

## **Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al *project financing* ed al contratto di disponibilità \***

*(Stefano Fantini)*

### **1. Il partenariato pubblico-privato : nozione**

La locuzione “partenariato pubblico-privato” (PPP), di matrice comunitaria, enuclea un fenomeno giuridico di collaborazione tra il settore pubblico e gli operatori privati nello svolgimento di un’attività diretta al perseguimento di interessi pubblici (in genere, miranti a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un’infrastruttura e la fornitura di un servizio).

Il partenariato, pur rinvenendo la sua fonte nel contratto, evidenzia dunque, già *prima facie*, un fenomeno di collaborazione più ampio, organico, stabile, e con maggiori elementi di atipicità (intermedi tra il modello del contratto sinallagmatico e di quello associativo) rispetto all’area dell’attività consensuale dell’Amministrazione, ed in particolare a quella del contratto di diritto privato, ed a quella degli accordi amministrativi.

Le forme di collaborazione riconducibili nel PPP si sono intensificate nel momento attuale, caratterizzato da una forte crisi finanziaria delle Amministrazioni pubbliche, che conseguentemente sono indotte a ricorrere ai capitali privati, ma, se si guarda in prospettiva storica, risalgono nel tempo, e può dirsi che si rinvengano fin dalle origini del diritto amministrativo, come emblematicamente dimostrato dallo strumento concessorio, tanto con riferimento alle opere pubbliche, quanto ai servizi pubblici.

E’ certo vero, peraltro, che i riflettori sul partenariato pubblico-privato sono stati puntati dall’ordinamento comunitario, cui si deve il tentativo di fornirne un inquadramento generale.

In particolare, il primo documento fondamentale nella materia in esame è costituito dal Libro Verde del 30 aprile 2004 della Commissione europea (COM(2004)327), relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, nel quale, pur non essendo fornita una definizione giuridica di partenariato, sono enucleati gli elementi essenziali delle formule ad esso riconducibili; tali sono, in sintesi : a) «la durata relativamente lunga della collaborazione, che implica una cooperazione tra il partner pubblico ed il partner privato in relazione a vari aspetti di un progetto da realizzare»; b) «la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte del settore privato, talvolta tramite relazioni complesse tra diversi soggetti»; c) «il

ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto (progettazione, realizzazione, attuazione, finanziamento)», mentre «il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi»; d) «la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato, nel quale sono trasferiti rischi di solito a carico del settore pubblico».

Il Libro Verde enuclea anche la distinzione tra il modello di **PPP di tipo puramente contrattuale** (fondato cioè esclusivamente su legami contrattuali tra i soggetti partecipanti) e quello di **PPP di tipo istituzionalizzato**, implicante «una cooperazione tra il settore pubblico ed il settore privato in seno ad un'entità distinta». Ai primi si farà essenzialmente riferimento in questa sede, potendo dunque limitarmi a ricordare, per completezza di prospettiva, che nel PPP istituzionalizzato (PPPI), il quale realizza una sorta di entificazione dell'interesse comune (del partner pubblico e di quello privato), rientra, come fattispecie più rilevante, quella delle società miste, delle quali si è occupata la comunicazione della Commissione europea del 5 febbraio 2008, ed anche la giurisprudenza comunitaria, oltre che quella nazionale <sup>1[1]</sup>, ma anche le fondazioni di partecipazione finalizzate allo svolgimento di servizi pubblici.

Nell'ambito del nostro ordinamento statale la figura generale delle società miste, enucleata dall'art. 1, comma 2, del codice dei contratti pubblici, ha trovato una particolarmente significativa applicazione nella gestione dei servizi pubblici locali, materia nella quale è intervenuta, in modo stratificato, una non sempre lineare produzione normativa, così frequente (a partire dalla fine degli anni '90 del secolo decorso), almeno con riguardo alle modalità di affidamento dei servizi, da assumere i connotati di una "riforma ossessiva", secondo un criterio di classificazione proposto in dottrina per qualificare gli interventi del legislatore <sup>2[2]</sup>. Basti pensare, limitando l'attenzione ai soli passaggi più significativi, come l'art. 113 del t.u.e.l. sia stato abrogato dall'art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, a sua volta interessato dal referendum abrogativo del 12/13 giugno 2011; la nuova disciplina è dunque stata introdotta dall'art. 4 del d.l. n. 138 del 13 agosto 2011 (c.d. manovra di ferragosto), poi modificato dall'art. 25 del d.l. n. 1 del 23 gennaio 2012 (c.d. decreto "cresci Italia"). Pur nella diversità delle due figure di partenariato ora indicate, il Libro Verde e, soprattutto, la disciplina normativa di diritto interno e le inerenti problematiche applicative evidenziano, quale punto di contatto, oltre al profilo collaborativo, la comune esigenza di individuare regole di scelta del partner privato compatibili con la piena operatività del principio di concorrenzialità.

---

<sup>1[1]</sup> Cfr. Corte Giustizia, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08, Acoset, nonché 6 maggio 2010, in causa C-145/08, Club Hotel Loutraki; per la giurisprudenza nazionale giova ricordare la sentenza di Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1.

<sup>2[2]</sup> Vandelli, *Psicopatologia delle riforme quotidiane*, Bologna, 2006.

L'enucleazione della nozione di PPP consente fin da ora di inferire come il partenariato non costituisca un istituto giuridico, quanto piuttosto una “nozione descrittiva”<sup>3[3]</sup>, idonea ad includere «modelli di relazioni stabili tra soggetti pubblici e privati, in funzione del perseguimento di obiettivi sostanzialmente coincidenti, in un'ottica che privilegia il principio del buon andamento dell'amministrazione pubblica e l'efficienza dell'azione amministrativa, tutte le volte in cui, per volontà del legislatore, o per reciproca convenienza dei partner, gli interessi pubblici e privati si intrecciano ai fini dello svolgimento in comune di un'attività di rilevanza pubblica»<sup>4[4]</sup>. Il partenariato descrive, dunque, un modello di organizzazione ed al contempo di azione amministrativa; in questa seconda prospettiva è stato rilevato che esso «immette nuovi sistemi di *governance* nell'amministrazione pubblica, [...] immaginati per coniugare gli strumenti d'imperio con quelli tipici del consenso»<sup>5[5]</sup>. Trattandosi, come detto, di un modello di azione fondato sul contratto, evidentemente spetta all'atto negoziale la composizione dell'interesse pubblico e di quello privato, tendenzialmente divergenti.

## **2. L'ambito oggettivo del PPP**

La conferma che si verta al cospetto di uno “schema ricostruttivo” viene dalla norma di cui all'art. 3, comma 15 ter, del codice dei contratti pubblici, nel testo novellato essenzialmente con il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, alla cui stregua «i contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi».

E' stato sottolineato come la norma in questione «non indica il contrassegno distintivo unitario della categoria PPP, e si limita a recepire, ed in misura oltretutto parziale, le indicazioni del diritto

---

<sup>3[3]</sup> M.P. Chiti, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in Id. (a cura di), *Il partenariato pubblico privato*, Napoli, 2009.

<sup>4[4]</sup> Così Mastragostino, *Premessa*, in Id. (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, XVII-XVIII.

<sup>5[5]</sup> Dugato, *Il partenariato pubblico-privato : origine dell'istituto e sua evoluzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 56.

europeo senza fare alcun cenno al regime che sovrintende alle relazioni tra i soggetti»<sup>6[6]</sup>; occorre dunque interpretare la disposizione in esame alla luce dei criteri indicati dalla Commissione europea con il Libro Verde del 2004.

Seguendo i criteri enunciati da tale documento, sembra anzitutto doversi escludere dal PPP il contratto di appalto, difettando nel medesimo il requisito della durata relativamente lunga della collaborazione. Si tratta di notazione rilevante, in quanto consente di escludere la coincidenza dell'ambito del partenariato con quello dell'attività contrattuale, *stricto sensu* intesa, dell'Amministrazione, che, ove configurabile, non consentirebbe una duplicazione di concetti, in ossequio del principio occamistico, secondo cui "*entia non sunt multiplicanda sine necessitate*".

Guardando poi alla esemplificazione contenuta nell'art. 3, comma 15 ter, risultano correttamente riconducibili al modello partenariale la concessione (di lavori, *melius*, di costruzione e gestione, e di servizi), il *project financing*, nonché le società miste; l'art. 44 del d.l. n. 1 del 2012 (sulle liberalizzazioni) ha inquadrato in tale **ambito aperto** anche il contratto di disponibilità, nuova fattispecie sulla quale si tornerà nel prosieguo della trattazione, come pure sulla finanza di progetto, dovendosi dare conto delle ultime riforme legislative.

Più problematica potrebbe apparire la integrale ascrivibilità della locazione finanziaria nell'ambito del PPP, potendo la medesima riguardare, secondo quanto è dato evincere dall'art. 160 bis del codice dei contratti pubblici, la realizzazione, ovvero l'acquisizione od il completamento di opere pubbliche; verosimilmente può inquadrarsi nel PPP la locazione in cui prevalente è l'attività inerente alla disponibilità e manutenzione dell'opera realizzata dal privato (c.d. *leasing operativo*)<sup>7[7]</sup>.

Pur non essendo indicato dalla norma costituisce una forma di PPP anche il *global service*, come pure (in tale caso è la norma a precisarlo) l'affidamento a contraente generale, nella misura in cui il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto od in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi.

Il profilo casualmente caratterizzante le fattispecie di PPP è rinvenibile nella gestione in collaborazione dell'opera o nella fornitura del servizio, e nella connessa distribuzione dei rischi tra soggetto pubblico e privato.

Il che consente (pur non potendosi, in questa sede, approfondire il discorso, che richiederebbe anzitutto un'opera di perimetrazione di nozioni, sovente polisense) di porre in evidenza come, pur permanendo ambiti di sovrapposizione, il partenariato si differenzi concettualmente dall'esternalizzazione, nonché dalla sussidiarietà nella declinazione orizzontale, ove queste, nei rispettivi campi elettivi di operatività, superino il paradigma collaborativo, finendo per attribuire

---

<sup>6[6]</sup> In termini Cartei, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2010, 7.

<sup>7[7]</sup> Cfr. Cartei, *op. ult. cit.*, 8.

ampi margini di autonomia al privato, e ponendosi come prodromiche alla privatizzazione della funzione pubblica, ovvero, tutt'al contrario, come avviene nel caso delle società *in house*, si pongano come un modulo organizzativo di impresa pubblica, che in nessun modo prelude ad una *partnership* con il privato <sup>8[8]</sup>. Mentre il partenariato, «con accettabile approssimazione, può ritenersi un modello di azione amministrativa fondato sul “fare insieme” di soggetti pubblici e privati, pur se con funzioni, interessi e ruoli differenti e variabili secondo il tipo di collaborazione» <sup>9[9]</sup>.

### 3. Il regime giuridico

Come riconosciuto dal Libro Verde della Commissione e dalle successive Comunicazioni interpretative del 2005 e del 2008, manca una disciplina unitaria del PPP a livello europeo, ed anche a livello nazionale, con la conseguenza che parametro di riferimento per le varie figure di partenariato sono le norme ed i principi derivanti dal Trattato, ovviamente per i profili non specificamente disciplinati per le singole fattispecie tipiche di partenariato.

Ciò significa che «in tutti i casi in cui una figura inquadrabile nel *genus* PPP implichi l'affidamento ad un privato di un'attività economica, essa è soggetta alle norme ed ai principi del Trattato istitutivo» <sup>10[10]</sup>.

In particolare, il par. 30 del Libro Verde afferma che «il regime che deriva dalle disposizioni pertinenti del Trattato può essere riassunto negli obblighi seguenti : fissazione delle norme applicabili alla selezione del partner privato, pubblicità adeguata riguardo all'intenzione di assegnare una concessione ed alle norme che regolamentano la selezione al fine di permettere un controllo dell'imparzialità nel corso della procedura, messa in concorrenza reale degli operatori potenzialmente interessati e/o in grado di garantire lo svolgimento dei compiti in questione, rispetto del principio di parità di trattamento di tutti i partecipanti nel corso della procedura, aggiudicazione sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori».

Viene dunque in rilievo il principio di libera concorrenza, di cui agli artt. 81 e ss. del Trattato CE, imponente che anche nel caso di PPP la scelta del partner privato avvenga tramite una procedura di valutazione comparativa concorrenziale, cui si connettono strettamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità (artt. 18, 49 e 56 del Trattato), prevalentemente concernenti i criteri di aggiudicazione, che devono essere obiettivi, non potendo,

---

<sup>8[8]</sup> Per un approfondimento si veda Cortese, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 38 ss.

<sup>9[9]</sup> Dugato, *Il partenariato pubblico-privato : origine dell'istituto e sua evoluzione*, cit., 57.

<sup>10[10]</sup> In termini Sciuillo, *Le dinamiche collaborative tra pubblico e privato ed i principi generali di riferimento*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 27.

ad esempio, consentirsi modifiche dei prestabiliti elementi essenziali del progetto, quand'anche integranti miglioramenti tecnici.

Dai principi di parità di trattamento e di non discriminazione derivano anche quelli di trasparenza e di pubblicità, sempre funzionali al controllo di imparzialità del procedimento di gara.

Dalle comunicazioni interpretative della Commissione si evince anche l'inerenza ai PPP dei principi di mutuo riconoscimento e di proporzionalità; il primo, relativo alla libera circolazione di merci, persone e servizi, importa il vincolo, per gli Stati membri dell'Unione, di accettare i corrispondenti prodotti e servizi offerti da soggetti di altri Paesi; il principio di proporzionalità rileva nei PPP nel senso di precludere alle Amministrazioni di esigere, nella selezione del partner, capacità tecniche, professionali o finanziarie sproporzionate rispetto all'oggetto del partenariato stesso.

Appare palese da quanto esposto che si applicano al partenariato principi inferibili dalla normativa comunitaria degli appalti, la quale, pur non coincidendo con quella sul partenariato, ha un obiettivo valore referenziale, anche allo scopo di scongiurare l'utilizzazione di tali strumenti in una logica anticompetitiva.

E' importante ricordare che l'ultimo periodo del comma 15 ter dell'art. 3 del d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce come, fatti salvi gli obblighi di comunicazione normativamente previsti, «alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat»; in sintesi, la norma ha l'effetto pratico di richiamare la decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, che, nel definire le caratteristiche fondamentali di un'operazione di PPP, e quindi per essere classificata *off-balance* (senza impatto sul debito pubblico), pone l'accento proprio sui rischi che devono obbligatoriamente gravare sul partner privato.

#### **4. Il project financing**

La finanza di progetto <sup>11[11]</sup>, introdotta nell'ordinamento italiano con la legge 18 novembre 1998, n. 415 è attualmente disciplinata, nei suoi aspetti principalmente procedurali, dagli artt. 153 e seguenti del codice dei contratti pubblici, nel testo successivamente modificato.

Il nucleo caratterizzante è dunque costituito da un'operazione di finanziamento a lungo termine, idonea a descrivere una forma di PPP di tipo contrattuale.

In termini semplicemente descrittivi, accade che un soggetto privato, il quale assume la qualità di "promotore", coinvolgendo *partners* industriali e bancari, si impegna a realizzare una infrastruttura

---

<sup>11[11]</sup> Nell'esposizione si è fatto principalmente riferimento a Fantini, *I contratti finanziari*, in *L'appalto pubblico e gli altri contratti della P.A.* (diretto da Caringella, Protto), Bologna, 2012, 1159 ss.

pubblica, o di pubblica utilità, accollandosene, almeno in parte, il costo, e traendo la propria remunerazione dalla successiva gestione dell'opera<sup>12[12]</sup>.

Puo' dunque affermarsi che il *project financing* non è solo una modalità di realizzazione delle opere pubbliche alternativa alla concessione, od all'appalto, ma costituisce essenzialmente una tecnica di finanziamento<sup>13[13]</sup>.

A meglio riflettere, con riferimento alla natura giuridica, il discorso è piuttosto complesso, come dimostra il dibattito nella dottrina, specie civilistica, in quanto il *project financing* non è riconducibile in una categoria contrattuale tipica; sembra dunque corretto parlare di un «fenomeno contrattuale globale, inteso come mezzo per gestire e ripartire il rischio connesso al progetto fra i soggetti coinvolti dall'iniziativa. L'istituto ... non può essere letto in chiave atomistica, ma quale risultato del collegamento negoziale fra molteplici rapporti giuridici in cui gli interessi, gli obblighi e le responsabilità rendono difficile qualificare come terzo uno dei soggetti partecipanti all'iniziativa rispetto alle prestazioni rese dagli altri soggetti coinvolti»<sup>14[14]</sup>.

Ed invero si cumulano nel *project financing* profili progettuali (intesi in senso ampio) e profili contrattuali, essenzialmente riguardanti i rapporti tra i vari soggetti che intervengono nell'operazione complessa, specie ai fini del suo finanziamento<sup>15[15]</sup>; si intende anche dalle

---

<sup>12[12]</sup> Come noto, la controprestazione in favore del concessionario consiste nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente i lavori realizzati per il periodo di durata della concessione stessa; peraltro l'art. 143, comma 4, del d.lgs. 163/2006 consente al concedente anche la previsione, in sede di gara, di un prezzo (sostanzialmente, di un contributo), qualora venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti ed alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare.

<sup>13[13]</sup> Diversa natura sembra invece avere l'**affidamento a contraente generale** per la realizzazione di opere infrastrutturali, disciplinato dall'art. 176 del codice dei contratti pubblici, e caratterizzato in primo luogo dal riconoscimento di un'ampia autonomia al soggetto aggiudicatore a fronte del raggiungimento dell'obiettivo (e cioè di un'obbligazione di risultato), e poi anche dall'anticipazione, da parte dello stesso, di tutti o parte dei mezzi finanziari occorrenti per la realizzazione dell'opera. Viene infatti in rilievo, come momento caratterizzante la figura del *general contractor*, il pagamento del corrispettivo, il cui finanziamento è dunque solo anticipato; egli non si accolla neppure i rischi della gestione (a differenza di quanto avviene nella concessione e nel *project financing*), «potendo ... contare sulla piena remunerazione dell'opera, della quale anticipa solamente i costi di realizzazione e di cui non svolge la gestione ...»: così Chirulli, *L'affidamento a contraente generale*, in *I contratti con la Pubblica Amministrazione*, II, a cura di Franchini, Torino, 2007, 957. Ciò comporta che, nonostante qualche convergenza con la finanza di progetto (desumibile, ad esempio, dal fatto che è prevista, anche in tale caso, la costituzione di una società di progetto), rimangono prevalenti le diversità; il compito del *general contractor* si esaurisce con l'esecuzione dell'opera, mentre il *project financing* è basato «sullo sviluppo dinamico dell'operazione: sulla possibilità di gestire l'opera e di trarre dai frutti della gestione il compenso per i finanziatori dell'operazione, sia che abbiano concorso a formare capitale di credito sia che abbiano concorso a formare capitale di rischio»: così Cintoli, *Profili ricostruttivi del general contractor*, in *Finanza di progetto*, a cura di Morbidelli, Torino, 2004, 57. Occorre peraltro ricordare nuovamente come anche l'affidamento a contraente generale rientri, a norma dell'art. 3, 15° ter comma, nell'alveo dei contratti di partenariato pubblico-privato allorché il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto od in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi.

<sup>14[14]</sup> Malinconico, *Il project financing*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. IV, *Le tipologie contrattuali*, diretto da Sandulli, De Nictolis, Garofoli, Milano, 2008, 2613.

<sup>15[15]</sup> Sui profili civilistici dell'istituto cfr. Carriere, *Finanza di progetto (Project Financing) (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 597 ss.

considerazioni che precedono come l'*ubi consistam* di tale istituto sia ravvisabile nell'integrazione del profilo finanziario con quello della realizzazione e gestione di un'infrastruttura.

E' peraltro indubbio che, dal punto di vista strutturale, ruota intorno alla concessione di costruzione e gestione dell'opera (la quale costituisce, del resto, la prima forma di partenariato pubblico-privato, risalente alla fine dell'ottocento), nel senso che chi si aggiudica la gara, esegue l'opera con lo strumento concessorio, ciò implicando l'affidamento ad un medesimo soggetto, cui viene trasferito il rischio, della progettazione, dell'esecuzione e della gestione funzionale ed economica dell'opera stessa.

La distinzione tra *project* e concessione di lavori pubblici va ravvisata negli «aspetti a monte e a valle della concessione : a monte, la presenza di una pluralità di finanziatori e di garanti, a valle la costituzione di un'unica entità economica per la gestione dell'opera» <sup>16[16]</sup>.

Guardando al piano economico dell'operazione, la preponderanza del ruolo dei privati è anche criterio selettivo delle opere suscettibili di essere realizzate con la finanza di progetto; si basa infatti sulle prospettive reddituali e sui flussi di cassa (*cash flow*) ritraibili dall'iniziativa, e quindi richiede una valutazione dell'equilibrio (*melius* : capacità) economico-finanziario, non già del realizzatore, ma del progetto che si propone; «ne consegue che il *project financing* non è uno strumento adatto a tutte le iniziative che richiedono elevati investimenti, ma solo a quelle dotate di un rapporto di leva tale da rendere l'iniziativa affidabile, prescindendo dalle garanzie e dall'equilibrio economico-finanziario dei suoi promotori. L'iniziativa viene, pertanto, valutata esclusivamente o prevalentemente sulla base dei profitti che può generare» <sup>17[17]</sup>.

La peculiarità del *project financing* risiede dunque nella sua capacità di attrarre finanziamenti privati per realizzare un'opera di cui è stata previamente verificata la capacità di autofinanziarsi (si parla in genere di “opere calde” o “*self-liquidating*”) <sup>18[18]</sup>.

Il recente decreto “liberalizzazioni” (d.l. 24 gennaio 2012, n. 1) prevede inoltre, all'art. 43, il ricorso al *project financing* anche per la realizzazione di infrastrutture carcerarie.

---

<sup>16[16]</sup> Ancora Malinconico, *op. cit.*, 2613.

<sup>17[17]</sup> In questi termini si è espressa la determinazione 18 luglio 2000, n. 34 dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, in [www.autoritalavoripubblici.it](http://www.autoritalavoripubblici.it).

<sup>18[18]</sup> Il discorso appare comunque piuttosto articolato, potendosi riconoscere, accanto alle cc.dd. “opere calde” ed alle “opere fredde”, anche le “opere tiepide”, per le quali occorre il contributo del soggetto pubblico, ma che comunque generano un flusso di capitali, che le rende appetibili all'imprenditore (si pensi, in ambito sanitario, alla costruzione e gestione di complessi ospedalieri, ove al privato possono essere riservati servizi complementari, di carattere industriale e commerciale, come il servizio di pulizia, o quello di ristorazione, ma anche veri e propri servizi sanitari tra cui i laboratori di analisi, la farmacia ospedaliera, le camere a pagamento) : cfr., in argomento, Luberti, *La finanza di progetto nel codice degli appalti*, in *Urb. e app.*, 2008, 694 ss.

Sul versante giurisprudenziale, si sottolinea che il *project financing* comporta espressamente la valutazione della vantaggiosità dell'offerta, ricavabile dal piano economico-finanziario, assumendo rilievo, al riguardo, la valutazione della capacità di autofinanziamento ed ogni valutazione (considerata di pubblico interesse) sulla effettiva e concreta redditività dell'operazione : cfr. C. Stato, sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2979, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 7, 2008.



Dal punto di vista operativo, nell'ordinamento italiano, la struttura tipica del *project* è quella del Bot (*build, operate and transfer*), in cui una società ottiene la concessione per costruire e gestire un'opera, che viene conferita alla mano pubblica dopo un arco temporale predeterminato, sufficiente a remunerare il capitale impiegato.

Occorre precisare come l'ambito oggettivo del *project financing* non sia limitato alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità programmati (oltre che di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati)<sup>19[19]</sup>, estendendosi anche ai servizi, nei limiti delle compatibilità sistemiche, secondo quanto inferibile dall'artt. 152, comma 3, ed anche dall'art. 156, comma 1, del codice dei contratti pubblici<sup>20[20]</sup>.

Quanto, poi, all'ambito soggettivo, va osservato come il "novellato" art. 153, all'ottavo comma, ammette alla procedura di gara i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario (anche associando o consorziando altri soggetti)<sup>21[21]</sup>, oltre che dei requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38.

## 5. (Segue) Il procedimento

Con queste premesse (e precisato altresì che differente è la disciplina della finanza di progetto per le infrastrutture strategiche, in ordine alla quale è stato recentemente introdotto l'art. 169 bis ed è stato sostituito l'art. 175 del codice dei contratti pubblici ad opera dell'art. **41 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201**), va osservato come il terzo decreto correttivo del 2008 abbia profondamente innovato il procedimento amministrativo connesso alla realizzazione di interventi finanziati in tutto od in parte con risorse private, a seguito dei rilievi critici espressi dalla Commissione europea, riscrivendo integralmente l'art. 153 del d.lgs. 153/2006, in tale modo incidendo peraltro anche sul suo assetto funzionale<sup>22[22]</sup>.

Se, dunque, prima del d.lgs. 152/2008, l'affidamento con il sistema del *project financing* contemplava la presentazione del progetto da parte del promotore (prima fase, ideativa), la procedura ristretta per la scelta delle due offerte economicamente più vantaggiose (seconda fase), ed

---

<sup>19[19]</sup> Secondo la formulazione dell'art. 143 del codice dei contratti pubblici.

<sup>20[20]</sup> La disciplina dell'affidamento in finanza di progetto dei contratti di concessione di servizi è contenuta nell'art. 278 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici.

<sup>21[21]</sup> Si tratta, in particolare, degli artt. 95 e 96 del d.p.r. 207/2010.

<sup>22[22]</sup> E' opportuno sottolineare come C. Stato, sez. cons. atti normativi, con il parere 14 luglio 2008, n. 2357/08, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it), 7-8, 2008, reso sullo schema del decreto recante il terzo correttivo al codice dei contratti pubblici, abbia manifestato perplessità sull'utilità della permanenza dell'istituto del *project financing*, che, nella nuova configurazione, «finisce con l'essere un inutile duplicato dell'istituto della concessione ...; le uniche differenze che rimangono, infatti, attengono all'oggetto dell'offerta, che nella concessione comprende il progetto definitivo, e qui il preliminare, e alla possibilità del "promotore" di chiedere l'inserimento di un nuovo intervento nel programma. Entrambi sono discutibili e in particolare la seconda comporta pericolose interferenze con quella attività di programmazione che è bene rimanga prerogativa della P.A.».

infine la procedura negoziata tra i presentatori delle offerte ed il promotore per l'individuazione del concessionario (terza fase) <sup>23[23]</sup>, ragione per cui, nel passato, poteva effettivamente parlarsi di un procedimento ad iniziativa di parte, l'art. 153 prefigura ora, secondo la lettura preferibile, **tre moduli procedurali principali** <sup>24[24]</sup>, finalizzati all'adozione di una concessione, che rimane dunque il perno del *project financing*, tutti presupponenti lavori inseriti nella programmazione triennale.

Può dunque, allo stato, condividersi l'affermazione secondo cui «l'espressione *project financing* indica ... non una procedura di affidamento, ma un risultato (la realizzazione di opere pubbliche con il concorso di capitali privati), che può essere raggiunto con molteplici procedure» <sup>25[25]</sup>.

Il **primo modello** di *project financing*, disciplinato dai commi 1-14 dell'art. 153, è quello con **gara unica**, previo bando per singola opera pubblica, e senza prelazione, che prevede l'indizione di una gara sulla base di uno studio di fattibilità predisposto dall'Amministrazione <sup>26[26]</sup> (il recente **d.l. 22 giugno 2012, n. 83, all'art. 3**, prevede che lo studio di fattibilità sia redatto dal personale delle Amministrazioni aggiudicatrici in possesso dei requisiti soggettivi necessari per la sua predisposizione in funzioni delle diverse professionalità coinvolte nell'approccio multidisciplinare, ed in caso di carenza di tale personale in organico la redazione dello studio di fattibilità può essere affidato a soggetti esterni, individuati mediante procedure di gara) e dell'impiego del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in tale caso l'offerta consiste nella predisposizione del progetto preliminare e deve contenere un piano economico-finanziario asseverato da una banca, nonché la specificazione del servizio e della gestione.

Si tratta, in sintesi, di una concessione con tutta la progettazione affidata al concessionario, non solo, dunque, quella definitiva ed esecutiva <sup>27[27]</sup>, ma anche quella preliminare.

Esaminate le offerte, l'Amministrazione aggiudicatrice redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; quindi pone in approvazione il progetto preliminare.

---

<sup>23[23]</sup> Le maggiori problematiche applicative hanno riguardato la seconda e la terza fase del procedimento, come dimostra l'analisi della giurisprudenza, ed in particolare l'estensione della valutazione compiuta dall'Amministrazione sulle proposte dei promotori : a titolo esemplificativo cfr. C. Stato, sez. V, 20 maggio 2008, n. 2355, in *Urb. e app.*, 2008, 1107 ss.

<sup>24[24]</sup> Cfr. anche D'Arienzo, *La finanza di progetto al vaglio della giurisprudenza amministrativa dopo il terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 9, 2009. Deve aggiungersi, per completezza di esposizione, come, per effetto dell'art. 41 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito nella l. 22 dicembre 2011, n. 214, sia divenuta autonoma la disciplina della finanza di progetto per le infrastrutture strategiche, ora contenuta nel novellato art. 175 del codice dei contratti pubblici.

<sup>25[25]</sup> De Nictolis, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2008, 1231.

<sup>26[26]</sup> Il cui contenuto è disciplinato dall'art. 14 del d.p.r. 207/2010.

<sup>27[27]</sup> Come è, appunto, nel caso della concessione di lavori pubblici ai sensi dell'art. 143 del d.lgs. 163/2006.

Può accadere che il progetto preliminare richieda delle modifiche per essere approvato; altrimenti può procedersi direttamente alla stipula della concessione.

Nel caso di modifiche necessarie, l'Amministrazione, ove il promotore non accetti di modificare il progetto, può richiedere progressivamente ai concorrenti collocati successivamente in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore, alle stesse condizioni.

La stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario (comma 11).

Nel caso in cui l'affidamento avvenga in favore di soggetto diverso dal promotore originariamente prescelto, questi ha solamente il diritto al rimborso, da parte dell'aggiudicatario, delle spese, che non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara (comma 12).

Il **secondo modello** di *project financing*, delineato dal comma quindicesimo, è caratterizzato dalla **doppia gara**, previo bando, e con diritto di prelazione.

Si ha, in sintesi, l'indizione di una gara sulla base di uno studio di fattibilità, con la precisazione peraltro, nel bando, che la procedura (improntata, anch'essa, al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma la sola attribuzione al medesimo del diritto di prelazione<sup>28[28]</sup>.

Più nel dettaglio, la gara enuclea tre fasi : la prima è costituita dalla presentazione del progetto preliminare; l'Amministrazione individua l'offerta migliore e nomina promotore il presentatore dell'offerta, ponendo poi il progetto preliminare in approvazione. La seconda fase è costituita da una procedura selettiva indetta sulla base del progetto preliminare approvato e l'offerta è valutata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La terza fase evidenzia due possibili alternative : quella in cui non siano presentate offerte economicamente più vantaggiose,

---

<sup>28[28]</sup> La giurisprudenza, pur riconoscendo l'unitarietà della procedura selettiva, tende a distinguere la fase preliminare dell'individuazione del promotore dalla successiva fase propriamente selettiva finalizzata all'affidamento della concessione; mentre la seconda costituisce una vera e propria gara soggetta ai principi comunitari e nazionali in materia di evidenza pubblica, la scelta del promotore, ancorché procedimentalizzata, e quindi entro certi limiti sindacabile in sede giurisdizionale, è connotata da amplissima discrezionalità amministrativa, in quanto intesa non già alla scelta della migliore offerta sulla base di criteri tecnici ed economici predeterminati, ma alla valutazione dell'esistenza stessa di un interesse pubblico che giustifichi, alla luce della programmazione delle opere pubbliche, l'accoglimento della proposta formulata dall'aspirante promotore : in termini C. Stato, ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155, in *Foro it.* 2010, 7-8, 374, nonché C. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011, n. 843, in [www.LexItalia.it](http://www.LexItalia.it), 2, 2011. Una problematica connessa a quanto esposto (in quanto la soluzione dipende dal rapporto tra le due fasi), e spesso dibattuta in giurisprudenza, è se sussista l'interesse a ricorrere avverso la scelta del *promoter* da parte di una società che non abbia partecipato alla successiva fase della gara per l'aggiudicazione della concessione : cfr. in argomento Mattalia, *Project financing, un istituto in continua evoluzione*, in *Giur. it.*, 2011, 1198 ss., nota a C. Stato, sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7277, da ultimo **C. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2012, n. 1**, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2, 2012, ha affermato l'onere di immediata impugnazione dell'atto di scelta del promotore da parte dei concorrenti non prescelti.

con conseguente aggiudicazione del contratto al promotore, e quella in cui, al contrario, vi siano offerte, nel quale caso l'Amministrazione individua l'offerta migliore, ed il promotore ha quarantacinque giorni di tempo per adeguare la propria offerta a quella ritenuta migliore; in tale evenienza il contratto è aggiudicato al promotore, mentre, in difetto di adeguamento dell'offerta da parte di quest'ultimo, il contratto è aggiudicato al presentatore della migliore offerta.

Anche tale tipo di *project financing* si concretizza dunque, dal punto di vista contenutistico, nell'affidamento di una concessione di progettazione integralmente a carico del privato.

Il **terzo modello** procedurale, previsto dal comma 16, presuppone invece l'inerzia dell'Amministrazione dopo l'approvazione dell'elenco annuale, ed è **ad iniziativa privata**; nell'ipotesi in cui nell'elenco annuale siano inserite opere finanziabili in tutto od in parte con risorse private, e l'Amministrazione ometta entro i sei mesi dall'approvazione dell'elenco di pubblicare i bandi, i soggetti in possesso dei requisiti prescritti, entro i successivi quattro mesi, possono presentare una proposta avente il contenuto dell'offerta; nel successivo termine di sessanta giorni l'Amministrazione provvede, anche in presenza di una sola offerta, a pubblicare un avviso contenente i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla cui stregua valutare le proposte.

Entro novanta giorni dalla pubblicazione dell'avviso, gli operatori che hanno presentato l'offerta, possono rielaborarla e riproporla alla luce dei predetti criteri; nei successivi sei mesi le Amministrazioni aggiudicatrici esaminano le proposte ed individuano quella ritenuta di pubblico interesse.

Se il progetto preliminare richiede delle modifiche, viene indetto un dialogo competitivo (purchè si tratti di appalto particolarmente complesso), ponendo a base il progetto preliminare e la proposta; se il progetto non necessita di modifiche, viene approvato e posto a base di gara per la concessione, cui è invitato il promotore, ovvero, ancora, a base di una gara ai sensi del 15° comma, lett. c), d), e), f).

Si tratta, in definitiva, di un *project financing* su iniziativa del privato, implicante comunque la pubblicazione di un avviso, e che apre poi la strada a tre procedure alternative, a seconda che il progetto preliminare chieda o meno delle modifiche.

Segmento comune ai tre subprocedimenti è la prima fase, che viene attivata con la presentazione di una o più proposte, dalle quali deriva l'obbligo dell'Amministrazione di pubblicare l'avviso indicante i criteri di valutazione della proposta stessa; da tale avviso decorre anche il termine entro cui chi ha già presentato una proposta può rielaborarla, alla luce dei criteri di valutazione resi noti, ovvero altri soggetti interessati possono presentare ulteriori proposte.

Si assiste, dunque, ad una deroga alla regola generale in forza della quale nessuna opera può essere inserita nell'elenco annuale di cui all'art. 128 del codice dei contratti pubblici, se non munita di progetto preliminare.

Da ultimo, il d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. "decreto sviluppo"), convertito nella legge 12 luglio 2011, n. 106 <sup>29[29]</sup>, dichiaratamente perseguendo l'obiettivo di estendere il campo di applicazione della finanza di progetto, ha novellato il diciannovesimo comma dell'art. 153, attribuendo un maggiore rilievo alla possibilità che siano gli operatori economici a presentare una proposta di realizzazione in concessione di lavori pubblici (od anche mediante locazione finanziaria), seppure non presenti nella programmazione triennale di cui all'art. 128.

La procedimentalizzazione di tale iniziativa "straordinaria" fa sì che debba attualmente riconoscersi un **quarto modello** di *project financing*, che si potrebbe forse definire **ad iniziativa totalmente privata**, concepito nei termini seguenti : la proposta contiene un progetto preliminare, un piano economico-finanziario (comprensivo anche delle spese sostenute per la predisposizione della proposta) asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

L'Amministrazione entro tre mesi valuta il pubblico interesse della proposta e può chiedere al proponente di apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione; se tali modifiche non vengono predisposte, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse.

Il progetto preliminare, eventualmente modificato, viene dunque inserito nella programmazione triennale ed è posto in approvazione; il proponente è tenuto ad effettuare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione (in difetto, il progetto si intende non approvato).

Superata questa fase finalizzata ad inserire il progetto di iniziativa privata nella programmazione pubblica triennale, il progetto è posto a base di gara per l'affidamento della concessione; alla medesima è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore.

Il bando riconosce al promotore il diritto di prelazione, che può essere esercitato entro quindici giorni dalla comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione definitiva.

Se il promotore, non risultato aggiudicatario, non esercita la prelazione, ha comunque diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, nei limiti indicati dal comma 9; specularmente, ove il promotore eserciti la prelazione, l'originario aggiudicatario, negli stessi limiti, ha diritto al pagamento, da parte del promotore, delle spese per la predisposizione dell'offerta.

## **6. (Segue) La società di progetto**

---

<sup>29[29]</sup> Si tratta, specificamente, dell'art. 4, comma 2, lett. q), del d.l. 70/2011.

Descritto l'*iter* procedimentale, occorre precisare ora che, a seguito dell'affidamento della concessione, l'aggiudicatario può (o deve, a seconda delle prescrizioni della *lex specialis* di gara) costituire una società di progetto in forma di società per azioni od a responsabilità limitata, anche consortile (art. 156 del d.lgs. 163/2006).

Detta società diventa concessionaria a titolo originario, subentrando all'aggiudicatario nel rapporto di concessione, senza necessità di approvazione od autorizzazione <sup>30[30]</sup>; i lavori da eseguire od i servizi da prestare si intendono svolti in proprio dalla società di progetto anche nel caso in cui siano stati affidati direttamente ai propri soci in possesso dei prescritti requisiti.

Il che vale a connotare la società di progetto come «veicolo della operazione in qualità di collettore di risorse, piuttosto che di esecutore materiale dei lavori» <sup>31[31]</sup>; costituisce, in altri termini, il veicolo finanziario per la realizzazione dell'intervento (con terminologia anglosassone, *special purpose vehicle*, in acronimo S.P.V.).

La creazione di una società di progetto trova il suo fondamento di razionalità principalmente nell'esigenza di tutelare i soggetti finanziatori dell'intervento <sup>32[32]</sup>, distinguendosi, con la tecnica del patrimonio separato, l'attività di realizzazione dell'opera dalle vicende che riguardano il concessionario quale imprenditore; si garantisce così che le risorse dei soggetti finanziatori vengano destinate unicamente alla realizzazione del progetto e non ad altra finalità.

Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società ed a garantire l'adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo; ciò significa che la circolazione delle quote azionarie è limitata agli altri soci (in particolare, banche ed investitori istituzionali).

Ai sensi dell'art. 157 del d.lgs. 163/2006, nel testo novellato dal d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (recante «disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività») e convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27, le società costituite al fine di realizzare e gestire una singola infrastruttura od un nuovo servizio di pubblica utilità possono emettere, previa autorizzazione dell'organo di vigilanza, **obbligazioni, nominative od al portatore**, anche in deroga ai limiti prescritti dall'art. 2412 del c.c. (vale a dire di importo complessivo non superiore al doppio del capitale sociale), purchè destinate alla sottoscrizione da parte degli investitori qualificati (cioè dotati delle conoscenze necessarie a valutare la situazione di rischio). Si tratta del c.d. *project bond*,

---

<sup>30[30]</sup> La norma precisa che il subentro non costituisce cessione di contratto, pur risultando abbastanza difficile spiegare in termini giuridici un subentro a titolo originario, anche a supporre la configurabilità di un negozio a titolo abdicativo.

<sup>31[31]</sup> Malinconico, *Il project financing*, cit., 2640.

<sup>32[32]</sup> Cfr., in argomento, Zaccheo, *La società di progetto*, in *Finanza di progetto*, cit., 125 ss.

il cui fine è quello di facilitarne l'emissione e di coinvolgere nel finanziamento delle opere pubbliche l'intero sistema finanziario, e non solo quello bancario, e la cui disciplina ha trovato, da ultimo, attuazione, specie sotto il profilo del trattamento fiscale, nel **d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (recante misure urgenti per la crescita del Paese : c.d. “decreto Sviluppo”)**.

La legge disciplina altresì l'ipotesi della risoluzione della concessione per inadempimento del concedente, come pure quella della revoca per motivi di pubblico interesse, riconoscendo al concessionario, tra l'altro, il diritto al rimborso del valore delle opere realizzate, al netto degli ammortamenti, e comunque dei costi effettivamente sostenuti, nonché un indennizzo per il mancato guadagno, parametrato al dieci per cento del valore delle opere ancora da eseguire, o del servizio ancora da gestire, valutato tenendo conto del piano economico-finanziario (art. 158)<sup>33[33]</sup>.

L'art. 159 prevede, ancora, che, nei casi di risoluzione del rapporto concessorio per motivi attribuibili al concessionario, gli enti finanziatori possono impedire lo scioglimento del contratto, designando una società che subentri nella concessione al posto del concessionario, e che deve essere accettata dall'Amministrazione a condizione che abbia caratteristiche tecniche e finanziarie equivalenti a quelle possedute dal concessionario al momento dell'affidamento, e che l'inadempimento del concessionario cessi entro i novanta giorni successivi.

L'art. 160, comma 1, contempla, infine, un privilegio generale (*ex art. 2745 del c.c.*) sui beni mobili del concessionario in favore dei crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di servizi pubblici.

## **7. Il contratto di disponibilità**

Il d.l. n. 1 del 2012 ha poi introdotto, nel corpo dell'art. 3 del codice dei contratti pubblici, il comma 15-bis, che, quale ulteriore modalità di partenariato pubblico-privato, prevede il “contratto di disponibilità”, definito come «il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa del destinatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'Amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un

---

<sup>33[33]</sup> Occorre rilevare, anche in tale prospettiva, la peculiarità del regime della revoca della concessione di *project financing* ai sensi dell'art. 159 del d.lgs. 163/2006 rispetto alla disciplina generale della revoca del provvedimento amministrativo incidente su rapporti negoziali; ed invero, mentre nel caso della finanza di progetto la revoca comporta il rimborso al concessionario del valore delle opere realizzate, costituente il c.d. danno emergente, ed anche di un indennizzo pari al dieci per cento del valore delle opere ancora da eseguire, o della parte del servizio ancora da gestire, costituente il c.d. lucro cessante, in via generale la conseguenza patrimoniale della revoca è costituita da un (meno favorevole) indennizzo commisurato al solo danno emergente, e per di più suscettibile di riduzione, dovendosi tenere conto dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, ed anche dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico. E', questo, il regime della revoca del provvedimento desumibile dall'art. 21 quinquies della legge generale sul procedimento amministrativo (legge 7 agosto 1990, n. 241 e s.m.i.) : cfr. in argomento Fantini, *La revoca di provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2 ss.

corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'Amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti».

Lo schema causale del contratto consiste dunque nella “messa a disposizione” dell'opera, a fronte del versamento di un corrispettivo da parte dell'Amministrazione; si tratta dunque di un contratto a prestazioni corrispettive <sup>34[34]</sup>.

La peculiarità di tale contratto è data dal fatto che, benché l'opera da realizzare sia destinata allo svolgimento di un pubblico servizio, una volta realizzata, rimane, ordinariamente, di proprietà privata (**non è dunque opera pubblica in senso proprio**, ed è questa, se non erro, l'unica ipotesi contemplata nel codice dei contratti pubblici), ed è posta a disposizione dell'Amministrazione che ha bandito la gara, e che versa un “canone di disponibilità” all'affidatario. E' interessante sottolineare come si verta dunque al cospetto della realizzazione di un bene privato con le modalità dell'evidenza pubblica (con quanto ne consegue anche sul piano del riparto della giurisdizione) in ragione del vincolo di destinazione alla “messa a disposizione” in favore di un soggetto pubblico.

L'affidatario è tenuto ad effettuare tutti e tre i livelli della progettazione, assume il **rischio della costruzione** (comprensivo del ritardo nell'ultimazione dell'opera, del mancato rispetto degli standard progettuali, del mancato completamento dell'opera, dell'aumento dei costi di costruzione, ed anche, a quanto sembra, delle eventuali varianti che vengano realizzate in fase esecutiva) e della **gestione tecnica** dell'opera, ed è tenuto ad effettuare le manutenzioni, anche per vizi sopravvenuti, al fine di garantire all'Amministrazione la costante fruibilità dell'opera stessa, come si evince anche dal successivo art. 160-ter del d.lgs. n. 163 del 2006. Spetta dunque al privato la manutenzione ordinaria e straordinaria, e non può escludersi la prestazione di servizi accessori (come quello di pulizia o guardiania) «che pur non essendo riconducibili in senso proprio alla nozione di gestione tecnica, possono tuttavia farsi rientrare nel concetto ampio di fruibilità dell'opera» <sup>35[35]</sup>.

Nel contratto di disponibilità, diversamente che nella concessione di costruzione e gestione, l'alea contrattuale del partner privato non si concentra nella fase di gestione economica, gravando sull'Amministrazione il pagamento di un canone di disponibilità (da versare in corrispondenza all'effettiva disponibilità dell'opera, in mancanza della quale il canone è proporzionalmente ridotto

---

<sup>34[34]</sup> Si è proposta l'assimilazione del contratto di disponibilità nella sua forma essenziale con una sorta di locazione di cosa futura a prestazioni aggravate per il locatore, mentre laddove sia previsto anche il trasferimento della proprietà del bene all'Amministrazione, con la vendita di cosa futura : si veda in proposito Robaldo, *Il contratto di disponibilità*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 5, 2012, 1-2.

<sup>35[35]</sup> Così Mangani, *Il contratto di disponibilità : una nuova forma di partenariato pubblico privato. Prime riflessioni a seguito del decreto “liberalizzazioni”*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2, 2012, 3.



od annullato), ma piuttosto nella fase di costruzione e progettazione <sup>36[36]</sup>. Sembra dunque, pur imponendosi una più meditata riflessione, che nel contratto di disponibilità la fase di esecuzione dei lavori sia svincolata dalla disciplina generale, prevedendo peraltro l'art. 160-ter, ai commi 5 e 6, che il progetto definitivo e quello esecutivo siano approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'Amministrazione aggiudicatrice, e che l'attività di collaudo spetti alla Stazione appaltante.

La gestione tecnica è garantita da una cauzione che copre le penali relative al mancato od inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla messa a disposizione, e che deve essere parametrata al dieci per cento del costo annuo operativo di esercizio.

Il contratto in esame presenta significativi margini di flessibilità, ed è possibile che all'affidatario sia riconosciuto un contributo in corso d'opera (non superiore al 50% del costo di costruzione dell'opera) in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'Amministrazione, ovvero, in alternativa od in aggiunta a questo, un prezzo di trasferimento (parametrato al valore di mercato residuo dell'opera) da corrispondere al termine del contratto.

La gara è celebrata sulla base di un capitolato prestazionale, predisposto dall'Amministrazione aggiudicatrice, mentre le offerte devono contenere il progetto preliminare (il progetto definitivo e quello esecutivo sono redatti all'esito dell'aggiudicazione). Il criterio di aggiudicazione previsto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, richiedente la valutazione del progetto preliminare, ma verosimilmente anche del canone di disponibilità.

Il contratto deve prevedere il limite di riduzione del canone di disponibilità, anche a tutela dei soggetti finanziatori, superato il quale il contratto è risolto.

Non è specificato dall'art. 160-ter se l'area destinata alla realizzazione dell'opera debba essere già di proprietà dell'ente al momento della gara e poi destinata all'aggiudicatario (nel qual caso si porrebbe il problema delle aree demaniali), ovvero se possa essere acquisita od espropriata anche dopo la gara, ma la seconda appare l'opzione ermeneutica preferibile.

**\* Relazione tenuta al corso di formazione e aggiornamento dei magistrati amministrativi tenutosi in Roma, presso il TAR Lazio, nei giorni 2 e 3 luglio 2012.**

---

<sup>36[36]</sup> In termini Romanenghi, *Il decreto legge liberalizzazioni. Breve analisi di alcune modifiche introdotte dal D.L. Liberalizzazioni al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e appalti*, 2012, 503.

---