

**PROJECT FINANCING:  
IL DIFFICILE VIATICO SEGUITO DAL LEGISLATORE  
ITALIANO NELL'OPERA DI RECEPIMENTO DEI PRINCIPI  
COMUNITARI DETTATI IN MATERIA DI FINANZA DI  
PROGETTO ALLA LUCE DEL D.D.L. DI RIFORMA STATALE N.  
3320 -S. E DEL RECENTE D.D.L. LICENZIATO DALLA  
REGIONE CAMPANIA**

**Gerardo Guzzo**

(Avvocato e Professore di “Organizzazione Aziendale” presso l’UNICAL)

*Sommario: 1. Introduzione. 2. L’evoluzione del project financing alla luce della legge n. 266 del 23 dicembre 2005 (Finanziaria 2006); 3. Il disegno di legge di riforma del project financing n. 3320-S.; 4. Brevi cenni riguardo l’ipotesi di partenariato pubblico privato prevista dalla direttiva 2004/18/Ce; 5. Il disegno di legge approvato dalla Giunta della Regione Campania il 9 gennaio 2006; 6. Considerazioni finali.*

**1. Introduzione.**

Il presente lavoro si propone di esaminare l’evoluzione normativa che recentemente ha interessato il sistema di finanziamento delle opere pubbliche o di pubblica utilità denominato *project financing*, introdotto nel sistema ordinamentale italiano dagli articoli 37 – *bis* e seguenti della legge n. 109/94 e s. m. e integrazioni, che ne costituiscono l’attuale paradigma normativo. Si ritiene opportuno iniziare lo svolgimento dell’odierno contributo con l’esame del primo tentativo di riforma, in tema di finanza di progetto, entrato a regime successivamente alla legge quadro sulle opere pubbliche e costituito dai commi 583 – 593 dell’art. unico della legge n. 266/05 (Finanziaria 2006). Tali disposizioni, infatti, hanno introdotto alcuni elementi di novità rispetto al dato di diritto positivo vigente in materia, costituito dall’impianto normativo della legge "Merloni". Gli elementi di novità segnalati possono identificarsi nel tentativo, operato dal legislatore nazionale, di introdurre fattori di semplificazione e di contestuale accelerazione dei tempi di definizione della procedura. Una rivisitazione dello strumento della finanza di progetto che privilegi la speditezza del procedimento comporta, tuttavia, un prezzo da pagare. Nello specifico, si registra l’erosione di alcune garanzie già codificate dal diritto comunitario, quali la parità di trattamento, la tutela della concorrenza, il divieto di discriminazione. Si tratta di aspetti che, nel complesso, mostrano la presenza di alcune zone d’ombra in quello che, tutto sommato, costituisce un serio tentativo di adattamento della disciplina nazionale, in *subiecta materia*, alla più attuale normativa comunitaria. Qualche perplessità, assimilabile a quelle suscitate dal troncone di Finanziaria

costituito dai commi da 583 a 593 della legge n. 266/05, solleva anche lo stesso d.d.l. n. 3330 – S., al momento al vaglio della Commissione Lavori Pubblici del Senato, nonché il recente d.d.l. licenziato dalla Giunta della Regione Campania, lo scorso 9 gennaio 2006. Quest’ultimo elaborato, come quello nazionale, non sembra particolarmente rispettoso delle coordinate tracciate dal Giudice comunitario in tema di massima partecipazione alla gare e, dunque, di tutela della concorrenza, apparendo, nondimeno, affetto da vizi di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 41 e 117, comma 1, lett. e) della Carta. Il rilievo investe la parte dell’articolato che espunge, a differenza del vigente impianto normativo statale, la previsione della procedura di evidenza pubblica nella scelta dell’offerta più vantaggiosa. Per esigenze sistematiche, infine, si ritiene opportuno inserire tra l’esame della disciplina di riforma nazionale e quella elaborata dalla Regione Campania, una breve trattazione del PPP, codificato per la prima volta, *de jure condendo*, all’interno del d.d.l. n. 3320 – S., ancora all’esame della Commissione Lavori Pubblici del Senato.

## ***2. L’evoluzione della disciplina del project financing alla luce della legge n. 266, del 23 dicembre 2005 (Finanziaria 2006).***

I commi da 583 a 593 dell’articolo unico della legge n. 266, del 23 dicembre 2005, dedicati alla “Presentazione di proposte per la realizzazione di insediamenti turistici di qualità di interesse nazionale”, costituiscono la prima modifica sistematica apportata in tema di *project financing*, dal 1998 ad oggi, anno di ingresso nel sistema ordinamentale italiano della finanza di progetto. Si tratta di un ventaglio di norme che, dettate dall’esigenza di valorizzare il comparto turistico al fine di innalzare il livello occupazionale nel settore, si atteggiano a disciplina speciale.<sup>1</sup> Il legislatore della legge finanziaria per l’anno 2006, dunque, ha ritenuto utile impiantare nel comparto delle grandi strutture ricettive parte delle norme, già codificate in materia di affidamento in concessione, costituite dagli articoli 37 - *bis* e seguenti della legge n. 109/94 e s. m. e i.. Si tratta di un reticolo di disposizioni legislative, nel complesso, particolarmente interessante per gli operatori del settore turistico, dal momento che apre alla possibilità di realizzare insediamenti alberghieri, “anche tramite concessioni di beni demaniali marittimi”, mediante proposte presentate alla Regione competente. La condizione imprescindibile per l’avvio della procedura in questione è che si tratti di insediamenti turistici di qualità, caratterizzati “dall’elevato livello dei servizi erogati e dalla idoneità ad attrarre flussi turistici anche internazionali” (comma 585), purché, secondo quanto disposto dallo stesso comma 585, sia garantita la compatibilità ambientale, la capacità di tutela e di valorizzazione culturale del tessuto circostante. Quanto ai soggetti legittimati a presentare le proposte alle Regioni, il successivo comma 586, dell’art. unico della L. n. 266/05, introduce una sostanziale novità rispetto all’elenco dei promotori *in nuce*, descritto nell’art. 37 – *bis*, giacché è possibile scorgervi il riferimento agli *enti locali territorialmente competenti, anche in forma associata*. A questi ultimi, con una previsione dal carattere residuale, lo stesso

---

<sup>1</sup> Il comma 585 dell’art. unico della legge 285 prevede espressamente che “In ogni caso gli insediamenti turistici di cui ai commi da 583 a 593 devono assicurare un ampliamento della base occupazionale mediante l’assunzione di un numero di addetti non inferiore a 250 unità”.

comma 586, aggiunge “i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi e finanziari, definiti da apposito regolamento da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro delle attività produttive, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, con il Ministro dell’economia e delle finanze e con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio”. Sono abilitati a presentare delle proposte, infine, tutti quegli operatori cui fa riferimento l’art. 10, L. 109/94 e s. m. e i., secondo una previsione già utilizzata nell’art. 37 - *bis* della citata legge. Di particolare rilievo risulta, poi, il portato del comma 588, che fissa i criteri in base ai quali la Regione valuterà le proposte pervenute. Si tratta di parametri che lasciano all’ente regionale un’ampia discrezionalità tecnica, dal momento che il progetto deve essere vagliato “(...) sotto il profilo della fattibilità e della qualità costruttiva, urbanistica e ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, del costo di gestione e di manutenzione, dei tempi di ultimazione dei lavori per la realizzazione degli impianti e delle infrastrutture e opere pubbliche connesse”. Tali criteri sono, in parte, rintracciabili nell’art. 37 - *ter* della legge quadro sulle opere pubbliche. Tuttavia, tra gli stessi, non è possibile cogliere alcun riferimento al valore economico e finanziario del piano degli investimenti, cui pure il comma 587, dell’art. unico della L. 266/05, fa espresso riferimento in sede di elencazione dei documenti che devono essere allegati alla proposta, pena irricevibilità. Questo aspetto, invero, suscita qualche perplessità dal momento che non sembra obbligare la Regione a tenere conto del piano economico finanziario, in sede di valutazione delle proposte, nonostante esso, per dirla con le parole utilizzate dal Consiglio di Stato “costituisce l’elemento centrale della proposta”.<sup>2</sup> Non secondaria, inoltre, risulta la previsione contenuta nel comma 587, a tenore della quale gli stessi soggetti cui viene affidata la realizzazione dell’insediamento turistico possono realizzare infrastrutture e servizi ad esso connessi, trovando applicazione, in tal caso, l’art. 104 del d.p.r. n. 917 del 22 dicembre 1986 e s. m. e i. (T.U.I.R.). Quanto alla procedura volta a valutare le proposte presentate, bisogna evidenziare come l’ultimo periodo del comma 588 riconosca una sorta di corsia preferenziale a quelle finalizzate al recupero e alla bonifica di aree compromesse sotto il profilo ambientale e paesaggistico, oltre che di impianti industriali dimessi. Più in particolare, si può dire che la Regione, entro trenta giorni dalla presentazione delle singole proposte, è tenuta a verificare che non sussistano elementi ostativi all’accoglimento e, a seguito di una valutazione comparata delle stesse, anche in contraddittorio con i soggetti interessati, ad individuare, nei successivi sessanta giorni, quelle di pubblico interesse. A tal proposito non può non rilevarsi come la legge nulla dica in merito al termine finale

---

<sup>2</sup> Cfr. Consiglio di Stato, V sezione, sentenza n. 6287, del 10 novembre 2005. I magistrati di Palazzo Spada con l’arresto segnalato hanno avuto modo di chiarire che “(...) nel project financing il piano economico finanziario costituisce l’elemento centrale della proposta (come del resto emerge dall’art. 37 bis, che ne esige l’asseveramento da parte di un istituto di credito), in quanto dalle sue previsioni dipende la validità dell’iniziativa (“le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo” fra l’altro “del valore economico e finanziario del piano”) e la redditività dell’investimento. La proposta del promotore non può quindi essere valutata indipendentemente dal piano economico e finanziario e se questo risulta incongruo, la proposta non può che essere valutata inidonea allo scopo”.

entro il quale le proposte devono essere presentate, con la conseguenza che la Regione potrà vedersi arrivare ogni trentuno giorni una proposta e non avere, pertanto, il tempo di poterla valutare unitamente ad altre, pervenute oltre il trentesimo giorno dalla precedente e riguardanti la stessa opera, stante la prescrizione temporale imposta dal comma 589. Si tratta di un aspetto abbastanza controverso che il legislatore in tema di finanza di progetto ha risolto secondo quanto previsto dal comma 1 dell'art. 37 – *bis*, legge n. 109/94 e s. m. e i., vale a dire fissando quale termine orientativo per la presentazione delle proposte il 30 giugno e quale termine ultimo, perentorio, il successivo 31 dicembre, qualora entro il 30 giugno non sia pervenuta alcuna proposta. Le preoccupazioni sollevate sono confermate dalla lettera del successivo comma 590 nella parte in cui stabilisce che le amministrazioni interessate, alle quali *la proposta* viene trasmessa dalla Regione - entro i sessanta giorni successivi al decorso dei trenta dal ricevimento - sono tenute “entro il termine perentorio di trenta giorni dalla ricezione della documentazione relativa alla *proposta* ovvero, in caso di procedura ad evidenza pubblica ai sensi del comma 592, entro trenta giorni dall'aggiudicazione”, a formulare le loro valutazioni alla Regione competente. Questo significa che il legislatore ha contemplato la possibilità che la Regione si trovi a dover valutare anche singole proposte, formulate a distanza di tempo (oltre trenta giorni dall'ultima), con la conseguenza che l'eventuale scelta della precedente non necessariamente significherà la scelta più vantaggiosa per la p.a.. Ad ulteriore conforto dell'assunto opera anche il successivo comma 592, richiamato dal citato comma 590. La norma in questione, infatti, disciplina proprio il caso in cui alla Regione arrivino più proposte relative alla stessa concessione di beni demaniali. In questi casi la Regione è tenuta ad indire una procedura concorsuale, assimilabile a quella prevista dall'art. 37 – *quater* della legge n. 109/94 e s. m. e i., proprio al fine di scegliere, pare di capire, due *sparring partners* da porre a confronto con l'offerta del promotore. Anche in questo caso non è possibile inferire dalla lettera della norma, con certezza, se si tratti di una procedura concorsuale intermedia nel senso sopra descritto, atteso il generico riferimento alle procedure di cui all'art. 37 - *quater* della legge quadro sulle opere pubbliche. Tuttavia, militano a favore della tesi della positiva applicazione della norma richiamata alla procedura oggetto di scrutinio, sia la circostanza che a base della gara viene posta la proposta presentata dal promotore che il fatto che lo stesso confronto concorsuale si svolga con il criterio proprio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In sostanza, anche la realizzazione di strutture turistiche di rilevanza nazionale, mediante la tecnica della finanza di progetto, presenta la stessa scansione procedurale di quella generale e paradigmatica descritta dagli articoli 37 – *bis* e seguenti della legge n. 109/94 e s. m. e i.. Il corollario che discende dal richiamo all'art. 37 – *quater*, compiuto dal comma 592, è che il legislatore della Finanziaria 2006, al pari di quello della legge quadro sulle opere pubbliche, ha inteso riconoscere in capo al promotore il diritto di prelazione. Infine, è utile ricordare la previsione all'interno della procedura in esame della stipula di un accordo di programma tra tutte le amministrazioni cui la proposta viene trasmessa dalla Regione ai sensi del comma 589, accordo di programma che ha “l'effetto di determinare le eventuali e conseguenti variazioni degli strumenti

urbanistici e di sostituire le concessioni edilizie, nel rispetto delle condizioni di cui al citato art. 34 del testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000 (T.U.E.L.)”, lasciando impregiudicata l’applicazione delle disposizioni di cui al d.lgs. n. 42, del 22 gennaio 2004, ove incompatibili con l’atto concertato. In conclusione, l’ipotesi *spuria* di *project financing* prevista dalla legge 266/05 presenta le stesse incertezze applicative riscontrate negli art. 37 – *bis* e seguenti della legge quadro sulle opere pubbliche, con l’aggiunta di qualche ulteriore elemento di riflessione, quale quello della assenza di un qualsiasi riferimento temporale entro il quale presentare le singole proposte e quello del mancato riferimento al piano economico finanziario tra i criteri di *orientamento* della scelta della Regione, cui la proposta viene trasmessa.

### **3. Il disegno di legge di riforma del *project financing* n. 3320 –S.**

Alcune delle incertezze che hanno caratterizzato fino ad oggi l’impiego del meccanismo di finanziamento del *project financing* trovano cittadinanza anche nel d.d.l., rubricato n. 3320 –S., attualmente al vaglio della Commissione dei Lavori Pubblici del Senato. Ciononostante, il testo scrutinato dalla Commissione può, a giusto titolo, essere considerato un organico tentativo di riforma della disciplina in tema di finanza di progetto che muove nella direzione dell’osservanza di alcuni principi fissati dalla giurisprudenza comunitaria. Nondimeno, l’articolato in esame si apprezza per aver introdotto alcuni significativi elementi di novità. In particolare, viene codificata, per la prima volta, l’ipotesi contrattuale del “Partenariato Pubblico – Privato”<sup>3</sup>. Il legislatore, in questo modo, ha introdotto una nuova forma di collaborazione pubblico privato che si differenzia, in parte, dal tradizionale meccanismo del *project financing*. Viene fatta salva, tuttavia, la consolidata previsione a tenore della quale l’apporto partecipativo del privato viene incentivato attraverso il riconoscimento della possibilità di gestire economicamente “l’opera eseguita”, proprio al fine di consentirgli di recuperare le somme investite. La regolamentazione di questa nuova figura contrattuale ha posto la necessità di ridefinire il concetto di “promotore” che, inevitabilmente, presenta una estensione longitudinale più ampia rispetto al passato. Lo stesso art. 1, comma 2, lett. h), infatti, stabilisce che i “promotori” sono “ i soggetti che richiedono, con le modalità di cui alla presente legge, l’affidamento di una concessione o di un contratto di PPP”. La dilatazione della nozione è evidente e si giustifica proprio in ragione della introduzione del contratto di partenariato pubblico privato. Il successivo art. 2, rubricato “Programmazione”, non presenta particolari elementi di novità che lo differenzino dal comma 1 dell’art. 37 – *bis* della legge n. 109/94 e s. m. e integrazioni. Anche questa norma riconosce ai privati la possibilità di elaborare delle proposte di intervento da inserire nel “programma triennale delle opere pubbliche”, con allegato studio di fattibilità. L’elemento di novità rispetto al precetto contenuto nell’art. 37 – *bis* può essere colto nella lettera b) del comma 2 dell’art. 2, che

---

<sup>3</sup> L’art. 1, comma 2, lett. e), definisce il PPP come “il contratto con il quale un soggetto aggiudicatore affida ad un soggetto privato una concessione o un altro contratto che comunque comporta la partecipazione dello stesso al finanziamento nonché alla gestione tecnica o economica dell’opera eseguita”.

riconosce la possibilità ai privati interessati di presentare non solo una proposta finalizzata ad ottenere l'affidamento della concessione di costruzione e gestione, ma anche "altra forma di PPP", purché nel rispetto dei termini e dei modi fissati dalla legge. Naturalmente la presentazione delle proposte non determina l'emersione di alcun obbligo di esame e di valutazione in capo ai soggetti aggiudicatori così come l'eventuale inserimento di studi di fattibilità o di proposte di intervento all'interno dei programmi non comporta la nascita di alcun diritto al compenso o alla "realizzazione degli interventi proposti" per il soggetto interessato. Nella strutturazione del d.d.l. n. 3320 – S., assume particolare importanza la pubblicazione dell'avviso con il quale vengono rese pubbliche le opere che possono essere eseguite mediante apporto privato. Si tratta di una disposizione che, in buona parte, riproduce il contenuto dell'art. 37 – *bis*, comma 2 - *bis* della legge n. 109/94 e s. m. e integrazioni, come modificato dall'art. 24 comma 9, della legge n. 62/05. Tuttavia, non può non annotarsi una minore precisione rispetto al precetto attualmente in vigore, dal momento che nella formulazione del comma 2 – *bis*, dell'art. 37 – *bis*, la pubblicazione dell'avviso deve avvenire "entro venti giorni dall'avvenuta redazione dei programmi di cui al comma 1" (quello triennale appunto), mentre nella lettera dell'art. 2 del d.d.l. non è possibile rinvenire alcuna prescrizione temporale del genere. Ma vi è di più. La norma scrutinata nulla dice in merito alle modalità di pubblicazione dell'avviso che, secondo il disposto del comma 2-*bis* citato, deve avvenire "con le modalità di cui all'art. 80 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554". Non è, invece, riscontrabile alcuna differenza rispetto alla disciplina oggi vigente in merito alla fissazione del termine ultimo previsto per la presentazione delle proposte che, per effetto dell'art. 3, comma 2 del d.d.l., resta stabilito entro il 30 giugno, ovvero, nel caso in cui non siano pervenute proposte per quella data, il 31 dicembre. Lo stesso articolo 3, rubricato "Presentazione della proposta", al comma 3, rinvia al d.pr. n. 554 del 1999 per la fissazione dei requisiti sia del promotore che dei soggetti affidatari di contratti di PPP. Il comma 4 dell'art. 3, disciplina il contenuto della proposta formulata dal privato. In sostanza, viene riprodotta la lettera del comma 1 dell'art. 37 – *bis*, L. 109/94 e s. m. e integrazioni con una importante differenza: manca alcun riferimento allo "studio di inquadramento territoriale ed ambientale" previsto nella disciplina oggi vigente. Per il resto, viene confermata la centralità del piano economico – finanziario (lett. c) che deve essere asseverato da un istituto di credito o da una società di servizi, "costituita da un istituto di credito ed iscritta nell'elenco generale degli intermediari finanziari (...) o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966". Importante pare l'inciso successivo, a tenore del quale l'attività di asseverazione non determina, per l'asseverante, l'emersione di alcun obbligo di finanziamento della realizzazione dell'opera. In definitiva la funzione dell'asseverazione è quella di attestare l'idoneità della proposta "ad acquisire i necessari finanziamenti" tenendo conto delle condizioni di mercato presenti al momento della presentazione della proposta, oltre quella di verificare che il piano economico - finanziario sia "correttamente redatto, alla luce del costo delle opere, della gestione e dei ricavi di gestione". Quanto agli altri elementi che integrano

il contenuto della proposta, fissati nel comma 4, dell'art. 3, lettere a) – e), essi riproducono quelli già previsti nell'art. 37 – *bis*, L. 109/94 e s. m. e i.. Infatti, è possibile annotare la necessità di un “progetto preliminare del lavoro da eseguire” (lett. *a*), purché non sia già stato redatto dal promotore, contenente la dettagliata indicazione “delle modalità tecniche ed economiche della gestione proposta”; la bozza del “contratto proposto” (lett. *b*); la necessità che un soggetto terzo, abilitato, versi la cauzione “di buon adempimento”, nell'ipotesi di positivo riscontro della proposta di concessione o di PPP (lett. *d*); infine, la documentazione delle spese sostenute ed assunte per la presentazione della proposta (lett. *e*). Il successivo art. 4, rubricato “ Esame della proposta da parte del soggetto aggiudicatore”, si apre recependo quanto previsto dall'attuale comma 2 – *ter* dell'art. 37 – *bis*, norma che il legislatore della riforma ha ritenuto di non collocare, per ragioni sistematiche, tra quelle dedicate alla regolamentazione della presentazione delle proposte inserendola tra i precetti dettati in materia di valutazione delle stesse. In particolare, le lettere a) e b) prevedono, rispettivamente, la prima, la nomina del responsabile del procedimento e la contestuale comunicazione dello stesso al promotore nel termine di giorni quindici dalla ricezione della proposta; la seconda, la successiva verifica della completezza della documentazione presentata cui può fare seguito - si presume sempre nel medesimo termine di giorni quindici - una dettagliata richiesta di integrazione. Le disposizioni più significative contenute nell'art. 4 sono, indubbiamente, i commi da 4 a 6. Infatti, mentre il comma 2 si limita ad elencare i cinque criteri in base ai quali i soggetti aggiudicatori valutano le proposte pervenute, precisando alla lettera d) che l'amministrazione procedente è chiamata a valutare anche la opportunità di realizzare l'opera senza ricorrere alla formula contrattuale alternativa del PPP, i rimanenti commi (4-6), non introducono alcun elemento di novità rispetto ai meccanismi di selezione delle proposte presentate, mostrando, in questo modo, una sostanziale indifferenza verso le sollecitazioni provenienti da certa giurisprudenza amministrativa nazionale e comunitaria. Infatti, seguendo l'esempio del legislatore della legge quadro, anche il legislatore della riforma non ha ritenuto opportuno introdurre il meccanismo dell'evidenza pubblica nella scelta delle proposte da ritenere di pubblico interesse. A tal proposito, si rileva che, già in precedenza, alcune pronunce del Giudice amministrativo<sup>4</sup> avevano evidenziato la necessità di applicare le regole proprie di una gara pubblica, a partire dalla fase della scelta della proposta. Tale esigenza si pone con maggior forza, *de jure condendo*, alla luce dell'art. 4 del d.d.l. in commento. L'assunto trae origine dalla circostanza che mentre in precedenza il Consiglio di Stato aveva ritenuto che la valutazione delle proposte

---

<sup>4</sup> Tar Toscana - Firenze, sentenza n. 2860, del 2 agosto 2004. Secondo i magistrati fiorentini“(…) non appare plausibile sostenere (…) che la fase di scelta del promotore - pur con le sue peculiarità - non debba rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare per la scelta del contraente in materia di opere e di servizi pubblici: depongono in tali sensi sia il chiaro ed esplicito nesso di presupposizione funzionale che lega la proposta del promotore dichiarata di pubblico interesse e l'indicazione dell'oggetto della successiva gara per l'affidamento della concessione per la realizzazione dell'opera per cui si è fatto ricorso alle risorse finanziarie del promotore, nonché la stessa previsione normativa anche comparativo delle proposte presentate (...)”.

rientrasse nel più ampio concetto di discrezionalità amministrativa<sup>5</sup>, giustificando il proprio convincimento mediante il riconoscimento all'amministrazione del compito di valutare se il progetto proposto avesse o meno i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma era stato concepito - applicando prima i criteri di cui all'art. 37 - *ter* per poi esaminare la proposta sotto il profilo del pubblico interesse - il nuovo articolo 4 del d.d.l. in esame, invece, rende del tutto insostenibile siffatta trama motivazionale. Ciò è dovuto al particolare che nel nuovo testo, al vaglio della Commissione Lavori Pubblici del Senato, è scomparso ogni riferimento ai criteri di cui all'art. 37 - *ter*, legge n. 109/94 e s. m. e integrazioni. Più nel dettaglio, all'interno dell'articolato in questione non è possibile cogliere alcun riferimento a quei criteri ai quali il Consiglio di Stato ancorava la valutazione di rispondenza al pubblico interesse della proposta, quali *“il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché la qualità progettuale, la funzionalità, la fruibilità dell'opera, l'accessibilità al pubblico, il rendimento, il costo di gestione e di manutenzione, la durata della concessione, i tempi di ultimazione dei lavori della concessione, le tariffe da applicare, la metodologia di aggiornamento delle stesse, il valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione.* Si tratta di un aspetto di non poco momento, giacché lascia le p.a. prive di qualsiasi riferimento paradigmatico nella scelta delle proposte e nella successiva valutazione comparata delle stesse. Nello specifico, mentre nell'attuale testo dell'art. 37 - *ter* la valutazione comparata delle proposte ritenute di pubblico interesse avviene sulla base dei criteri fissati nell'avviso di cui all'art. 37 - *bis*, nella formulazione dell'art. 4 del d.d.l., invece, è stato espunto ogni riferimento a quei parametri paradigmatici di cui le stazioni appaltanti dovrebbero tener conto nella fissazione dei criteri di scelta del promotore, qualora si rendesse necessaria una analisi comparata delle proposte. Appare evidente, allora, come una norma così strutturata non fornisce alcuna garanzia di imparzialità nella scelta, ponendosi in contrasto con il più generale principio di buon andamento della pubblica amministrazione, codificato dall'art. 97 della Costituzione. Ancora. Un contenuto precettivo siffatto finisce per vulnerare anche gli stessi principi comunitari di *par condicio* e concorrenza, in considerazione del fatto che il d.d.l. n. 3320 - S riconosce, al pari dell'attuale disciplina, in capo al promotore il diritto di prelazione, cioè la possibilità di modificare la propria proposta tarandola sui contenuti di quella considerata più favorevole dall'amministrazione all'esito della procedura di evidenza pubblica prevista nella seconda fase del procedimento (art. 5). Tale circostanza comprimendo inviolabili garanzie partecipative costituisce un autentico passo indietro rispetto al portato legislativo oggi vigente, esponendo l'impianto normativo, ancora allo studio della Commissione senatoriale, a facili censure come quelle sopra articolate. Sarebbe auspicabile che il legislatore,

---

<sup>5</sup> Consiglio di Stato, sentenza n. 6287, del 10 novembre 2005; già cit.. In particolare il supremo Organo di giustizia amministrativa ha avuto modo di chiarire che *“(...)“ la valutazione” non può essere espressione della discrezionalità tecnica, propria delle commissioni giudicatrici, bensì, costituisce la manifestazione della volontà del titolare stesso della cura dell'interesse pubblico cui l'intervento è preordinato, analogamente a quanto avviene - per le procedure ordinarie - con la scelta (ovvero l'approvazione) del progetto, sul quale interverrà la gara”*.

rimeditando sul punto, decida di anticipare l'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica già nella primissima fase della scelta del promotore, attraverso la previsione della nomina di organo neutro (una commissione) in grado di valutare tecnicamente, nell'assenza di precisi criteri di orientamento, quale tra le proposte risponda all'interesse pubblico e, dunque, sia realisticamente realizzabile per la p.a.. Il successivo art. 5 del d.d.l., rubricato "Procedura concorsuale", introduce alcuni elementi di novità rispetto all'attuale art. 37 – *quater*. Una prima innovazione riguarda la mancata pubblicazione dell'avviso di cui all'attuale comma 2- bis, dell'art. 37-*bis*. Il comma 5 del d.d.l. prevede che nell'ipotesi in cui la stazione appaltante non abbia pubblicato il citato avviso sia onere del promotore, pena rinuncia al diritto di prelazione, procedere alla pubblicazione dell'avviso entro il termine di trenta giorni "dalla presentazione della propria proposta (.....) a sua cura e spese". Tale pubblicazione dovrebbe avvenire, poi, con le stesse modalità con cui avrebbe dovuto provvedervi la p.a., inserendovi la propria proposta con l'espressa puntualizzazione che egli intende "disporre della facoltà di cui al comma 3 (art. 5)", cioè del diritto di prelazione. Si tratta di una norma piuttosto infelice, intanto perché, irragionevolmente, pone a carico del privato l'adempimento di un obbligo che grava sulla stazione appaltante, poi, perché il legislatore non ha ritenuto, nell'inerzia della p.a., comunque operante un precetto stabilito con legge dello Stato. Non è marginale, inoltre, che la disposizione, per come strutturata, incide anche sulla stessa speditezza della procedura di affidamento della concessione in *project financing* o mediante contratto di PPP, dal momento che, qualora il promotore si faccia carico di pubblicare l'avviso a sue spese, ciò comporterebbe un allungamento dei tempi per la presentazione delle altre proposte, che verrebbe prorogato (...) fino a tre mesi dalla pubblicazione dell'avviso". Interessante, sembra il successivo comma 6 dell'art. 5 che riconosce alla procedura negoziata, utilizzando un meccanismo in parte diverso dall'attuale disciplina dell'art. 37 – *quater*, un carattere meramente residuale. In sostanza, il comma 6, nel rimandare al precedente comma 3, stabilisce che il soggetto aggiudicatore "provvede ad aggiudicare la concessione mediante una procedura negoziata da svolgere tra il promotore e i soggetti presentatori delle due migliori offerte nella gara " oppure tra il promotore e l'unico soggetto che abbia partecipato alla gara, qualora sia stata presentata un'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto alla proposta formulata dal promotore sempre che quest'ultimo, nel termine di quarantacinque giorni dalla comunicazione fattagli dalla p.a., non abbia modificato la propria, rendendola altrettanto vantaggiosa, rinunciando di fatto al contratto. In sostanza, il legislatore della riforma ha previsto l'attivazione della procedura negoziata nella sola ipotesi in cui il promotore non abbia "potuto" e, dunque, voluto adeguare, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione della presentazione di un'offerta migliore della sua, la propria proposta a quest'ultima. La differenza rispetto all'attuale disciplina è evidente. In prima battuta, si annota come l'art. 5 del d.d.l. nulla dica su quale tipo di procedura di evidenza pubblica il soggetto aggiudicatore deve seguire per selezionare le due migliori offerte eventualmente da mettere in competizione con quella del promotore; in secondo luogo, pare di capire che nell'ipotesi in cui il promotore adatti la propria proposta a quella migliorativa

risultata dall'esito della gara, viene meno la stessa indispensabilità della successiva procedura negoziata, a differenza di quanto previsto dall'art. 37- *quater* che ne fissa l'imprescindibilità. Nel complesso, si tratta di una norma attraversata da una esigenza di speditezza che viene incontro ad un bisogno avvertito di accelerazione dei tempi di realizzazione delle opere pubbliche o di pubblica utilità, esigenza, questa, in qualche modo neutralizzata dall'eventuale ritardo legato alla dimenticanza della p.a. di pubblicare l'avviso che costringerebbe il promotore, a sue spese e cura, a rimediare, con conseguente dilatazione dei tempi di ultimazione dell'affidamento. Infatti, come cennato in precedenza, in sede di commento al comma 3, tale inconveniente comporterebbe uno slittamento dei tempi di presentazione delle altre proposte di almeno tre mesi a far data proprio dalla pubblicazione dell'avviso. Si tratta di una previsione tutto sommato inutile, attesa l'automatica applicazione delle norme imperative di legge anche nelle ipotesi di inadempimento amministrativo che costituiscano violazione delle stesse. Il comma 6 dell'art. 5, infine, stabilisce che qualora il promotore dovesse aggiudicarsi la concessione, l'indennizzo da versarsi ai concorrenti che hanno partecipato alla gara, di cui al precedente comma 1, dovrà essere pari alla cauzione prevista dal comma 5 dell'art. 4 del d.d.l.. Diversamente, vale a dire nel caso in cui aggiudicatario risulterà un concorrente diverso dal promotore, a quest'ultimo spetterà un *rimborso pari alle spese sostenute e agli impegni di spesa assunti*, purché documentate e, in ogni caso, non superiore della garanzia supplementare prestata, nel rispetto di quanto previsto dal precedente comma 4. Interessante è il successivo art. 6 che detta le norme relative al "Contenzioso". Esso rinvia espressamente al comma 2 dell'art. 14 del D.lgs. n. 190 del 2002. In sostanza, nelle controversie che riguardano "gli interventi oggetto della proposta di un promotore", l'eventuale sospensione o annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione della concessione in *project financing* non determina l'automatica risoluzione del contratto stipulato con il soggetto aggiudicatario. L'eventuale, successivo, risarcimento del danno, legato alla conculcazione di interessi legittimi o diritti soggettivi, dovrà avvenire necessariamente per equivalente, essendo espressamente escluso dalla norma richiamata il ristoro in forma specifica. La norma di chiusura del Capo I del d.d.l. è interamente dedicata "ai contratti di concessione e agli altri contratti di PPP". In particolare, il comma e dell'art. 7 introduce un vincolo di destinazione per i proventi tariffari e tributari generati *dall'opera realizzata e dal servizio gestito*. Il divieto segnalato può essere superato soltanto nel caso in cui il soggetto aggiudicatario ha provveduto a liquidare il proprio debito nei confronti del concessionario o affidatario del contratto di PPP. Lo stesso precetto prevede, inoltre, una ulteriore modalità di estinzione della posizione debitoria del soggetto aggiudicatario che consiste nella delegazione di pagamento oppure nella cessione dei proventi tariffari e tributari derivanti dall'opera realizzata o dal servizio gestito sempre a favore del privato concessionario o affidatario del contratto di PPP. Altro elemento di novità riguarda il contenuto del piano economico finanziario presentato dal privato promotore. Infatti, il comma 3 dello stesso art. 7, prevede che all'interno del documento in questione possa essere stabilito "il prezzo di restituzione dell'opera al soggetto aggiudicatario", limitatamente alla quota non

ammortizzabile durante il periodo di gestione. In ogni caso, il legislatore della riforma ha previsto uno sbarramento a carico del soggetto aggiudicatore il quale per coprire il prezzo di restituzione eventualmente previsto nel piano economico - finanziario, non potrà *avvalersi* di una quota superiore a due terzi del valore residuo dell'opera stimato al momento dell'avvenuta restituzione. Infine, l'ultimo comma dell'art. 7, estende l'applicazione delle norme contenute nel d.d.l. anche alle Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura le quali, in autonomia, possono presentare proposte di intervento ovvero studi di fattibilità, purché teleologicamente orientate a soddisfare finalità sociali o a promuovere lo sviluppo economico istituzionalmente affidato alle loro cure. L'ultimo inciso del comma 5, infine, riconosce agli enti camerali la possibilità di "aggregarsi" ad altri soggetti pubblici o privati nella elaborazione e presentazione di proposte di intervento o studi di fattibilità tesi a realizzare lavori pubblici assimilabili a quelli descritti e previsti dal precedente art. 2. Il Capo II, dedicato al "Finanziamento della società di progetto", si apre con l'art. 8, che delimita "l'Ambito di applicazione" delle norme contenute al suo interno. Una prima delimitazione investe i soggetti destinatari delle prescrizioni normative in esame che vengono identificati nelle *società di progetto concessionarie o affidatarie di altro contratto di PPP* e nei contraenti generali cui fa riferimento l'art. 9 del D.Lgs. n. 190 del 20 agosto 2002 e s. m. e i.. La norma nulla dice sulla forma che una società di progetto può assumere, dal momento che non è possibile cogliere all'interno del disposto legislativo alcun riferimento, neanche indiretto, al vigente articolo 37 – *quinquies*, L. 109/94 e s. m. e i.. Nel silenzio del legislatore della riforma, si ritiene ragionevole ipotizzare una conferma dell'attuale previsione legislativa con la conseguenza che le società di progetto, verosimilmente, potranno essere costituite sotto forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Parimenti, il d.d.l. oggetto di scrutinio nulla dice in merito al rapporto tra il privato concessionario o affidatario di PPP o di altro contratto e la costituita società di progetto. In sostanza, non è dato cogliere all'interno dell'art. 8 una disposizione assimilabile a quella contenuta all'interno del comma 1 dell'art. 37 – *quinquies*, che configura un subentro, nel rapporto di concessione, della società di progetto in luogo dell'aggiudicatario/concessionario, *senza necessità di approvazione o autorizzazione*. Più in particolare, la disciplina vigente non codifica alcuna ipotesi di cessione del contratto mentre, *de jure condendo*, si ritiene superfluo regolamentare la natura del rapporto che lega il privato affidatario/concessionario alla costituenda società di progetto. La differenza non è di poco conto, se solo si considera che sempre il comma 1 del citato art. 37 – *quinquies*, prevede la possibilità che nel bando di gara sia fissato l'obbligo a carico dell'aggiudicatario di costituire la società di progetto. Il seguente articolo 9, rubricato "Cessione dei crediti in garanzia", cristallizza la negoziabilità dei crediti vantati dalla società di progetto, al fine di agevolare la finanziabilità dell'investimento. La *ratio* della norma può essere colta nella circostanza che il disposto in esame espressamente prevede la possibilità che i crediti in questione possono costituire oggetto di pegno o essere ceduti in garanzia sia alle banche che ad altri soggetti finanziatori dell'investimento, *anche quando non siano ancora liquidi ed esigibili*. L'art. 10 riconosce ai crediti vantati dai soggetti finanziatori la natura di

“privilegiati”. Si tratta di un “privilegio generale” dal momento che essi possono essere soddisfatti prima di quelli ordinari “su tutti i beni mobili, materiali e immateriali, presenti e futuri, anche a consistenza variabile, e sui crediti della società, presenti e futuri” (art. 10, comma 1). La norma segnalata riproduce, nell’essenza, quanto oggi previsto dall’art. 37- *nonies* L. 109/94 e s. m. e i.. Il successivo comma 2, a conforto della sovrapposibilità delle due norme, stabilisce che il privilegio deve risultare, a pena di nullità, da atto scritto. Tuttavia, il legislatore della riforma è stato più preciso in ordine al contenuto del documento dal quale deve emergere la natura privilegiata del credito. A tal proposito, è richiesta l’identificazione nell’atto scritto, oltre che della società di progetto, anche dei creditori privilegiati, del loro rappresentante comune, dell’ammontare in linea capitale del finanziamento, della durata di quest’ultimo e dei documenti costitutivi il credito. La iscrizione del credito nel registro delle imprese costituisce il momento in cui questi acquista efficacia. Il comma 4, dell’art. 10, ha cura di precisare che i beni soggetti a credito privilegiato, non solo non possono essere interessati da altre forme di prelazione ma neppure possono essere pignorati danneggiando i creditori privilegiati. Si tratta di una norma tutto sommato abbastanza scontata dal momento che si limita a statuire quanto già disposto dal codice civile in tema di crediti privilegiati. Interessante, invece, è il successivo comma 6 che introduce una deroga al portato degli articoli 2747 e 2913 del codice civile. Tale previsione, infatti, riconosce al creditore privilegiato la possibilità di far valere il proprio credito in danno ai diritti dei terzi sorti successivamente alla annotazione nel registro delle imprese del privilegio, con la ulteriore precisazione che qualora dovesse rendersi impossibile far valere il privilegio nei confronti del terzo acquirente, il privilegio investirebbe il corrispettivo versato all’alienante per il bene venduto, gravato da garanzia. I successivi commi 7 e 8 prevedono rispettivamente, il primo, che l’annotazione ed iscrizione del privilegio presso il registro delle imprese avvenga a cura del rappresentante comune dei creditori privilegiati, il secondo, che i finanziatori della società di progetto possono rinunciare al privilegio anche mediante emissione obbligazionaria. A conferma della volontà del legislatore della riforma di prevedere la costituzione di moduli societari assimilabili a quelli tipizzati dal vigente art. 37 – *quinquies* della legge quadro sulle opere pubbliche - S.p.a. e S.r.l., anche in forma consortile – l’art. 11 del d.d.l. introduce una deroga agli articoli 2446 e 2447 del codice civile. Il precetto richiamato codifica una sostanziale eccezione alle citate prescrizioni codicistiche, dal momento che gli amministratori della società di progetto sono obbligati a convocare l’assemblea per deliberare l’aumento di capitale, qualora questi diminuisca di oltre un terzo in conseguenza di perdite, soltanto nell’ipotesi in cui, per qualche motivo, ciò comporti una violazione del piano economico finanziario concordato con le banche finanziatrici. Tutto questo conferma, sia a monte che a valle, la centralità del documento economico finanziario in una operazione di *project financing* tesa alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ovvero rivolta alla gestione di servizi pubblici. Il Capo III dedicato alle “Disposizioni finali” è comprensivo di un’unica norma: l’art. 12. Tale disposizione, nel disciplinare “l’Efficacia delle norme”, circoscrive, da un punto di vista temporale, l’applicazione dell’art. 2

(Programmazione) ai soli programmi approvati dopo l'entrata in vigore della legge di riforma, aggiungendo che l'entrata a regime della nuova disciplina, comporterà l'applicazione delle rimanenti disposizioni, integranti il Capo I alle sole proposte presentate a far data da quel momento. In definitiva, l'entrata in vigore dell'articolato in esame determinerà l'abrogazione degli articoli 37 – bis, 37 ter e 37 *quater* della legge n. 109/94 e s. m. e i.. La stessa norma nulla dice in merito alla sorte degli articoli da 37 – *quinquies* a 37 - *novies*, L. n. 109/94 e s. m. e i., una volta entrata a regime. Il rischio che si annida in una previsione del genere è che le disposizioni contenute nel Capo II, dedicato alla società di progetto e al suo finanziamento, concorrano con quelle costituite dalla disciplina stabilita dagli articoli da 37 – *quinquies* a 37 – *novies*, con inevitabile frantumazione del principio della certezza del diritto.

#### 4. Brevi cenni riguardo l'ipotesi di partenariato pubblico privato prevista dalla direttiva 2004/18/Ce.

Per completezza di trattazione, si ritiene opportuno inserire nell'odierno lavoro un paragrafo dedicato alla disciplina del PPP. L'indagine di alcuni aspetti presenti nella disciplina comunitaria, dettata in *subiecta materia*, infatti, dovrebbe aiutare a capire meglio cosa accadrà, *de jure condendo*, nel sistema ordinamentale italiano una volta entrato in vigore il T.U. in materia di appalti di lavori, servizi e forniture (Codice De Lise), licenziato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 13 gennaio 2006. La definizione di partenariato pubblico privato (PPP) è stata codificata, per la prima volta, dalla Commissione europea nel "Libro Verde" presentato il 30 aprile 2004. Nell'accezione comunitaria, esso costituisce una tipologia contrattuale che presuppone "forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio" (par. 1). La stessa Commissione ha individuato nel Libro Verde due tipi di partenariato pubblico privato: quello "puramente contrattuale" e quello "istituzionalizzato". Secondo il par. 21 del Libro Verde, il partenariato "puramente contrattuale" si caratterizza per essere "basato esclusivamente su legami contrattuali tra i vari soggetti. Esso definisce vari tipi di operazioni, nei quali uno o più compiti, più o meno ampi - tra cui la progettazione, il finanziamento, la realizzazione, il rinnovamento o lo sfruttamento di un lavoro o di un servizio - vengono affidati al partner privato." Il partenariato puramente contrattuale, a sua volta, accorpa due tipologie contrattuali: l'appalto e la concessione. La differenza tra le forme di contratto sopra riportate si annida nella circostanza che mentre nella concessione l'impresa concessionaria garantisce al pubblico le proprie prestazioni assumendo, di guisa, il rischio della gestione dell'opera e del servizio, autofinanziandosi attraverso la riscossione di un prezzo; nell'appalto, invece, le prestazioni non vengono erogate alla collettività quanto, piuttosto, alla stessa pubblica amministrazione la quale remunererà l'appaltatore per i costi sopportati nello svolgimento dell'attività eseguita nel suo interesse. In questo secondo caso, dunque, l'impresa appaltatrice non sopporta il rischio legato allo sfruttamento economico dell'opera o del servizio, a differenza di quanto accade

nell'ipotesi della concessione. L'altra ipotesi di partenariato prevista dal Libro Verde è quella denominata di tipo "istituzionalizzato". Secondo la Commissione europea, il partenariato di tipo "istituzionalizzato" si articola attraverso la creazione di un modulo di cooperazione che coinvolga il settore pubblico e privato finalizzato ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore della collettività<sup>6</sup>. Un esempio plastico di partenariato pubblico privato è rappresentato dalla società mista. Naturalmente, la scelta del partner privato passa attraverso l'espletamento di procedure selettive. Rispetto a quest'ultimo dato di diritto comunitario, anche il legislatore italiano sembra essersi conformato<sup>7</sup>. A margine dei brevi rilievi dedicati al PPP, pare utile analizzare, seppur sommariamente, l'istituto del "Dialogo competitivo", attesi gli elementi di stretta consonanza che lo legano alla finanza di progetto. In prima battuta è opportuno segnalare che l'istituto in questione ha recentemente trovato cittadinanza all'interno del T.U. in materia di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture, definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri il 23 marzo 2006. Inoltre, non è aspetto di poco momento ricordare che già l'art. 29, par. 5 della Direttiva 18/2004, recepita dal corpus juris governativo, aveva provveduto a codificare e disciplinare l'istituto del "Dialogo competitivo", individuandone i presupposti in quelli che determinano il ricorso al *project financing*. Tale circostanza svela una sostanziale simmetria tra i due istituti. Più nel dettaglio, i richiamati presupposti vanno colti nella "particolare complessità dell'appalto" cui consegue l'incapacità di definire obiettivamente i mezzi tecnici che possono rispondere agli interessi della p.a. ovvero l'incapacità di stabilire le operazioni giuridiche e/o finanziarie proprie di un progetto. La differenza sostanziale tra il "dialogo competitivo" e la prima fase di valutazione, propria di un'operazione in regime di *project financing*, risiede nel fatto che, nel primo, diversamente dalla seconda, trovano applicazione i criteri di aggiudicazione cui fanno riferimento gli articoli da 44 a 52 della Direttiva 2004/18. Si tratta, dunque, di un momento procedurale estremamente proceduralizzato che esprime quelli che sono i principi di fondo che hanno ispirato il legislatore europeo. Il diritto dell'Unione, infatti, appare decisamente orientato nella scelta del partner privato - cui rimettere l'esecuzione e gestione di un'opera pubblica o di pubblica utilità - all'osservanza dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, nel quadro di una generale esaltazione dei diritti che il Trattato riconosce agli operatori economici<sup>8</sup>. Applicando al diritto interno i principi comunitari ne discende, quale logico corollario, che qualora la disciplina di un singolo Stato membro ometta di regolamentare

---

<sup>6</sup> Cfr. par. 53 del Libro Verde della Commissione Europea sul PPP;

<sup>7</sup> Cfr. F.Jorio, E. Montilla, G.Guzzo, E.Jorio, *Considerazioni sulla riforma dei servizi pubblici locali all'indomani della sentenza della Consulta n. 272 del 2004 e dell'ordinanza del Consiglio di Stato di rimessione alla Corte di giustizia della Comunità europea*, in "Rivista Trimestrale degli Appalti", n. 4/2004; pagg. 949-987.

<sup>8</sup> A tal proposito il "Libro Verde sul PPP", al par. 26 stabilisce che "(...) i metodi strutturati di selezione devono essere salvaguardati in qualsiasi occasione, poiché contribuiscono a garantire l'obiettività e l'integrità della procedura sfociante nella scelta di un operatore. Ciò garantisce il buon utilizzo del danaro pubblico, diminuisce i rischi di pratiche poco trasparenti e rafforza la sicurezza giuridica necessaria all'attuazione di tali progetti".

l'aggiudicazione di una determinata attività, la stazione appaltante dovrebbe, in ogni caso, tenere in debito conto quanto previsto dagli articoli da 43 a 49 del Trattato Ce. Questo vale sia con riferimento al vigente art. 37 - *ter*, L. 109/94 e s.m. e i., che all'art. 5 del d.d.l. n. 3320-S, dedicato alla "Procedura concorsuale". In entrambi i precetti, in particolare nel precedente art. 4 del d.d.l., dedicato all'esame delle proposte presentate, non è possibile cogliere alcun riferimento alla procedimentalizzazione, ma questo non significa che le esigenze di tutela della concorrenza che la ispirano debbano essere conculcate dal soggetto aggiudicatore. Infatti, proprio al fine di evitare effetti distorsivi sul mercato, la Commissione europea ha aperto, con Comunicazione del 15 ottobre 2003, n. 2001/2182, nei confronti dello Stato Italiano una procedura di infrazione tesa ad evidenziare la non conformità della disciplina nazionale del *project financing* alle norme comunitarie dettate in materia di appalti. In particolare, si censurava sia il riconoscimento al promotore del diritto di prelazione che l'assenza di alcuna procedura di evidenza pubblica, nella scelta del medesimo, che lo metta in concorrenza con altri soggetti economici. La censura degli Organi comunitari è stata relativamente ascoltata dal legislatore nazionale il quale, mediante l'art. 24, comma 9 della legge n. 62/05, ha introdotto il comma 2 - *bis* all'art. 37 - *bis*, senza, tuttavia, proceduralizzare la primitiva fase di valutazione e scelta della proposta. Nello stesso errore sembra essere incorso anche il legislatore della riforma, dal momento che il comma 5, dell'art. 4 del d.d.l., dedicato all'"Esame della proposta da parte del soggetto aggiudicatore", non prevede alcuna procedura concorsuale nella valutazione e nella scelta delle proposte ritenute di pubblico interesse. Ciò confermerebbe, *de jure condendo*, la sostanziale discrezionalità della p.a. nella individuazione del promotore al quale, nonostante l'assenza di precise garanzie concorsuali nella scelta, continuerebbe ad essere riconosciuto il diritto di prelazione, secondo quanto cristallizzato all'interno del successivo art. 5, comma 3.

## **5. Il disegno di legge approvato dalla Giunta regionale della Campania il 9 gennaio 2006.**

Un discorso a parte merita, all'interno dell'odierno lavoro, l'esame del d.d.l. licenziato recentemente dalla Giunta regionale della Campania, contenente ben 26 articoli intesi a dettare una organica disciplina della finanza di progetto riguardante la realizzazione e gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità, nonché l'affidamento di servizi pubblici di interesse regionale o ultraregionale. Gli obiettivi che il legislatore campano intende traguardare sono dettagliatamente enucleati all'interno della relazione di accompagnamento al d.d.l.. Essi possono riassumersi nella conservazione, in capo agli Enti aggiudicatori, di un ruolo centrale nell'attività di pianificazione e programmazione, soprattutto in tema di monitoraggio e rilevazione dei bisogni della collettività; nell'esigenza di stimolare l'apporto partecipativo privato, senza prevedere *particolari limiti al raggiungimento degli obiettivi*; nel garantire una pubblicità di levatura europea alla volontà delle stazioni appaltanti di utilizzare iniziative private nella realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, oppure nell'affidamento e gestione di pubblici servizi; nell'effettività del

diritto ad una sana concorrenza; nella semplificazione dell'intera procedura, eliminando superflui segmenti di valutazione, così facendo in modo che la proposta soddisfi rapidamente i bisogni della collettività "individuati dal soggetto aggiudicatore"; nel prevedere un meccanismo di valutazione delle proposte che si avvalga di esperienze esterne, altamente qualificate, in alternativa a quelle regionali; nella costituzione dell'Unità Regionale per lo sviluppo delle attività di finanza di progetto, organo deputato ad esprimersi su quei progetti di importo superiore a 25 milioni di euro. Passando ad un esame più dettagliato dell'articolato varato dalla Giunta regionale della Campania è possibile cogliere all'art. 1, rubricato "Finalità", come il legislatore, con il d.d.l. oggetto di scrutinio, abbia inteso garantire lo sviluppo del territorio, il sostegno alle imprese e la crescita occupazionale (comma 1). In sostanza, il *più ampio coinvolgimento di soggetti pubblici e privati* dovrebbe rappresentare una sorta di propellente mediante il quale realizzare interventi pubblici o di interesse pubblico, consistenti nella *infrastrutturazione e riqualificazione del territorio* la cui gestione, anche legata a *servizi e opere ad essi funzionalmente collegati*, sia grado di produrre un ritorno economico capace di ristorare il privato delle spese sostenute. Il successivo comma 2, dell'art. 1, sembra introdurre una deroga rispetto a quanto stabilito nel precedente comma 1. Infatti, gli interventi soggetti alla disciplina del d.d.l., se realizzati su aree demaniali anche marittime, non sarebbero gravati dal vincolo del "collegamento funzionale delle opere di cui al comma 1". Si tratta di una lettera piuttosto oscura nella sua formulazione semantica che si ritiene possa intendersi anche nel senso che sia possibile presentare proposte che riguardino beni del demanio (anche marittimo), indipendentemente dall'attitudine dell'investimento a "procurare redditività". Se l'approccio ermeneutico suggerito dovesse risultare corretto, resterebbe da capire quale sia la recondita *ratio* che ha ispirato la norma, atteso che per un privato un investimento non in grado di generare alcun flusso di cassa, derivante dallo sfruttamento economico dell'opera realizzata, risulta decisamente di scarso interesse. Molto più probabile, invece, che il collegamento funzionale cui fa riferimento il comma 2 vada ricercato nel soddisfacimento di quei bisogni cui tendono le opere pubbliche o di pubblico interesse, ovvero i servizi pubblici, finanziati con capitali privati. L'art. 2, relativo agli "Interventi sovraregionali", prevede che *le disposizioni sostanziali e procedurali* contenute nel d.d.l. trovino applicazione anche nei confronti dei progetti di livello interregionale, nazionale ed internazionale, sempre che ricadano all'interno del territorio della Regione Campania e coinvolgano, direttamente o indirettamente, l'utenza regionale. Naturalmente, si deve trattare di interventi che sono stati oggetto di specifici accordi intervenuti tra le regioni, lo Stato italiano, o altri Stati, e i relativi organismi interessati. Il comma 2, dello stesso art. 2, disciplina la realizzazione dei cosiddetti "interventi strategici", di cui alla Legge n. 443 del 21 dicembre 2001 e s. m. e i, disponendo che ogni qual volta l'interesse dello Stato concorre con quello della Regione Campania si rende indispensabile un accordo tra lo Stato e l'ente regionale in merito alle procedure esecutive da seguirsi. Particolarmente interessante, poi, appare l'elencazione dei "Soggetti aggiudicatori e strumenti di programmazione", cui fa riferimento l'art. 3. La norma contenuta nel disposto citato si concreta in

un'elencazione meramente esemplificativa dei soggetti considerati dal legislatore regionale "aggiudicatori". Oltre alla Regione, dunque, sono compresi gli Enti pubblici, anche economici, le Amministrazioni locali, in forma associata o consortile e, più in generale, gli organismi di diritto pubblico che, mediante specifici atti di programmazione, identificano *i bisogni e le tipologie degli interventi funzionali al loro soddisfacimento* (art. 3, comma 1). A questi soggetti si aggiungono anche i concessionari di lavori e servizi pubblici, nonché tutti quei soggetti che operano sul territorio regionale i quali hanno realizzato opere e servizi pubblici o di interesse collettivo, nonché infrastrutture ed interventi di riqualificazione urbana. Resta da capire entro quale termine tali atti di programmazione debbano essere adottati dai soggetti aggiudicatori, considerata la loro centralità nella procedura di presentazione delle proposte. Infatti, il successivo comma 3 individua nei termini previsti dalla procedura di programmazione l'ineffabile riferimento temporale entro il quale misurare la tempestività della elaborazione e la trasmissione della proposta di intervento al soggetto pubblico interessato. Si tratta di un aspetto di non poco momento. L'assunto è confermato dalla circostanza che il successivo art. 4, rubricato "Pubblicità", stabilisce che "un avviso per estratto degli atti di programmazione contenente l'identificazione dei bisogni e la tipologia degli interventi di cui all'art. 1" deve essere pubblicato nella G.U.C.E. della Comunità Europea, nella G.U. della Repubblica Italiana e nel sito Internet della Regione Campania. A far data dalla comunicazione di tale estratto alla G.U.C.E. decorreranno i 120 giorni per la presentazione delle proposte di interventi da realizzarsi mediante affidamento in concessione, finalizzati al soddisfacimento dei bisogni individuati nell'avviso. Questo significa che, a differenza di quanto previsto dall'art. 37-bis, L. 109/94 e s. m. e i., se l'ente aggiudicatore nel corso dell'anno non provvederà a redigere alcun atto di programmazione, tecnicamente non sarà possibile prevedere nel programma triennale delle opere pubbliche alcun intervento da realizzarsi con apporto partecipativo privato. In sostanza, l'obbligo posto a carico dei soggetti aggiudicatori, di cui all'art. 3, commi 1 e 2, di adottare degli atti di programmazione all'interno dei quali cristallizzare i bisogni che si intendono soddisfare con la realizzazione di interventi strutturali finanziati, in tutto o in parte, da risorse private, si atteggia, rispetto all'attuale disciplina nazionale, a vero e proprio appesantimento del viatico procedurale denso di insidie e preoccupazioni. Il rischio che si annida in una procedura siffatta è quello di un rallentamento dell'auspicato processo di sviluppo del territorio e di sostegno delle imprese e dell'occupazione. Un ulteriore elemento a conforto della farraginosità della procedura prevista è rinvenibile, indirettamente, nel comma 1 dell'art. 5, dedicato "Previsioni urbanistiche". La norma segnalata stabilisce che l'inserimento delle opere nella programmazione di settore e, per quegli Enti che vi sono tenuti, nel programma triennale e nell'elenco annuale, è subordinato alla valutazione positiva delle proposte, che dovrà avvenire nel rispetto dei termini fissati dal successivo art. 9, espressamente richiamato. La differenza rispetto alla normativa nazionale, oggi vigente, è evidente. Il d.d.l. della Regione Campania prevede che la valutazione delle proposte alle "finalità di utilità sociale individuate negli strumenti di programmazione ..." (art. 9, comma 1), avvenga entro 90 giorni dalla scadenza del

termine fissato per la presentazione delle stesse, che è stabilito in 120 giorni dalla comunicazione alla G.U.C.E. dell'avviso per estratto degli atti di programmazione contenenti l'identificazione dei bisogni e la tipologia degli interventi previsti dall'art. 1<sup>9</sup>. In sostanza, l'inserimento di un'opera che comporta l'utilizzo di capitale privato all'interno del programma triennale delle opere pubbliche, di cui all'art. 14, comma 2, L. 109/94 e s. m. e i., potrà avvenire non prima di 210 (sette mesi) giorni dalla comunicazione alla G.U.C.E. dell'avviso per estratto di cui all'art. 4 comma 1, a fronte dell'attuale discrezionalità e immediatezza di inserimento previste dalla legislazione statale. La tempistica che emerge dal combinato disposto dell'art. 4, comma 1 e dell'art. 9, comma 1 del d.d.l. sembra, obiettivamente, tradire sia l'esigenza di semplificazione che il bisogno di speditezza, entrambi annunciati, quali principi ispiratori, all'interno della relazione di accompagnamento. Ad ogni modo, il comma 2 dell'art. 5 riconosce alla valutazione positiva il valore di dichiarazione di p.u. dell'opera, introducendo un elemento di novità rispetto all'art. 12, lett. b) del D.lgs. n. 327 del 2001 e s. m. e i..Naturalmente, il vincolo di destinazione del bene interessato dall'intervento finanziato dal privato postula che l'atto dichiarativo della pubblica utilità sia assunto dall'amministrazione investita della relativa competenza. Diversamente, il progetto selezionato verrà trasmesso all'amministrazione titolare della potestà in esame che vi provvederà nel termine perentorio di sessanta giorni dal ricevimento degli atti (art. 5, comma 2). Il comma 3 dell'art. 5 affronta l'ipotesi che l'opera da realizzarsi non sia conforme agli strumenti urbanistici vigenti. In quel caso, a seguito della valutazione positiva del relativo progetto, verrà attivata la procedura finalizzata alla stipula di un accordo di programma, secondo le scansioni dettate dall'art. 12 della L.R. n. 16 del 2004 (legge urbanistica della Campania). Il decreto di approvazione costituirà dichiarazione di p.u. dell'opera e comporterà, per effetto degli artt. 13 e 14 della legge urbanistica regionale, l'introduzione di una variante urbanistica. Di indubbia importanza risulta l'art. 6 dedicato alle "Risorse a carico delle parti". Il comma 1 specifica che la concreta realizzazione delle proposte presuppone l'impiego di risorse che siano integralmente o parzialmente a carico dei soggetti aggiudicatari dei lavori, ai quali verranno affidati in concessione o mediante la costituzione di una società. A tale proposito, bisogna rilevare che il legislatore regionale nulla dice in merito alla forma del costituendo modulo societario sicché, allo stato, non è possibile ipotizzare se si tratti di società di capitali, com'è auspicabile, o di persone. Il comma 2, sembra far riferimento alla tipologia di apporto partecipativo a carico del privato che potrà consistere anche nel conferimento *della*

---

<sup>9</sup> L'art. 4 del d.d.l. così recita: "I soggetti di cui all'art. 3, commi 1 e 2, pubblicano nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana e nel sito Internet della Regione Campania, nonché su due quotidiani di cui uno a diffusione nazionale, un avviso per estratto degli atti di programmazione contenenti l'identificazione dei bisogni e la tipologia degli interventi di cui all'art. 1, con l'assegnazione di un termine non inferiore a 120 giorni decorrenti dalla comunicazione GUCE dell'avviso per la presentazione delle proposte di interventi da realizzarsi a mezzo di concessione di lavori pubblici, per il soddisfacimento di detti bisogni. I soggetti aggiudicatori possono procedere, con le stesse modalità, anche alla pubblicazione, per estratto, di progetti preliminari già in loro possesso. Gli atti di pubblicità di cui al comma 1 devono contenere la indicazione dei criteri per la scelta comparativa del concessionario, nonché i pesi da attribuire, in sede di valutazione, a ciascuno dei criteri individuati".

*proprietà o nella costituzione di diritti reali o personali di cui siano titolari o abbiano la giuridica disponibilità.* A queste due metodologie di ripristino dell'equilibrio economico finanziario del rapporto concessorio o societario, si affiancano le più tradizionali forme di sfruttamento economico dell'opera costituite dai prezzi imposti all'utenza e dai canoni corrisposti all'amministrazione concedente. Il comma 3 dell'art. 6 stabilisce che, comunque, l'apporto partecipativo del privato non potrà essere inferiore al 10% del costo dell'intervento mentre il contributo pubblico, che potrà essere versato anche in corso d'opera sulla base del piano economico finanziario asseverato dagli istituti di credito, sarà tarato sullo stato di avanzamento dei lavori, a partire dal superamento del 20% degli stessi certificato dalla direzione dei lavori. L'art. 6 appena scrutinato appare complementare al successivo art. 12, che disciplina "l'Equilibrio economico finanziario del rapporto". La norma da ultimo riportata subordina condizioni e presupposti dell'equilibrio economico finanziario degli investimenti a quanto previsto nella premessa della convenzione, di cui costituiscono parte integrante. Le eventuali modifiche apportate dal soggetto aggiudicatore alle condizioni e ai presupposti, nell'ipotesi in cui determinino una alterazione dell'originario equilibrio economico finanziario cristallizzato nel piano in danno del concessionario, rendono necessaria una revisione tesa a rideterminare nuove condizioni di equilibrio. Qualora la revisione non dovesse avere luogo, il concessionario maturerebbe il diritto di recedere dalla convenzione. Diversamente, qualora le variazioni apportate alla convenzione o le nuove condizioni introdotte da norme legislative o regolamentari dovessero risultare favorevoli al privato concessionario, la revisione del piano economico finanziario avverrebbe a beneficio del soggetto aggiudicatore/concedente. La successiva terna di articoli da 7 a 9 se, da un lato, rappresenta la parte più controversa dell'intero articolato, da un altro, è foriera di elementi di forte novità. L'art. 7 cristallizza i "Requisiti del Promotore" riconoscendo alle imprese di costruzione "in qualsiasi forma costituite" la legittimazione a presentare proposte. La elencazione, che ha carattere esemplificativo, continua includendo le società cooperative e le cooperative di produzione e lavoro del settore edile, anche riunite in consorzi, nonché le Associazioni Temporanee di Imprese, le società consortili e "i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE), nonché le società di ingegneria". Una interessante novità rispetto all'attuale disciplina nazionale è rappresentata dal riconoscimento del diritto a formulare proposte in capo a quei "soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di interesse collettivo o dei servizi alla collettività", purché nei tre anni precedenti abbiano anche solo partecipato alla realizzazione di investimenti dello stesso valore e della stessa natura di quello cui si riferisce la proposta. In comma 2, dell'art. 7, poi, costituisce una sorta di norma di chiusura, nel senso che la possibilità di formulare e presentare proposte viene riconosciuta a quei *soggetti appositamente costituiti*, aggiungeremo sotto forma di moduli societari, dal momento che è richiesta una partecipazione maggioritaria di "soci aventi i requisiti di esperienza e di professionalità stabiliti nel comma 1". Il comma 3, infine, richiede che il promotore affidatario della

concessione, anche in forma associata o consorziata, debba possedere i requisiti cui fa riferimento l'art. 11 del d.d.l. che elenca quelli di cui deve essere in possesso il concessionario. Si tratta di una norma che ha una portata diversa rispetto all'art. 37 – *bis* della legge n. 109/94 e s. m. e i. che, tuttavia, denota l'assenza di qualche clausola di salvezza a beneficio della genuinità della proposta e della relativa valutazione. Infatti, sarebbe stato opportuno che il legislatore regionale avesse, espressamente, interdetto la possibilità di presentare proposte a quei soggetti, singoli o associati, controllati o collegati agli enti aggiudicatori, oppure legati a questi ultimi da rapporti di collaborazione o subordinazione, rispetto ai quali prevedere delle vere e proprie cause di incompatibilità. Quanto al successivo art. 8, esso disciplina le modalità di presentazione delle "Proposte" ed il loro contenuto. Il precetto in parte ricalca quello contenuto nell'art. 37 – *bis* con alcune significative novità. Innanzitutto, il legislatore regionale dispone che il numero delle copie da presentarsi sia pari a tre e che esse debbano essere inserite in un plico sigillato. Al pari della disciplina nazionale è previsto che alla proposta venga allegato anche uno studio di fattibilità tecnico amministrativa, con relativo inquadramento urbanistico e ambientale, cui va aggiunta una progettazione originale, *almeno di livello preliminare*, oppure che costituisca modifica di elaborati di cui il soggetto aggiudicatore ha già la materiale disponibilità. La centralità del piano economico finanziario, che deve essere asseverato da un istituto di credito, viene riconosciuta anche nel d.d.l. in commento, dal momento che questi prevede l'obbligo per il promotore di indicare le specifiche garanzie a sostegno dell'investimento, illustrando le caratteristiche del servizio e delle opere da gestire. Naturalmente, la proposta deve contenere anche prescrizioni di dettaglio che rendano conto delle tariffe da applicare alle potenziali utenze, dei canoni a carico del concedente oppure del prezzo o tariffa che sempre quest'ultimo dovrà corrispondere. A tal proposito la norma prevede che il prezzo o la tariffa potranno essere corrisposti anche mediante la cessione di diritti reali o beni di proprietà dello stesso. E' decisamente un precetto che va nella direzione della incentivazione degli investimenti da attuarsi con la tecnica del *project financing*, atteso che consente ai privati di utilizzare forme di pagamento alternative al corrispettivo in danaro nei confronti dei soggetti aggiudicatori. L'ultimo periodo del comma 1 dell'art. 8, richiede, inoltre, il versamento di una fideiussione bancaria o assicurativa pari al 2% del valore complessivo della proposta. Decisivo appare, poi, il comma 2 dello stesso articolo che non si limita a prevedere la indispensabilità della elaborazione di una bozza di convenzione da allegarsi alla proposta, considerato che ne specifica nel dettaglio il contenuto. In sostanza, esso deve evidenziare i termini di regolamentazione del rapporto tra il soggetto pubblico e quello privato e, nell'ipotesi di costituzione di un modulo societario misto, la fissazione della percentuale sulla quale è tarata la partecipazione pubblica, unitamente ad una bozza dello statuto della società e di eventuali patti parasociali. Infine, il comma 3, riproducendo una previsione assimilabile a quella contenuta nell'art. 37 – *bis*, comma 2 – *ter*, dispone che entro 15 giorni dal ricevimento della proposta, deve essere nominato e comunicato il responsabile del procedimento e, inoltre, verificata la completezza della documentazione presentata, cui può far seguito una richiesta di integrazione dei

documenti, in caso di insufficienza di quelli allegati. Ma la norma decisamente più innovativa, sul piano procedurale, è certamente quella costituita dall'art. 9, dedicata alla "Valutazione delle proposte". Si tratta di una disposizione di notevole interesse, atteso il suo contenuto improntato, fortemente, ad una logica acceleratoria. Infatti, il legislatore ha espunto, rispetto alla previsione nazionale attualmente vigente, la fase concorsuale costituita dalla procedura di evidenza pubblica (licitazione privata/appalto concorso) disciplinata dall'art. 37 – *quater*, L. 109/94 e s. m. e i., concentrando la scelta della proposta in un unico segmento procedurale che dovrà ultimarsi entro 90 giorni dalla scadenza del termine di 120 giorni fissato dall'art. 4, comma 1. In tale turno di tempo i soggetti aggiudicatori dovranno valutare *la conformità delle proposte presentate alle finalità di utilità sociale individuate negli strumenti di programmazione e la completezza delle stesse*, procedendo ad una analisi comparata sulla base dei criteri contenuti negli atti di pubblicità. La proposta selezionata sarà quella che più di ogni altra saprà soddisfare i bisogni individuati dagli atti di indizione, sia sotto il profilo del maggior vantaggio patrimoniale che dal versante della compatibilità con la vigente strumentazione urbanistica, oltre che del miglior contributo eco- sostenibile del territorio. Una volta selezionata la proposta, verrà dichiarato l'interesse pubblico alla realizzazione della stessa e, a quel punto, il soggetto prescelto sarà definitivamente vincolato. A tenore del comma 3, le determinazioni della p.a. precedente verranno assunte dal responsabile del procedimento e da una commissione composta da 5 esperti, costituita per l'occasione, e nominata nel rispetto di regole che dovrebbero garantire la *rappresentanza di competenze progettuali, giuridiche, economiche urbanistiche, imprenditoriali in materia di finanza di progetto*. Tale meccanismo di valutazione, se soddisfa pienamente l'esigenza di speditezza e di efficienza dell'azione amministrativa, appare poco rispettoso dei principi di *par condicio* e di tutela della concorrenza fissati dal diritto comunitario in materia di appalti pubblici (artt. 43 – 49 Trattato Ce) e dalla stessa Costituzione italiana (art. 117, lett. e), comma 1). E' fuor di dubbio che una procedura così strutturata comporta l'applicazione dei principi di diritto pubblico, in particolare di quelli che attraversano e innervano le regole sul procedimento amministrativo. Tuttavia, è nondimeno vero che la mancata previsione di regole legate alla evidenza pubblica, le quali trovano cittadinanza nei tradizionali sistemi di selezione costituiti dalla licitazione privata e dall'appalto concorso, finisce per vulnerare lo stesso principio costituzionale dell'imparzialità della azione amministrativa, codificato dall'art. 97 della Costituzione, ed alterare, pericolosamente, il libero gioco della concorrenza. In questo modo, insomma, si rischia di scoraggiare i privati interessati all'investimento, che si sentiranno scarsamente tutelati proprio a causa dell'assenza di precise garanzie concorsuali. In realtà, proprio perché l'interesse dell'aspirante promotore racchiude anche l'interesse alla concessione<sup>10</sup>, si ritiene non soddisfare appieno i criteri della ragionevolezza e

---

<sup>10</sup> Cfr. Consiglio di Stato, V sezione; sentenza n. 142 del 25 gennaio 2005. Il supremo Consesso di giustizia amministrativa, in particolare, ha affermato che " (...) l'interesse alla posizione di promotore è un interesse marcatamente strumentale al vero scopo perseguito dal presentatore del progetto, che è quello di realizzarlo lucrando il relativo profitto (...)" . Da tanto, ne discende una sostanziale identificazione tra l'interesse del

della concorrenza la non applicazione delle regole concorsuali - attualmente immanenti nella sola fase disciplinata dall'art. 37 – *quater*, L. n. 109/94 e s. m. e i. - nell'unico segmento valutativo regolato dall'art. 9 del d.d.l. in commento<sup>11</sup>. Il problema era già stato sollevato dall'odierno autore<sup>12</sup> proprio con riferimento all'assenza di una espressa previsione normativa in ordine all'applicazione delle regole concorsuali, previste dall'art. 37- *quater*, a partire proprio dalla primitiva fase di valutazione delle proposte, di cui all'art. 37 – *bis*, atteso il riconoscimento, ad opera della legislazione nazionale, del diritto di prelazione in favore del *promoter*. L'estrema discrezionalità riconosciuta alla pubblica amministrazione è appena temperata dalla presenza di un organo valutativo neutro, vale a dire la commissione di cinque esperti prevista dal comma 3 dell'art. 9. Tuttavia, non vengono chiariti i meccanismi di nomina dei commissari né, tampoco, sono chiariti eventuali cause di incompatibilità dei singoli componenti. Si tratta di un aspetto di non poca rilevanza che può avere pericolose ricadute sul piano pratico, soprattutto sotto il profilo della imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa legata al momento dell'esame e della scelta delle proposte. In sostanza, si tratta di una norma che privilegia decisamente la speditezza amministrativa ma che, inevitabilmente, comprime fondamentali garanzie quali quella della parità di trattamento delle imprese e della libera concorrenza, guarentigie tutte di matrice comunitaria. Ma vi è di più. A differenza della disciplina nazionale, la mancata previsione di alcuna procedura di evidenza pubblica ad opera del d.d.l. rappresenta un'opzione legislativa che rifugge dalla competenza del legislatore regionale per collocarsi, a pieno titolo, nell'ambito di quella più strettamente statale. Infatti, l'espunzione di precise regole procedurali all'interno del meccanismo del *project financing* regionale produce delle ricadute sul piano della tutela della concorrenza, notoriamente materia attratta dalla competenza esclusiva dello Stato. Si ritiene, pertanto, che una innovazione del genere, in assenza di un dato legislativo nazionale che conforti, sia suscettibile di censura sotto il

---

promotore e quello delle imprese che partecipano alla gara, con la conseguenza che "(...) l'intera procedura non può che essere concepita in termini unitari (...)".

<sup>11</sup> L'art. 9 del d.d.l. così dispone: "Entro 90 giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle proposte, i soggetti aggiudicatori valutano la conformità delle proposte presentate alle finalità di utilità sociale individuate negli strumenti di programmazione la completezza delle stesse, comparandole, nel rispetto dei criteri e dei pesi di cui all'art. 4, sotto i profili del maggior vantaggio patrimoniale, della loro idoneità a soddisfare i bisogni individuati dagli atti di indizione, della più aderente compatibilità con la vigente strumentazione urbanistica e del migliore contributo allo sviluppo eco sostenibile del territorio. In caso di accertamento positivo, dichiarano l'interesse pubblico alla realizzazione della relativa iniziativa provvedendo alla scelta dell'aggiudicatario. Il soggetto prescelto, ancorché unico proponente, è vincolato alla proposta presentata.

Il soggetto aggiudicatore ha la facoltà di concordare con l'aggiudicatario i miglioramenti del progetto e della proposta in tutte le sue parti.

Le valutazioni e le determinazioni di cui ai commi 1 e 2 sono assunte dall'aggiudicatore sulla base dell'attività istruttoria e di comparazione delle proposte effettuata da una commissione di cinque esperti appositamente nominata, costituita con modalità che garantiscano la rappresentanza di competenze progettuali, giuridiche, economiche, urbanistiche, imprenditoriali in materia di finanza di progetto e dal responsabile del procedimento, conclusa con una proposta motivata."

<sup>12</sup> Cfr. G. Guzzo, *Alcune riflessioni sul project financing alla luce delle recenti pronunce del Consiglio di Stato, V sezione, n. 6287, del 10 novembre 2005, del CGA della Regione Sicilia, n. 974, del 22 dicembre 2005 e della legge n. 266, del 23 dicembre 2005 (finanziaria 2006); in www. LexItalia.it; n. 2/2006;*

profilo della tenuta costituzionale, proprio per violazione dell'art. 117 comma 1, lett. e) della Carta. Sarebbe auspicabile, pertanto, che il legislatore regionale, in sede di verifica, corresse ai ripari introducendo la prescrizione di un indispensabile filtro concorsuale alla stregua di quanto già previsto dalla legge statale. Significativo pare anche il successivo art. 11 del d.d.l., rubricato "Requisiti del concessionario e modalità di esecuzione dell'intervento". Il comma 1 dell'art. 11 in commento elenca una serie di requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi a cominciare dal fatturato medio relativo alle attività svolte nel quinquennio precedente la sottoscrizione della convenzione, che non deve essere inferiore al 10% dell'investimento previsto per l'intervento. Lo stesso capitale sociale della società affidataria non può essere inferiore ad un ventesimo del valore previsto per l'intervento. Qualora vengano affidati in concessione dei servizi occorrerà che l'aggiudicatario abbia svolto negli ultimi cinque anni servizi affini a quello previsto per l'intervento, per un importo non inferiore, nella media, al 5% dell'investimento stimato per l'intervento stesso, oppure non inferiore al 2% dell'investimento previsto sempre dall'intervento. Nell'ipotesi in cui in concessionario non dovesse possedere gli ultimi due requisiti riportati, il legislatore regionale dispone che il capitale sociale della società affidataria sia non inferiore al 40% dell'investimento previsto per l'intervento. Il comma 3, poi, contiene prescrizioni di dettaglio in ordine alle ipotesi costituite da un raggruppamento temporaneo di imprese o da un consorzio. In questo caso, il fatturato medio delle attività svolte negli ultimi cinque anni precedenti la sottoscrizione della convenzione, posseduto dalla mandataria o da un'impresa consorziata, dovrà essere non inferiore al 40% dell'investimento previsto per l'intervento, *mentre la rimanente percentuale è posseduta dalle altre mandanti o imprese consorziate nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento o consorzio*. Il comma 4 stabilisce che, qualora i lavori siano direttamente realizzati dal concessionario, con propria organizzazione, questi debba essere qualificato dalla normativa che disciplina i lavori direttamente eseguiti; il successivo comma 5, invece, stabilisce che se i lavori non sono eseguiti direttamente dal concessionario, quest'ultimo deve possedere *i soli requisiti di cui al comma 1*. Gli articoli da 13 a 15, infine, disciplinano, rispettivamente "Il privilegio sui crediti" (art.13), "La risoluzione" (art. 14) e il "Subentro" (art. 15). Si tratta di una terna di norme che non introducono elementi di novità rispetto alla disciplina nazionale. L'art. 13, infatti, si riferisce alla natura privilegiata dei crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di pubblico interesse o la gestione di pubblici servizi. Tale privilegio viene esercitato sui beni mobili del concessionario. Con una lettera assimilabile a quella contenuta nell'art. 37 – *nonies*, l'art. 13 prevede che il privilegio, pena nullità, deve risultare da atto scritto. Il comma 3 dello stesso art. 13, riproduce integralmente il contenuto dell'attuale comma 3 del citato art. 37 – *nonies*, L. 109/94 e s. m. e i.. L'elemento di novità è costituito dal comma 5 che riconosce al concessionario la possibilità di cedere il proprio credito ai soggetti finanziatori, senza il consenso del contraente ceduto. Infine, l'ultimo comma dell'art. 13 tutela i diritti dei terzi contraenti mediante specifiche forme di pubblicità da attuarsi attraverso lo strumento del registro delle imprese. L'art. 14, dedicato alla

“Risoluzione”, si apprezza per l’innovativo comma 1 che disciplina l’ipotesi di risoluzione del rapporto di concessione nel caso di inadempimento del concessionario, diversamente dalla disciplina statale che, all’art. 37- *septies*, fa riferimento all’unica ipotesi di cessazione per inadempimento del solo concedente. Il legislatore regionale ha previsto, al citato comma 1, il diritto del concessionario al rimborso del valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti già effettuati, oppure, qualora l’opera non abbia ancora raggiunto la fase del collaudo, il diritto a recuperare *i costi effettivamente sostenuti (...) per lavori, oneri accessori ed interessi capitalizzati*. I successivi commi da 2 a 4 riproducono, con buona approssimazione, l’intero art. 37 – *septies*, che codifica la risoluzione per inadempimento del soggetto concedente e la revoca della concessione, da parte dello stesso concedente, per motivi di pubblico interesse. Il seguente art. 15 disciplina, sulla falsa riga dell’art. 37 - *octies* della legge n. 109/94 e s. m. e i., i casi di subentro. La norma regionale prevede, rispetto alla normativa statale, nell’ipotesi di subentro per risoluzione del rapporto concessorio a causa di motivi attribuibili al concessionario, che gli enti finanziatori - entro il termine di giorni novanta dal ricevimento della notizia dell’intenzione del concedente di risolvere il rapporto - designino un soggetto che vi subentri. Rispetto alla normativa statale è aggiunto il precetto contenuto nella lett. c) del comma 1 dell’art. 15, vale a dire che *vengano salvaguardati eventuali diritti acquisiti da sub – concessionari*. Con riferimento a quest’ultima figura, nell’ipotesi in cui venga meno il concessionario, il comma 2, dell’art. 15, dispone la sopravvivenza del diritto del sub – concessionario, *anche di singole porzioni del programma*, che abbia informato, insieme al concessionario, il concedente dell’intervenuto rapporto di concessione stipulato per iscritto. In questo modo, la norma stabilisce che i sub –concessionari subentreranno al concessionario nei rapporti con il concedente facendo salvi i propri diritti e quelli del concedente. Infine, lo stesso comma 2, riconosce ai medesimi la possibilità di associarsi per la gestione del servizio. Gli articoli 16 e 17 si riferiscono rispettivamente alla “Società di progetto” e alle modalità di “Sostegno alle spese di progettazione”. L’art. 16 costituisce una sorta di riproduzione dell’attuale art. 37 – *sexies* prevedendo che l’aggiudicatario ha la facoltà, una volta divenuto tale, di costituire una società di progetto avente la forma di una società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, che diventa, automaticamente, la concessionaria subentrando nel rapporto giuridico senza bisogno di alcuna autorizzazione o approvazione. Come per la normativa statale, il subentro non costituisce cessione di contratto. Interessante appare anche il seguente art. 17 che dispone a favore degli enti locali la possibilità di richiedere un contributo integrativo per la redazione di progetti preliminari, prevedendo un apposito fondo regionale. L’art. 18, rubricato “Fonti delle obbligazioni delle parti”, stabilisce che l’oggetto delle obbligazioni che gravano sulle parti, unitamente all’inizio e alla durata delle stesse, sono fissati nella convenzione di concessione, nello statuto e nei patti parasociali di una società mista. L’inizio delle opere è subordinato all’approvazione del progetto esecutivo. Il successivo comma 2 istituzionalizza l’impiego dell’accordo di programma o della conferenza di servizi per l’acquisizione, da parte del soggetto aggiudicatore, di tutte le autorizzazioni e i

permessi finalizzati a realizzare gli interventi nei tempi programmati. Di rilievo l'inciso contenuto nell'ultimo periodo del comma 2 che prevede la possibilità di *automatiche azioni di rivalsa necessarie a ristabilire l'equilibrio economico finanziario del progetto*, nell'ipotesi in cui esso sia stato alterato da ritardi addebitabili al concedente. Il comma 4, del citato art. 18, dispone che la durata massima della concessione non può superare i 99 anni e deve coincidere con le previsioni riportate nel piano economico finanziario asseverato. Gli articoli 19 e 20, poi, risultano collegati sul piano funzionale. Essi si riferiscono all' "Affidamento in concessione al contraente generale" e agli "Interventi superiori a 25 milioni di euro". Al pari di quanto previsto dal D.Lgs. n. 190/2002 e s. m. e i., la figura del contraente generale si salda, nella previsione legislativa regionale, con l'ipotesi della "esecuzione degli interventi infrastrutturali connotati da particolare complessità e da elevato rischio finanziario". Si tratta di interventi che devono essere qualificati con delibera della Giunta regionale come "strategici" e che possono essere affidati, mediante contratto distinto dalla concessione, ad un contraente generale il quale, però, non potrà gestire l'opera eseguita come, del resto, già previsto dalla disciplina nazionale. La procedura di affidamento viene demandata ad un regolamento regionale. Dello stesso tenore, poi, risulta l'art. 20, anch'esso finalizzato a disciplinare interventi di particolare consistenza. Il comma 1 dispone che i soggetti aggiudicatori nel valutare le proposte di intervento di valore superiore ai 25 milioni di euro, sono tenuti ad acquisire il parere dell'Unità Regionale di Finanza di Progetto, organo istituito presso l'Assessorato Regionale ai Lavori Pubblici, mediante delibera giuntale. Si tratta di un organo consultivo la cui funzione principale può essere rinvenuta nella promozione dell'utilizzo delle tecniche di finanziamento con capitali privati e nella assistenza alle p.a. *nella valutazione dei margini di applicabilità della finanza di progetto*. Gli articoli 21 e 22 dettano una disciplina speciale in ordine, rispettivamente, agli "Interventi riguardanti il patrimonio storico – culturale ed ambientale" e agli "Interventi di riqualificazione urbana". La prima norma detta delle disposizioni in tema di opere finalizzate alla conservazione e valorizzazione di beni che costituiscono patrimonio storico – culturale o ambientale, disponendo che le proposte, prima di essere valutate dal soggetto aggiudicatore, abbiano acquisito il favorevole parere della Soprintendenza competente per materia e territorio. Il successivo art. 22, invece, codifica l'ipotesi di finanziamento dei programmi di riqualificazione di aree urbane, relative a immobili in prevalenza di proprietà dell'ente locale interessato. Quest'ultimo, mediante un pubblico avviso, deve farsi carico di indicare le infrastrutture primarie e secondarie che intende realizzare per, successivamente, selezionare le proposte tese a progettare, finanziare e, in parte, eseguire detti programmi. L'approvazione dell'intervento costituirà dichiarazione di p.u. mentre, qualora sia disposta dall'organo comunale competente, si atteggerà a piano urbanistico esecutivo, oppure, ad adozione di variante allo strumento urbanistico vigente, nel rispetto delle modalità fissate dalla legge regionale n. 16 del 2004. Gli articoli 23 e 24 hanno un contenuto di natura economico patrimoniale. Il primo disciplina le "Modalità di contabilizzazione delle opere" mentre il secondo contiene "Disposizioni finanziarie". L'art. 23 evidenzia la centralità della

convenzione quale atto nel quale inserire il programma di opere da realizzarsi e fissare le modalità di presentazione al concedente degli stati di avanzamento dei lavori. L'art. 24, invece, codifica la previsione di apposita Unità Previsionale di Base per fare fronte agli oneri finanziari stimati in 2.000.000 di euro derivanti dall'applicazione della legge. Particolarmente interessante è l'art. 25 che regola il regime intertemporale legato all'entrata in vigore dell'articolato. Il comma 1 stabilisce che le norme contenute nel d.d.l. si applicheranno da subito ai procedimenti per i quali non sono state avanzate proposte progettuali. Il successivo comma 2, con una lettera piuttosto oscura, precisa che definizioni e contenuti degli istituti, contemplati nel d.d.l., *si desumono integrativamente con la normativa comunitaria e regionale campana*. Pare di capire che le definizioni e gli istituti giuridici previsti dal testo di legge in commento siano mutuati da quelli comunitari e regionali, mentre troverebbe applicazione, in via residuale, la disciplina statale riguardante i lavori pubblici e le società a partecipazione pubblica. L'articolo 26, l'ultimo in rassegna, fissa l'"Entrata in vigore della legge", differendola al novantesimo giorno successivo alla sua pubblicazione.

## **6. Considerazioni finali.**

I temi trattati nel corso del presente lavoro hanno evidenziato la sostanziale incapacità del legislatore nazionale e, per certi versi, di quello regionale ad adattare la propria produzione normativa ai principi codificati, in modo chiaro e costante, dal legislatore comunitario. Le osservazioni che precedono riguardano, in particolare, *de jure condendo*, sia il d.d.l. n. 3320 –S, di riforma della disciplina statale dettata in tema di *project financing*, attualmente all'esame della Commissione dei Lavori Pubblici del Senato, che il d.d.l. licenziato dalla Giunta della Regione Campania lo scorso 6 gennaio 2006. Il primo, in particolare, mostra una certa vischiosità dell'organo legislativo a recepire il meccanismo procedurale dell'evidenza pubblica già nella primissima fase di valutazione delle proposte formulate dal privato, nonostante la recente procedura di infrazione mossa contro lo Stato Italiano dalla Commissione europea. Il secondo, invece, dimostra, seppure in uno slancio di eccessiva semplificazione e speditezza della macchina amministrativa, di non considerare adeguatamente le esigenze di trasparenza, di parità di trattamento e di tutela della concorrenza previste dagli articoli da 43 a 49 del Trattato Ce. A tutto questo si aggiunga che la bozza di legge regionale nel non fare riferimento ad alcuna procedura di evidenza pubblica nella scelta della proposta finisce per violare apertamente l'art. 117 della Costituzione, comma 1, lett. e), nel momento in cui, ponendosi in contrasto con l'attuale griglia normativa di settore, espunge dall'impianto legislativo una qualsiasi forma di procedura concorsuale (licitazione privata/appalto concorso), legiferando in un ambito notoriamente riservato alla competenza esclusiva dello Stato (tutela della concorrenza). Gli aspetti appena segnalati rappresentano senza dubbio quelli maggiormente controversi tra tutti i profili esaminati. Essi, inoltre, rischiano di innestarsi in un panorama giurisprudenziale non sempre attento alle indicazioni comunitarie, come dimostrano i

più recenti interventi del Consiglio di Stato<sup>13</sup> che hanno creato un clima di incertezza in quegli stessi operatori privati, potenzialmente interessati agli investimenti pubblici, i quali, irrimediabilmente, finiscono per sentirsi poco protetti dall'attuale quadro normativo e dalle conseguenti applicazioni che di esso ne fa il plesso giurisdizionale Tar - Consiglio di Stato. In una cornice siffatta sarebbe auspicabile una maggiore sensibilità da parte di tutti gli addetti ai lavori, decisamente orientata a massimizzare l'attenzione e l'interesse dei soggetti economici privati, ormai indispensabili serbatoi di risorse economiche per le pubbliche amministrazioni. In attesa che tutto ciò accada non resta che riporre la speranza nella costante attività di vigilanza degli organi comunitari, preziose sentinelle nel difficile compito di accertare la coerenza del diritto interno degli Stati membri con i principi cristallizzati nel Trattato Ue.

---

<sup>13</sup> Cfr. G.Guzzo *“Project financing: fu vera gloria?”*; in *“Rivista trimestrale degli appalti”*; n. 1/06. In particolare, si consiglia la lettura del commento alla recente sentenza del Consiglio di Stato n. 6287, del 10 novembre 2005, riguardante i criteri di scelta del promotore. I magistrati di Palazzo Spada, in quella occasione, ribaltando la sentenza del Tar Toscana - Firenze, n. 2860/04 (vd. nota 4), hanno riconosciuto in capo alla stazione appaltante una semplice discrezionalità amministrativa in luogo di una più appropriata discrezionalità tecnica mostrando, in tal modo, di non condividere le sollecitazioni comunitarie intervenute in tema di necessità di un filtro di evidenza pubblica nella delicata fase della selezione della proposta da mettere in competizione con gli altri concorrenti selezionati successivamente.