verosimilmente, sarebbe difficile rispondere prescindendo da un riscontro applicativo del meccanismo.

In ultimo, è bene segnalare come nel disciplinare le garanzie che devono essere presentate a corredo dell'offerta, il Legislatore pare recepire quanto suggerito nel documento predisposto dall'ABI e dall'ANCE. Le offerte, infatti, "sono corredate dalla cauzione di cui all'articolo 75 e da un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio fattibilità posto a base di gara. Il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'art. 113. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario, è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'art. 113. La mancata presentazione della stessa costituisce grave inadempimento contrattuale." (art. 153, comma 13).

#### *6. La gara in due fasi. Il ritorno della prelazione.*

La seconda procedura, disciplinata al comma 15 dell'art. 153, adottabile in alternativa alla precedente, prevede che l'amministrazione individui il concessionario mediante l'espletamento di due distinte procedure selettive: la prima, volta esclusivamente all'individuazione del promotore dal quale acquisire il progetto preliminare; la successiva, volta all'individuazione dell'affidatario della concessione, con diritto di prelazione del promotore. Qualora le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgano di tale fattispecie, è espressamente previsto che non trovino applicazione il comma 10, lettere d), e), il comma 11 e il comma 12, "ferma restando l'applicazione degli altri commi" (art. 153, comma 15) (36). In virtù di questo inciso, e contrariamen-

---

(36) Così il comma 15 dell'art. 153: "15. *Le amministrazioni aggiudicatrici, ferme restando le disposizioni relative al contenuto del bando previste dal comma 3, primo periodo, possono, in alternativa a quanto prescritto dal comma 3, lettere a) e b), procedere come segue: a) pubblicare un bando precisando che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma l'attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente individuato con le modalità di cui alle successive lettere del presente comma, ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa; b) provvedere alla approvazione del progetto preliminare in conformità al comma 10, lettera c); c) bandire una nuova procedura selettiva, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promo-*

te a quanto si possa pensare, il Legislatore non pare essersi limitato a reintrodurre *sic et simpliciter* la disciplina precedente al secondo decreto correttivo.

Le amministrazioni, pertanto, pubblicheranno un bando, “con le modalità di cui all’articolo 66 ovvero di cui all’articolo 122, secondo l’importo dei lavori, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità” (art. 153, comma 2) precedentemente predisposto o adottato su iniziativa di un proponente secondo quanto chiarito dal comma 19 dell’art. 153. Nello stesso documento di gara dovrà, inoltre, precisarsi “che la procedura non comporta l’aggiudicazione al promotore prescelto, ma l’attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente” (art. 153, comma 15, lett. a)) successivamente individuato. In particolare, poi, il bando specificherà “i criteri, secondo l’ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte” e indicherà, mediante il richiamo espresso al disciplinare di gara, “l’ubicazione e la descrizione dell’intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire” (art. 153, commi 6 e 7). In tal modo le proposte saranno presentate secondo presupposti omogenei. Viene pertanto azzerata l’eventualità, particolarmente discussa in passato, di una cd. valutazione comparativa impropria. L’esame delle proposte presentate, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, avverrà con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e sarà “esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione”. Il momento valutativo finalizzato all’individuazione del promotore assume evidentemente i contenuti tipici della concorsualità. D’altro canto, però, anche nella fattispecie procedurale a gara doppia si denota una decisa *deminutio* della capacità propulsiva dei privati, essendo l’amministrazione stessa ad individuare l’intervento specifico da realizzare. In definitiva si assiste alla consacrazione dell’iniziativa pubblica del procedimento. Allo stesso saranno “ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario anche associando

---

*tore, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa; d) ove non siano state presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest’ultimo; e) ove siano state presentate una o più offerte valutate economicamente più vantaggiose di quella del promotore posta a base di gara, quest’ultimo può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell’amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del migliore offerente, aggiudicandosi il contratto. In questo caso l’amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo; f) ove il promotore non adegui nel termine indicato alla precedente lettera e) la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest’ultimo è aggiudicatario del contratto e l’amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell’aggiudicatario, le spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo. Qualora le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgano delle disposizioni del presente comma, non si applicano il comma 10, lettere d), e), il comma 11 e il comma 12, e ferma restando l’applicazione degli altri commi che precedono.*

o consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all'art. 38" (art. 153, comma 8). Le offerte dovranno presentare i medesimi contenuti già specificati nell'esame della procedura a gara unica (37). Una volta valutate le offerte, redatta la graduatoria e nominato il promotore, l'amministrazione procede all'approvazione del progetto preliminare convocando una Conferenza di servizi istruttoria, secondo quanto previsto dal comma 10, lett. c) dell'art. 153 del Codice. In tale fase, pertanto, "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, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario". Il progetto, così approvato, verrà posto a base della nuova gara, finalizzata all'aggiudicazione finale del contratto. All'esito di quest'ulteriore fase procedimentale interviene il meccanismo, a dire il vero già noto, del diritto di prelazione. Così, nel caso in cui entro 45 giorni dalla comunicazione dell'amministrazione il promotore adegui la propria offerta a quella eventualmente risultata economicamente più vantaggiosa, lo stesso risulterà aggiudicatario e si farà carico delle spese sostenute dal miglior concorrente. Diversamente, qualora il promotore lasci decorrere il suddetto termine, maturerà solamente il diritto al rimborso delle spese sostenute, questa volta a carico del concorrente aggiudicatario. Nell'uno come nell'altro caso le spese saranno rimborsate dall'amministrazione entro il limite del 2,5 % del valore complessivo dell'investimento.

A ben vedere, però, vista l'approvazione del progetto mediante Conferenza di servizi, appare poco chiaro perché sia stata espressamente esclusa, nel caso di mancata accettazione da parte del promotore delle modifiche ritenute necessarie, la facoltà per l'amministrazione di rivolgersi agli altri concorrenti in graduatoria.

### 7. L'iniziativa privata nel caso di inerzia della pubblica amministrazione.

La fattispecie procedurale decisamente più interessante è quella disciplinata dai commi 16, 17 e 18 (38). Come anticipato, si prevede una sorta di ini-

---

(37) Specificamente, secondo quanto disposto dall'art. 153, comma 9: "Le offerte devono contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da una banca nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione; il regolamento detta indicazioni per chiarire e agevolare le attività di asseverazione ai fini della valutazione degli elementi economici e finanziari. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. Tale importo, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara".

(38) Così i commi 16, 17 e 18 dell'art. 153: "16. In relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale di cui al comma 1, per il quale le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8 possono presentare, entro e non oltre quattro mesi dal decorso di detto termine, una proposta avente il contenu-

ziativa privata suppletiva e surrogatoria, nel caso in cui “le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano, entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale, alla pubblicazione dei bandi” relativi agli interventi ivi inseriti.

Evidentemente rimane quale *conditio sine qua non* per l’avvio della procedura, il preventivo inserimento, di competenza dell’amministrazione, dello stesso intervento negli atti di programmazione, nonché nell’elenco annuale. È in virtù di tale considerazione che l’operazione di finanza di progetto non può dirsi ad iniziativa privata in senso stretto. Entro e non oltre i quattro mesi successivi alla scadenza del predetto termine, “i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario, anche associando o consorziando altri soggetti (39), possono presentare una proposta”, avente ad oggetto il progetto preliminare, “garantita dalla cauzione di cui all’articolo 75, corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi e dell’impegno a prestare una cauzione nella misura dell’importo” pari al 2,5% del valore complessivo dell’investimento, per l’eventuale successiva indizione della relativa gara. L’amministrazione, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per la ricezione delle proposte, anche qualora sia pervenuta una sola proposta, pubblica, “con le modalità di cui all’art. 66 ovvero di cui all’art. 122, secondo l’importo dei lavori”, un avviso contenente

---

*to dell’offerta di cui al comma 9, garantita dalla cauzione di cui all’articolo 75, corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi e dell’impegno a prestare una cauzione nella misura dell’importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara ai sensi delle lettere a), b), c) del presente comma. Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi di cui al periodo precedente, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono, anche nel caso in cui sia pervenuta una sola proposta, a pubblicare un avviso con le modalità di cui all’articolo 66 ovvero di cui all’articolo 122, secondo l’importo dei lavori, contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte pervenute; le amministrazioni aggiudicatrici esaminano le proposte pervenute entro sei mesi giorni dalla pubblicazione di detto avviso e, verificato preliminarmente il possesso dei requisiti, individuano la proposta ritenuta di pubblico interesse, procedendo poi in via alternativa a: a) se il progetto preliminare necessita di modifiche, indire un dialogo competitivo ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta; b) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, bandire una concessione ai sensi dell’articolo 143, ponendo lo stesso progetto a base di gara ed invitando alla gara il promotore; c) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, procedere ai sensi del comma 15, lettere c), d), e), f), ponendo lo stesso progetto a base di gara e invitando alla gara il promotore.[...] 17. Se il soggetto che ha presentato la proposta prescelta ai sensi del comma 16 non partecipa alle gare di cui alle lettere a), b) e c) del comma 16, l’amministrazione aggiudicatrice incamera la garanzia di cui all’articolo 75. Nelle gare di cui al comma 16, lettere a), b), c), si applica il comma 13. [...] 18. Il promotore che non risulti aggiudicatario nella procedura di cui al comma 16, lettera a), ha diritto al rimborso, con onere a carico dell’affidatario, delle spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo. Al promotore che non risulti aggiudicatario nelle procedure di cui al comma 16, lettere b) e c), si applica quanto previsto dal comma 15, lettere e) ed f).*

(39) Fermi restando i requisiti di cui all’art. 38.

te i criteri di valutazione delle proposte stesse sotto il profilo del pubblico interesse. L'esame delle proposte pervenute si conclude entro sei mesi dalla suddetta pubblicazione. Così individuate le proposte ritenute di pubblico interesse, e previa verifica del possesso dei requisiti in capo al proponente, la pubblica amministrazione sceglierà il tipo di procedura da attivare a seconda che il progetto necessiti, o meno, di eventuali modifiche.

Nel primo caso, verrà indetto un dialogo competitivo con a base il progetto preliminare e la proposta stessa. In tal caso, il promotore che all'esito della procedura non risulti aggiudicatario avrà diritto al rimborso delle spese, a carico dell'aggiudicatario stesso, nella misura del 2,5% del valore complessivo dell'investimento.

Qualora, invece, il progetto non necessiti di alcuna modifica, l'amministrazione potrà alternativamente bandire una concessione ai sensi dell'art. 143 ovvero procedere direttamente con la seconda fase di gara disciplinata dalle lett. c), d), e), f) del comma 15, dello stesso art. 153. In entrambe le procedure, il progetto preliminare, previa apposita approvazione, verrà posto a base di gara ed il promotore sarà invitato a partecipare, potendo giovare, peraltro, del cd diritto di prelazione (40). Qualsiasi sia la fattispecie procedurale seguita, poi, nel caso in cui il soggetto che ha presentato la proposta ritenuta di pubblico interesse, ai sensi del comma 16, non partecipi alle gare, l'amministrazione aggiudicatrice potrà incamerare la garanzia di cui all'art. 75 (art. 153, comma 17).

A ben vedere il disegno complessivamente introdotto dal Legislatore è tutt'altro che semplice e lineare. In parte riemerge quella struttura tipica del *project financing* all'italiana che potremmo definire a "fasatura variabile". In definitiva ci si trova dinanzi ad una procedura complessa costituita da diversi sub-procedimenti autonomi tra di loro interconnessi. Il primo, necessario, ha evidentemente lo scopo precipuo di individuare la proposta del promotore ritenuta di pubblico interesse. Il secondo, poi, finalizzato all'aggiudicazione della concessione, risulta essere del tutto eventuale, in quanto subordinato al precedente, e denota una natura in un certo senso alternativa ed in fin dei conti a discrezione della pubblica amministrazione. Quest'ultima, infatti, potrà, a seconda dei casi, indire un dialogo competitivo, bandire una concessione ai sensi dell'art. 143 ovvero procedere ai sensi del comma 15 lett. c), d), e), f) dell'art. 153. Alla luce di queste considerazioni e dell'esperienza passata sorge, inevitabilmente, qualche perplessità.

Prescindendosi dalla tipologia di gara che verrà successivamente adottata, pare poco conforme ai principi di trasparenza e concorrenza la possibilità che un avviso, seppur su scala comunitaria, possa essere pubblicato dopo

---

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



la presentazione delle proposte. Con quali criteri, poi, l'amministrazione dovrebbe valutare la rispondenza al pubblico interesse delle proposte pervenute? È un interrogativo questo più che legittimo, soprattutto se si tiene in considerazione che in due ipotesi su tre, quelle di cui alle lett. *b)* e *c)* dell'art. 153, il proponente potrà avvalersi, in virtù di detta valutazione, del diritto di prelazione nella successiva fase di gara volta all'aggiudicazione del contratto. In altri termini sembra riecheggiare il problema della qualificazione giuridica della valutazione di rispondenza delle proposte al pubblico interesse. In realtà, quale che sia la natura di detta attività valutativa rimane il dubbio circa la reale trasparenza di una procedura così strutturata. In definitiva il Legislatore si è inutilmente "complicato la vita". In alternativa poteva forse prevedersi che in caso di inerzia dell'amministrazione i privati potessero presentare delle offerte in busta chiusa e sigillata, sollecitando così la pubblica amministrazione a pubblicare i relativi bandi. Ancora una volta tutto l'impianto procedurale poggia su un equivoco di fondo. Ci si riferisce, ancora una volta, alla carenza di capacità programmatiche della pubblica amministrazione che rappresenta il "compromesso costante" della finanza di progetto all'italiana. Evidentemente, qualora si fosse seguita la strada dell'offerta in busta chiusa, l'amministrazione nel redigere un avviso indicativo di sollecitazione al mercato non avrebbe avuto nessun altro riferimento se non il proprio studio di fattibilità, precedentemente predisposto al momento dell'inserzione dell'intervento negli atti di programmazione di cui all'art. 128 del Codice. In tal caso, però, non avrebbe avuto più senso mantenere la struttura a fasatura variabile della procedura complessivamente considerata. In conclusione ben potrebbe sospettarsi che, nel disegno previsto dal Legislatore, l'avviso indicativo possa essere per così dire "cucito su misura" ad una delle proposte precedentemente presentate o comunque sottratto a qualsiasi canone di trasparenza. Non ci si meraviglierebbe, pertanto, se proprio su questo punto sorgessero in futuro nuovi contrasti con l'ordinamento comunitario.