

JACOPO BERCELLI

(Ricercatore di Diritto amministrativo nell'Università di Verona)

Procedimento di finanza di progetto e art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990 ⁽¹⁾.

Indice:

- 1. Premessa: il procedimento della finanza di progetto e la riforma dell'azione amministrativa.**
- 2. I sistemi di realizzazione dei lavori pubblici: appalto; concessione di costruzione e gestione; concessione di costruzione e gestione di finanza di progetto.**
- 3. Il procedimento della finanza di progetto: profilo funzionale e strutturale.**
 - 3.1. La programmazione pubblica delle opere, con individuazione di quelle finanziabili con capitali privati.**
 - 3.2. La selezione della proposta di interesse pubblico.**
 - 3.2. (Segue) Pubblicazione dell'avviso.**
 - 3.2. (Segue) Presentazione delle proposte da parte degli aspiranti promotori.**
 - 3.2. (Segue) La valutazione delle proposte: valutazione di fattibilità tecnico-economica e valutazione di rispondenza al pubblico interesse.**

⁽¹⁾ *Avvertenza.* Quando il presente scritto era già stato licenziato per la stampa è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2006, supplemento ordinario n. 107, il decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 recante il <<Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture>>. Devono pertanto essere tenute presenti le seguenti avvertenze generali. La disciplina contenuta negli articoli da 37-bis a 37-nonies della legge n. 109 del 1994 è ora contenuta negli articoli da 152 a 160 del d.lgs. n. 163 del 2006. In base all'art. 253 del d.lgs. n. 163 del 2006, fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento di esecuzione e attuazione del Codice, <<continuano ad applicarsi il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e le altre disposizioni regolamentari vigenti che, in base al presente codice, dovranno essere contenute nel regolamento di cui all'articolo 5, nei limiti di compatibilità con il presente codice>>. Le norme della legge n. 241 del 1990 sulla conferenza di servizi ed in particolare l'art. 14-quinquies della stessa, oggetto specifico del presente scritto, sono espressamente richiamate e confermate dal codice. Infatti, l'art. 97 dello stesso dispone che <<L'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni viene effettuato in conformità alle norme dettate dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 e alle disposizioni statali e regionali che regolano la materia. Si applicano le disposizioni in materia di conferenza di servizi dettate dagli articoli 14 bis e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241>>, e l'art. 143, comma 10°, dello stesso prevede che <<Il concessionario partecipa alla conferenza di servizi finalizzata all'esame e all'approvazione dei progetti di loro competenza, senza diritto di voto. Resta ferma l'applicazione dell'articolo 14 quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni>>.

Il presente scritto è destinato al volume *La riforma dell'azione amministrativa*, a cura di D. CORLETTI, G. SALA e G. SCIULLO.

3.3. La procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della concessione.

4. Il rapporto nascente dal contratto di concessione di costruzione e gestione in finanza di progetto.

5.1. Procedimento di finanza di progetto e art. 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990.

5.2. Procedimento di finanza di progetto e principi generali dell'attività amministrativa.

1. Premessa: il procedimento della finanza di progetto e la riforma dell'azione amministrativa.

In seguito alle modifiche apportate dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, nel testo della legge n. 241 del 1990 ha fatto la sua comparsa, all'art. 14-*quinquies*, la <<finanza di progetto>>, identificata nelle <<procedure di cui agli articoli 37-*bis* e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109>>.

L'art. 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 rubricato <<Conferenza di servizi in materia di finanza di progetto>>, dispone che <<Nelle ipotesi di conferenza di servizi finalizzata all'approvazione del progetto definitivo in relazione alla quale trovino applicazione le procedure di cui agli articoli 37-*bis* e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109, sono convocati alla conferenza, senza diritto di voto, anche i soggetti aggiudicatari di concessione individuati all'esito della procedura di cui all'articolo 37-*quater* della legge n. 109 del 1994, ovvero la società di progetto di cui all'articolo 37-*quinquies* della medesima legge>>.

Il contenuto dispositivo della norma sopra riportata non rappresenta, in sé, una novità. Infatti già la legge n. 109 del 1994 contiene una disposizione dal contenuto sostanzialmente analogo, in base alla quale <<Il concessionario, ovvero la società di progetto di cui all'art. 37-*quater*, partecipano alla conferenza di servizi finalizzata all'esame ed all'approvazione dei progetti di loro competenza; in ogni caso essi non hanno diritto di voto>> (art. 19, comma 2-*quater* della legge n. 109 del 1994) ⁽²⁾.

⁽²⁾ La norma riportata si trova riprodotta nella sostanza, anche se non nella forma e con una evidente imperfezione formale, nell'art. 143, comma 10°, del d.lgs. n. 163 del 2006, ai sensi del quale <<Il concessionario partecipa alla conferenza di servizi finalizzata all'esame e all'approvazione dei progetti di loro competenza, senza diritto di voto. Resta ferma l'applicazione dell'articolo 14 *quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni>>.

Tuttavia, l'inserimento della norma in oggetto nella legge n. 241 del 1990, letta nel contesto del complesso delle modifiche apportate alla legge generale sul procedimento amministrativo dalla legge n. 15 del 2005, non può non sollecitare un rinnovato interesse degli interpreti per il procedimento c.d. di finanza di progetto.

La finanza di progetto, per quanto rileva in questa sede, è un procedimento amministrativo preordinato alla realizzazione di lavori pubblici, il quale trova la propria previsione e disciplina negli artt. 37-*bis* e seguenti della legge n. 109 del 1994 (<<Legge quadro in materia di lavori pubblici>>, c.d. Merloni).

Si tratta di un procedimento amministrativo dotato di varie specificità, che lo caratterizzano in modo particolare rispetto ai procedimenti amministrativi preordinati alla realizzazione di opere pubbliche mediante appalto o concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche. Come si cercherà di dimostrare negli ultimi due paragrafi del presente capitolo, dette specificità, da una parte, giustificano l'introduzione nella legge n. 241 del 1990 della norma qui in commento, dall'altra, impongono una attenta lettura dei principi dell'azione amministrativa stabiliti nell'art. 1, comma 1 della stessa legge sul procedimento.

Prima di procedere all'analisi del procedimento c.d. di finanza di progetto, è necessario delimitare il campo della presente indagine e porre una conseguente premessa di metodo.

La finanza di progetto è stata ideata concettualmente nell'ambito dell'economia aziendale, come particolare tecnica di finanziamento di intraprese economiche. Sotto il profilo giuridico, essa è stata costruita e implementata nel mondo della contrattualistica, soprattutto internazionale: si tratta infatti di una tecnica di finanziamento che si realizza giuridicamente attraverso una complessa rete di contratti collegati tra loro (che legano i vari soggetti coinvolti: ideatori, progettisti, finanziatori, realizzatori, gestori dell'opera)⁽³⁾. La finanza di progetto, dunque, è una figura che nasce e si sviluppa, concettualmente e giuridicamente, al di fuori del diritto amministrativo.

⁽³⁾ Sul concetto di finanza di progetto, nella dottrina aziendalistica cfr. P.K. NEVITT, *"Project financing"*, Bari, 1988 (trad. it. a cura di P. DE SURY); in relazione ai profili civilistici e contrattuali, cfr. M. MISCALI, *Il "project financing"*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, a cura di F. GALGANO, I, Torino, 1995, p. 729 ss., G.L. RABITTI, *"Project finance" e collegamento contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1996, p. 225 ss., G.B. NUZZI, *Il "project financing" in Italia: esperienze e prospettive*, in *Dir. comm. Internaz.*, 1998, p. 681 ss., C. PAGLIETTI, *Profili civilistici del project financing*, in *NGCC*, 2003, p. 283 ss..

<<In termini descrittivi, il *project financing* può essere definito come una complessa operazione economica di finanziamento di un determinato progetto, capace di differenziarsi dai sistemi più tradizionali di finanziamento per la particolare rilevanza che in esso assume lo scopo del finanziamento stesso. In altri termini, mentre gli strumenti tradizionali di finanziamento si risolvono tutti, al di là delle specifiche caratteristiche di ciascuno, in un prestito volto a finanziare genericamente tutta l'attività economica dell'impresa finanziata, nel *project financing* il prestito – o meglio, la pluralità di prestiti che costituisce la sostanza dell'operazione – mira alla realizzazione di una particolare opera o attività, in ragione del fatto che dal ritorno economico di tale opera dipende in definitiva la remunerazione del finanziatore. // Sempre su un piano strettamente descrittivo, va evidenziato un altro carattere essenziale del *project financing*, specie nelle sue applicazioni più recenti ed evolute: si tratta della capacità di realizzare un articolato piano di distribuzione del rischio tra una congerie di figure diverse, talora suscettibili di cumularsi in capo agli stessi soggetti (promotori, Ente pubblico concedente, investitori, finanziatori, gestori, etc.): tale piano tende essenzialmente a fare sì che l'alea insita in ogni operazione economica, si mantenga per ciascuno dei soggetti coinvolti, entro livelli accettabili di tollerabilità, e non si frapponga quale ostacolo insormontabile alla realizzazione di opere di ingente impatto economico-finanziario. // Le due caratteristiche economiche del *project financing*, che si sono brevemente enucleate, spiegano perché sul versante schiettamente giuridico, le operazioni in esame presentano quasi sempre due aspetti peculiari: a) la presenza di una forte ingerenza dei finanziatori nella preparazione e nella realizzazione del progetto, sin dalle primissime fasi in cui l'operazione prende corpo; b) il fatto che in termini giuridici il *project financing* si presenti all'osservatore esterno come una sommatoria di contratti, di diverso contenuto, spesso intercorrenti tra soggetti diversi, ma funzionalmente collegati in vista del raggiungimento di uno scopo unitario>>. Gli aspetti, che rappresentano i tratti salienti della finanza di progetto, <<non trovano nel principale testo normativo di riferimento in materia di *project financing*, e cioè la nota legge n. 109 del 1994, una diretta considerazione: tale disciplina è infatti incentrata sul rapporto tra i protagonisti privati dell'operazione (promotori, società di progetto etc.) e l'Amministrazione competente ad indire la gara per la realizzazione e gestione dell'opera pubblica; per questo si prendono in considerazione le proposte avanzate dai promotori all'Amministrazione aggiudicatrice ai fini della realizzazione di lavori di pubblica utilità; si disciplinano le caratteristiche formali della società di progetto costituita dall'aggiudicatario, società destinata a subentrare nel rapporto di concessione all'aggiudicatario stesso divenendo così controparte immediata del rapporto di concessione. // Rispetto a questi aspetti, il versante contrattualistico dell'operazione rimane del tutto in ombra; a ciò si aggiunga che gran parte della prassi contrattualistica del *project financing* è di stretta derivazione anglosassone, e ciò costringe l'interprete ad un'attenta verifica della compatibilità di modelli ed istituti di derivazione straniera con principi e regole dell'ordinamento giuridico italiano>> (4).

Pertanto, non è la finanza di progetto in senso proprio a costituire l'oggetto della presente analisi, bensì un particolare procedimento amministrativo attraverso il quale il

(4) E. PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica (Prima parte)*, in *Cons. Stato*, 2002, II, p. 2047.

legislatore ha inteso consentire alle pubbliche amministrazioni di avvalersi di tale tecnica di finanziamento per la costruzione e gestione di opere pubbliche.

Il presente capitolo è dunque dedicato all'analisi della disciplina contenuta negli articoli da 37-bis a 37-nonies della legge n. 109 del 1994 nonché, per quanto di rilievo, nella legge n. 241 del 1990, ossia della disciplina procedimentale e sostanziale dettata dal Legislatore allo scopo di favorire la possibilità per le pubbliche amministrazioni di utilizzare, per le opere pubbliche, le modalità finanziarie e contrattuali della finanza di progetto ⁽⁵⁾.

Dall'indicata delimitazione del campo di indagine deriva una conseguenza di metodo.

La disciplina del procedimento di finanza di progetto, che deve qui essere esaminata, si inquadra sistematicamente nella legge quadro sui lavori pubblici nonché nella legge n. 241 del 1990. Il procedimento della finanza di progetto, infatti, non rappresenta un istituto autonomo e sottratto ai principi in materia di affidamento dei lavori pubblici, ma un sistema di realizzazione di questi ultimi che trova la propria disciplina di base nelle comuni norme che regolano la concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche ⁽⁶⁾.

Si tratta pertanto di una disciplina, sostanziale e procedimentale, di diritto amministrativo. Ne consegue, sotto il profilo del metodo, che l'analisi dovrà essere condotta attenendosi strettamente al principio di legalità e tipicità, quali principi fondanti di ogni disciplina di diritto amministrativo ⁽⁷⁾.

2. I sistemi di realizzazione dei lavori pubblici: appalto; concessione di costruzione e gestione; concessione di costruzione e gestione di finanza di progetto.

⁽⁵⁾ Per un'analisi della disciplina speciale del procedimento di finanza di progetto per la realizzazione delle grandi infrastrutture, contenuta negli artt. 7 e 8 del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, si rinvia a *La realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*, Commentario a cura di G. CAIA, G. CUGURRA, D. DE PRETIS, G. SCIULLO, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2003, p. 995 ss. Per una disamina della legislazione regionale in tema di finanza di progetto si rinvia a L. DRAGHETTI, *Finanza di progetto come partnership tra pubblico e privato: aspetti di criticità e prospettive*, in www.giustamm.it, n. 9-2005, p. 11.

⁽⁶⁾ In questo senso, Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁷⁾ F. MERUSI, *Lettura magistrale*, Celebrazioni del cinquantenario della S.P.I.S.A., Bologna, 24 ottobre 2005, Atti non ancora pubblicati.

Prima di analizzare il procedimento della finanza di progetto nei suoi profili strutturali e funzionali, è necessario tracciare sinteticamente il panorama delle modalità di realizzazione dei lavori pubblici in cui esso si inserisce ⁽⁸⁾.

I sistemi di realizzazione di lavori pubblici previsti dalla legge n. 109 del 1994 (c.d. Merloni) sono fondamentalmente due: il contratto di appalto di lavori pubblici e il contratto di concessione di lavori pubblici (art. 19, comma 01). I relativi procedimenti amministrativi si inquadrano nella categoria dei procedimenti contrattuali ⁽⁹⁾.

I contratti di appalto di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso aventi per oggetto la sola esecuzione di lavori pubblici ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici (art. 19, comma 1, della legge n. 109 del 1994). La controprestazione a favore dell'appaltatore è costituita da un prezzo. Gli appalti sono affidati mediante pubblico incanto o licitazione privata, ponendo a base di gara un progetto preliminare (art. 20, comma 1, della legge n. 109 del 1994). L'aggiudicazione degli appalti è effettuata con il criterio del prezzo più basso ovvero può essere effettuato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 21, comma 1 e comma 1-ter, della legge n. 109 del 1994).

Le concessioni di lavori pubblici sono contratti aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici nonché la loro gestione funzionale ed economica (art. 19, comma 2, della legge n. 109 del 1994). La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati, ovvero da tale diritto accompagnato da un prezzo, stabilito in sede di gara. Le concessioni sono affidate mediante licitazione privata, ponendo a base di gara un progetto almeno di livello preliminare predisposto dall'amministrazione (art. 20, comma 2, della legge n. 109 del 1994), con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 21, comma 2, della legge n. 109 del 1994).

La legge n. 415 del 1998 (c.d. Merloni ter), inserendo nella legge n. 109 del 1994 gli articoli da 37-bis a 37-nonies, ha aggiunto all'appalto e alla concessione di

⁽⁸⁾ Per una ricostruzione dell'attuale ordinamento generale in materia di lavori pubblici, cfr. A. MARI, *Le infrastrutture*, in *Trattato di Diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, tomo II, Milano, Giuffrè, 2003, p. 1861 ss.

⁽⁹⁾ Per una disamina della tipologia dei procedimenti amministrativi, cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di MAZZAROLLI e Altri, Monduzzi, Bologna, 2005, p. 743 ss.

costruzione e gestione di cui sopra, una speciale forma di concessione di costruzione e gestione, quella di finanza di progetto.

Dalla sua introduzione nel 1998 ad oggi la relativa disciplina è stata oggetto, pur nel breve lasso di tempo intercorso, di numerose modifiche (cfr. la legge 17 maggio 1999, n. 144 e la legge 1 agosto 2002, n. 166), e non appare ancora definitivamente stabilizzata. Basti considerare, sotto quest'ultimo profilo, i seguenti elementi: il ricorso 24 settembre 2004 della Commissione delle Comunità europee alla Corte di Giustizia contro la Repubblica italiana (Causa C-412/04) ⁽¹⁰⁾, in cui si sostiene che alcuni profili della attuale disciplina si pongono in contrasto con il principio di parità di trattamento; le modifiche apportate alla disciplina dalla legge 18 aprile 2005, n. 62 (c.d. Legge Comunitaria 2004) per cercare di conformarsi alle osservazioni della Commissione; il d.d.l. S-3320, recante <<Riforma organica della procedura di finanza di progetto>>, attualmente all'esame della Commissione Lavori pubblici del Senato della Repubblica ⁽¹¹⁾. Le "evidenti difficoltà" che incontra il Legislatore nell'inserire la finanza di progetto nel contesto della disciplina delle opere pubbliche, in collegamento con il generale stato di "precarietà" che attualmente caratterizza la normativa sui lavori pubblici, sono chiaramente evidenziate da MERUSI ⁽¹²⁾.

Le modifiche ripetutamente apportate alla disciplina del procedimento della finanza di progetto hanno posto il problema della loro applicazione ai procedimenti in corso. Tale questione va risolta sulla base del criterio intertemporale comunemente indicato dalla giurisprudenza, nel senso della vincolatività della *lex specialis* fissata con gli atti di gara, ancorché non coerente con lo *ius superveniens* intervenuto dopo la loro emanazione, con la conseguenza di assoggettare il procedimento alla disciplina vigente all'epoca di pubblicazione del bando ⁽¹³⁾. Tra l'altro, questo criterio intertemporale ha trovato conferma nel regolamento di attuazione della legge n. 109 del 1994 (d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, <<Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni>>), il quale all'art. 232, comma 3, espressamente prevede che <<Le norme del regolamento che attengono alle modalità di svolgimento delle procedure di gara per l'aggiudicazione di lavori e servizi si applicano ai bandi pubblicati successivamente alla loro entrata in vigore>>. Con riferimento alla procedura della finanza di progetto il momento della pubblicazione del bando va

⁽¹⁰⁾ in G.U.C.E. 4 dicembre 2004.

⁽¹¹⁾ Cfr. M. CLARICH, *Le novità introdotte per il Project financing: la figura del promotore*, relazione a Convegno, Atti non pubblicati; sul ricorso della Commissione alla Corte di Giustizia, cfr. altresì M.D. TRAINA, *Verso il recepimento delle direttive sugli appalti pubblici: il dialogo competitivo (e di alcuni problemi circa la competenza delle regioni)*, in www.giustamm.it, n. 12-2005.

⁽¹²⁾ F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, in *Banca Impresa Società*, 2003, p. 479 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2001, n. 4989; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2000, n. 2237; Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 1998, n. 224. Per un approfondimento della problematica del diritto intertemporale nei procedimenti concorsuali, cfr. G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem, Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 142 ss..

individuato nella indizione della gara con a base il progetto preliminare presentato dal promotore, prevista dall'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a) della legge n. 109 del 1994 ⁽¹⁴⁾.

Appare dunque importante rimarcare che il procedimento della finanza di progetto è stato configurato dal legislatore non come istituto giuridico autonomo e autosufficiente, bensì come una speciale forma dell'istituto della concessione di costruzione di costruzione e gestione, già prevista e disciplinata nell'art. 19, comma 2 della legge n. 109 del 1994 ⁽¹⁵⁾. La dizione più rigorosa ed esatta della finanza di progetto appare dunque quella di <<concessione di costruzione e gestione con promotore>> ⁽¹⁶⁾.

La finanza di progetto è una figura di concessione di costruzione e gestione di opera pubblica caratterizzato da alcune peculiarità. Ciò deve essere tenuto presente per ricostruire e interpretare correttamente la relativa disciplina positiva: questa è rappresentata dalle specifiche norme dettate dagli artt. 37-*bis* ss. della legge n. 109 del 1994 nonché, in via residuale ed in quanto compatibili con i caratteri specifici della finanza di progetto, dalle disposizioni in tema di concessione di costruzione e gestione (art. 19, comma 2 della legge n. 109 del 1994) ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁴⁾ Questo dato è chiaramente illustrato nella Determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici 16 ottobre 2002, 27, in *www.avlp.it*. In giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316, in *www.giustizia-amministrativa.it*, Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847, in *Urb Appl.*, 2005, p. 435 ss., con nota di M. BALDI.

⁽¹⁵⁾ L'art. 37-bis, nel configurare il procedimento della finanza di progetto, si esprime in termini di <<contratti di concessione, di cui all'art. 19, comma 2, con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi>>. Tale elemento è stato sottolineato dal Consiglio di Stato per affermare come le relative controversie rientrino nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. d) del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, il quale attribuisce a detta giurisdizione le controversie <<aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti alla applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale>> (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287 p.to 2 delle considerazioni in diritto). Cfr. anche Atto di regolazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici 26 ottobre 2000, n. 51, in *www.avlp.it*. Per alcune riflessioni sul rapporto tra finanza di progetto e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, cfr. E. PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica (Seconda parte)*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 109.

⁽¹⁶⁾ Cfr. N. LUGARESÌ, *Concessione di costruzione e gestione e "project financing": problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. appl.*, 2001, p. 648.

⁽¹⁷⁾ In questo senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che <<il project financing non rappresenta un istituto autonomo e sottratto ai principi in materia di affidamento dei lavori pubblici, ma un sistema di realizzazione di queste ultime che si basa sulle comuni norme che regolano la concessione>>. In dottrina, cfr. E. PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica (Prima parte)*, cit., p. 2057, dove afferma come il rinvio alle regole della concessione di costruzione e gestione è la regola, mentre la deroga è l'eccezione che deve essere formulata in modo espresso dalle norme che si occupano specificamente di disciplinare il *project financing* pubblico.

Si devono ora evidenziare le principali specificità che caratterizzano il procedimento della finanza di progetto rispetto alla figura generale della concessione di costruzione e gestione.

La caratteristica più rilevante e qualificante è rappresentata da un coinvolgimento del privato anticipato e particolarmente pregnante, che si concretizza nell'individuazione di scelte progettuali e finanziarie che, nelle altre procedure di realizzazione di lavori pubblici, sono riservate alla pubblica amministrazione. Un coinvolgimento che fa della finanza di progetto una delle espressioni più significative di partenariato pubblico-privato presenti nel nostro ordinamento ⁽¹⁸⁾.

Le specificità della finanza di progetto sono relative, essenzialmente, a tre momenti: l'iniziativa; la strutturazione del procedimento di aggiudicazione della concessione; la fase di esecuzione del contratto.

Quanto all'iniziativa, mentre la concessione in generale è un procedimento ad iniziativa dell'amministrazione, la finanza di progetto è un procedimento ad iniziativa privata (ovvero, più esattamente, ad iniziativa di un soggetto, pubblico o privato, terzo rispetto all'amministrazione). Ciò significa che mentre nella concessione in generale, il procedimento di aggiudicazione si basa di un progetto preliminare di realizzazione e gestione dell'opera predisposto dalla pubblica amministrazione, la finanza di progetto si fonda su di un progetto preliminare ed una proposta di realizzazione e gestione dell'opera elaborata da soggetti, pubblici o privati, ma comunque terzi rispetto all'amministrazione aggiudicatrice. Tali soggetti vengono significativamente denominati dall'art. 37-bis <<promotori>> (della realizzazione e gestione dell'opera), e il relativo procedimento può essere correttamente qualificato come <<concessione di costruzione e gestione con promotore>>.

Il secondo fondamentale elemento di distinzione attiene alla strutturazione del procedimento di aggiudicazione. Il procedimento preordinato all'aggiudicazione della concessione in finanza di progetto è più complesso e articolato di quello relativo alla concessione in generale. Basti considerare che per giungere all'aggiudicazione è previsto lo svolgimento di tre momenti di selezione: selezione della proposta migliore tra quelle presentate dagli aspiranti promotori; selezione delle due migliori offerte che

⁽¹⁸⁾ Per un inquadramento della finanza di progetto nell'ambito delle forme di partenariato pubblico-privato individuate nella prospettiva dell'ordinamento comunitario, cfr. *Il Partenariato pubblico-privato*,

potranno concorrere con quella del promotore; confronto tra le due migliori offerte (individuata nella seconda fase di selezione) e la proposta del promotore (individuata nella prima fase). La maggiore articolazione e complessità è determinata proprio dalla circostanza che il procedimento è ad iniziativa privata (ovvero, più esattamente, ad iniziativa di un soggetto, pubblico o privato, terzo rispetto all'amministrazione)

La terza particolarità attiene alla disciplina relativa alla fase dell'esecuzione del contratto. Si prevede la possibilità di costituire una società di progetto che subentri all'aggiudicatario nella titolarità della concessione, ed è dettata una particolare disciplina per i casi di risoluzione del contratto di concessione per inadempimento di una delle due parti o di revoca da parte dell'amministrazione. Tale normativa è posta in funzione di tutela dei finanziatori della società di progetto.

Gli elementi indicati saranno oggetto di specifica analisi nei successivi paragrafi del presente capitolo.

Al di là degli elementi ora evidenziati, attinenti alla disciplina positiva dei due procedimenti, la migliore dottrina si è interrogata su quale sia, o dovrebbe essere, la differenza sostanziale tra concessione di costruzione e gestione tradizionale e concessione in finanza di progetto. Perché la concessione in finanza di progetto sia qualcosa di sostanzialmente nuovo e diverso rispetto alla tradizionale concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche è necessario che sia inteso e applicato come un sistema di finanziamento puramente oggettivo, incentrato sul progetto, senza legame alcuno con la finanza pubblica, ossia «un sistema privo di garanti pubblici attivabili di diritto (come nel caso delle fidejussioni pubbliche che accompagnavano le obbligazioni) o di fatto (come nel caso del socio unico mascherato, ma non troppo, dietro enti e società in unica determinante statale)»⁽¹⁹⁾.

Nella tradizionale esperienza concessoria italiana «Lo Stato che istituiva società a partecipazione statale e concedeva loro la costruzione e gestione di opere pubbliche fidando nella loro capacità di indebitamento derivante dalla loro natura pubblica e, quando non bastava, dalla garanzia dello Stato che accompagnava l'emissione dei loro titoli di indebitamento, barava con il mercato, il quale non scrutinava la validità dell'affare, fidando nella solvibilità finale dei pubblici poteri»⁽²⁰⁾. In altre parole, «ciò che maggiormente e storicamente ha caratterizzato la concessione di costruzione e gestione è stata, in realtà, l'assenza del rischio di gestione dell'opera. // Infatti, le grandi infrastrutture realizzate in regime di concessione di costruzione e gestione, sono state pressoché tutte realizzate da enti o società a totale o prevalente capitale pubblico. // ... E' chiaro che in tale prospettiva gli elementi fondamentali del *project*

Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione, a cura di M.P. CHITI, Bononia University Press, Bologna, 2005.

⁽¹⁹⁾ F. MERUSI, *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in *Riv. trim. appl.*, 1998, p. 226

⁽²⁰⁾ F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, cit., p. 487.

financing (iniziativa economicamente valida, gestione separata, ripartizione equa dei rischi) perdevano significato>> ⁽²¹⁾).

La finanza di progetto è qualcosa di sostanzialmente diverso nel momento in cui la pubblica amministrazione scende nel mercato e si comporta secondo la logica del mercato, con tutte le conseguenze che da ciò conseguono in termini di necessario cambiamento delle procedure di ingresso nel mercato delle opere pubbliche, di necessaria unità della pubblica amministrazione contraente e di tutela dell'affidamento nei piani economici e finanziari ⁽²²⁾. Ma, come osservato da attenta dottrina, non si può ritenere che questa rottura con gli schemi del passato si sia effettivamente consumata ⁽²³⁾.

3. Il procedimento della finanza di progetto: profilo funzionale e strutturale.

Il procedimento della finanza di progetto è il procedimento previsto e disciplinato in modo tale da favorire la conclusione, come risultato finale, non di un normale contratto di concessione di costruzione e gestione, ma di un contratto di concessione di costruzione e gestione di finanza di progetto.

Le peculiarità del risultato finale cui si vuole arrivare (contratto di concessione e gestione in finanza di progetto) determinano una particolare strutturazione del procedimento.

Questo può essere considerato articolato in tre fasi fondamentali:

- programmazione, da parte della pubblica amministrazione, dei lavori da realizzare, con individuazione delle opere idonee ad essere oggetto di un procedimento di finanza di progetto;
- individuazione, da parte della pubblica amministrazione, della proposta di finanza di progetto che meglio risponde all'interesse pubblico e che verrà posta a base della procedura ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario. Questa fase si snoda attraverso quattro momenti: pubblicazione dell'avviso; presentazione delle proposte da parte degli aspiranti promotori; valutazione di fattibilità tecnico-economica delle proposte; valutazione di interesse pubblico delle proposte, condotta singolarmente ed in comparazione tre loro, con individuazione di quella

⁽²¹⁾ R. VIRGILIO, *Finanza di progetto nel sistema di realizzazione dei lavori pubblici*, in *Finanza di progetto*, a cura di G. MORBIDELLI, Giappichelli, Torino, 2004, p. 30.

⁽²²⁾ F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, cit., p. 479 ss.

⁽²³⁾ N. LUGARESI, *Concessione di costruzione e gestione e "project financing": problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, cit. p. 648.

migliore, da porre a base della procedura ad evidenza pubblica di selezione del concessionario;

- procedura ad evidenza pubblica per la selezione del concessionario incaricato della realizzazione e gestione dell'opera in finanza di progetto.

Di queste tre fasi quella che caratterizza in modo specifico la procedura della finanza di progetto è la seconda, relativa alla individuazione della proposta di interesse pubblico. Sia la prima che la terza sono infatti presenti anche negli ordinari procedimenti di affidamento di appalti o concessioni di opera pubblica. La seconda, invece, è legata alla presenza di un promotore privato, ossia terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, e dunque è caratteristica del procedimento di finanza di progetto.

3.1. La programmazione pubblica delle opere, con individuazione di quelle finanziabili con capitali privati.

L'attività di realizzazione di lavori pubblici è soggetta al principio fondamentale della programmazione. Programmare significa individuare i lavori pubblici che rispondono ai bisogni della collettività e indicare un ordine di priorità per la loro realizzazione. Questa attività è riservata dalla legge alla pubblica amministrazione, e si concretizza sostanzialmente nel predisporre ed approvare un programma triennale dei lavori da realizzare, aggiornato annualmente, strutturato secondo un ordine di priorità di interventi (cfr. l'art. 14 della legge n. 109 del 1994).

Queste fondamentali regole valgono anche nel procedimento di finanza di progetto, il quale non è sottratto al principio della programmazione pubblica⁽²⁴⁾.

Ai sensi dell'art. 37-*bis* della legge n. 109 del 1994, le proposte presentate alle amministrazioni dagli aspiranti promotori devono essere relative <<alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale di

⁽²⁴⁾ Il vincolo della programmazione triennale è stato recentemente sottolineato da TAR Toscana, sez. II, 4 maggio 2005, n. 2051, in www.giustamm.it. In tale sentenza si afferma altresì che <<La "ratio" che lega l'avvio della proposta progettuale in finanza di progetto al vincolo della programmazione è da individuare nell'esigenza di evitare che vengano realizzate opere inutili o al di fuori delle linee programmatiche assunte per la soddisfazione dei bisogni della collettività. Il vincolo della programmazione triennale o degli altri strumenti programmatici rappresenta pertanto una garanzia delle esigenze sociali e degli interessi pubblici che le amministrazioni pubbliche devono soddisfare>>.

cui all'art. 14, comma 2, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente>> (25).

Nel predisporre la programmazione, alla pubblica amministrazione è riservato anche il compito di considerare e valutare se le opere previste siano o meno suscettibili di gestione economica e quindi se la loro realizzazione sia finanziabile con capitali privati (26).

Alla pubblica amministrazione è pertanto attribuita in via esclusiva non solo l'individuazione dei lavori pubblici rispondenti ai bisogni propri e della collettività, ma anche la valutazione, nell'ambito di questi, di quelli che siano suscettibili di gestione economica e la cui realizzazione sia quindi finanziabile con capitali privati.

E' soltanto a valle di questa attività che soggetti terzi rispetto all'amministrazione possono intervenire in veste di promotori, ossia avanzando una proposta di costruzione e gestione di opere pubbliche in finanza di progetto. Pertanto, <<il promotore non propone un intervento, ma ne sceglie uno tra quelli proposti dalla pubblica amministrazione>> (27).

In realtà, è previsto dalla legge che i soggetti pubblici e privati idonei ad assumere la veste di promotori possano presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, già nell'ambito della fase di programmazione, proposte di intervento di opere pubbliche, con i relativi studi di fattibilità. Ma tale presentazione non determina in capo alla pubblica amministrazione alcun obbligo non solo di inserimento dell'opera nel programma, ma neppure di esame e di valutazione della proposta. Inoltre, nel caso in cui le pubbliche amministrazioni recepiscano nell'ambito dei propri programmi tali proposte, ciò non determina a favore del proponente alcun diritto ad un compenso per le

(25) Per un commento alla norma riportata, nella parte in cui si riferisce agli strumenti di programmazione formalmente approvati, cfr. C.E. GALLO, *Finanza di progetto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, Cedam, Padova, 2004, p. 1094.

(26) In relazione a questa attività valutativa l'art. 7 della legge 17 maggio 1999, n. 144 ha previsto l'istituzione, nell'ambito del CIPE, dell'Unità tecnica - Finanza di progetto, la quale ha il compito, anzitutto, di fornire supporto alle amministrazioni aggiudicatrici nella attività di individuazione delle necessità suscettibili di essere soddisfatte tramite la realizzazione di lavori finanziati con capitali privati in quanto suscettibili di gestione economica. L'Unità assiste altresì le pubbliche amministrazioni che ne facciano richiesta nello svolgimento delle attività di valutazione tecnico economica delle proposte presentate dai soggetti promotori ai sensi dell'art. 37-bis e nelle attività di indizione della gara e della aggiudicazione delle offerte da essa risultanti secondo le modalità previste dall'articolo 37-quater.

(27) N. LUGARESI, *Concessione di costruzione e gestione e "project financing": problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, cit. p. 656. Osservazioni critiche su tale meccanismo sono avanzate da E. PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica (Seconda parte)*, in *Cons. Stato*, 2003, II, p. 106.

prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti (art. 37-bis, comma 1, della legge n. 109 del 1994).

3.2. La selezione della proposta di interesse pubblico.

Caratteristica fondamentale della finanza di progetto è che non vi è un progetto preliminare di realizzazione e gestione dell'opera già elaborato e predisposto dalla pubblica amministrazione.

Tale progetto viene ideato e avanzato dagli aspiranti promotori. L'amministrazione valuterà se le proposte presentate siano realizzabili in finanza di progetto e rispondano all'interesse pubblico, e selezionerà la migliore, la quale rappresenterà la base di una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del concessionario di costruzione e gestione dell'opera.

La selezione della proposta migliore si realizza attraverso quattro passaggi: pubblicazione di un avviso indicativo; presentazione delle proposte da parte degli aspiranti promotori; valutazione di fattibilità tecnico economica delle proposte; valutazione di interesse pubblico delle proposte e individuazione di quella migliore.

La selezione della migliore tra le proposte presentate dagli aspiranti promotori non è stata procedimentalizzata dal legislatore con riferimento alle procedure di gara, e dunque non è vincolata alle rigide forme dell'evidenza pubblica ⁽²⁸⁾. Essa tuttavia, concretizzandosi in una valutazione comparativa svolta in vista dell'attribuzione di

⁽²⁸⁾ Così TAR Puglia, Bari, sez. I, 9 settembre 2004, n. 3877, in www.giustamm.it ha affermato che «In tema dell'affidamento dell'esecuzione di lavori pubblici, le stringenti regole relative alla sigillatura e controfirma dei plichi riguardano le offerte e relativa documentazione nelle gare d'appalto, caratterizzate dall'aggiudicazione del contratto, e non della procedura orientata solo alla selezione di proposta/e in project financing, ispirata a maggiore libertà di forme e quindi contrassegnata da minori vincoli formali, salva l'imprescindibile previa fissazione di criteri valutativi e punteggi a essi aggregati in momento antecedente l'apertura dei plichi». Ancora, TAR Puglia, Lecce, sez. II, 9 marzo 2005, n. 1319, in www.giustamm.it, rimarca come «nell'ambito della procedura di project financing costruita su un modello legale non rigidamente formalistico, ed in particolare nella fase di selezione della proposta di pubblico interesse, le amministrazioni aggiudicatrici godono di una certa libertà nella fase di istruzione delle proposte, tant'è che possono liberamente fare luogo, in sede di verifica dei documenti presentati, alla eventuale richiesta di integrazione documentale». LUGARESÌ *Concessione di costruzione e gestione e "project financing": problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, cit. p. 659, descrive questa selezione come una fase caratterizzata da una certa informalità, avvertendo come tale informalità della procedura potrà avere come probabile conseguenza un elevato grado di contenzioso.

vantaggi economici, deve essere informata ai principi di *par condicio*, imparzialità, trasparenza, economicità e speditezza ⁽²⁹⁾).

3.2. (Segue) Pubblicazione dell'avviso

L'art. 37-*bis*, comma 2-*bis* della legge n. 109 del 1994, dispone che entro venti giorni dalla avvenuta redazione dei programmi di cui all'art. 37-*bis*, comma 1°, le pubbliche amministrazioni rendono pubblica, mediante pubblicazione di un avviso indicativo, la presenza negli stessi programmi di interventi realizzabili con capitali privati, in quanto suscettibili di gestione economica.

L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37-*ter* della legge n. 109 del 1994, in base ai quali l'amministrazione procederà alla valutazione comparativa delle proposte presentate dagli aspiranti promotori. L'avviso deve altresì indicare espressamente che è previsto il diritto a favore di colui che sarà individuato come promotore, ad essere preferito, nell'ambito della procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione, ai soggetti individuati mediante licitazione privata, ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto all'offerta eventualmente più vantaggiosa presentata da uno di questi ultimi (art. 37-*bis*, comma 2-*bis* della legge n. 109 del 1994) ⁽³⁰⁾.

La norma sopra riportata è stata introdotta dall'art. 24, comma 9 della legge 18 aprile 2005, n. 62, c.d. Legge comunitaria 2004, per rispondere alle osservazioni critiche contenute nel ricorso 24 settembre 2004 presentato dalla Commissione delle Comunità

⁽²⁹⁾ In questo senso si sono espressi TAR Liguria, sez. II, 4 aprile 2005, n. 429, TAR Piemonte, sez. I, 23 marzo 2005, n. 651, TAR Toscana, sez. II, 2 agosto 2004, n. 2860, in www.giustamm.it.

⁽³⁰⁾ Sul tema è intervenuto il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti 25 ottobre 2005, pubblicato in G.U. del 28 dicembre 2005, n. 301 recante <<Finanza di progetto - Disciplina delle procedure in corso i cui avvisi indicativi, pubblicati prima della data del 31 gennaio 2005, non contengano l'indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore>>. Mentre l'art. 256 del d.lgs. n. 163 del 2006 dispone l'abrogazione di tale decreto ministeriale, l'art. 253, comma 26°, nell'ambito delle disposizioni transitorie, prevede che <<Le stazioni appaltanti procedono a rendere noto il diritto di prelazione a favore del promotore nel caso di avvisi indicativi pubblicati prima della data del 31 gennaio 2005, che non contengano l'indicazione espressa del diritto di prelazione, secondo le modalità alternativamente specificate ai successivi periodi del presente comma. Ove alla data del 28 dicembre 2005 non sia stato pubblicato il bando per la gara prevista dall'articolo 155, comma 1, lettera a), le stazioni appaltanti inseriscono, al momento della pubblicazione del bando, l'indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore. Ove alla data di pubblicazione del citato decreto sia stato pubblicato il bando per la gara prevista dall'articolo 155, comma 1, lettera a), le stazioni appaltanti, nel corso della successiva procedura negoziata prevista dall'articolo 155, comma 1, lettera b), inviano comunicazione

europee alla Corte di Giustizia contro la Repubblica italiana (Causa C-412/04) ⁽³¹⁾. In tale ricorso la Commissione sostiene che alcuni profili della disciplina della finanza di progetto si pongono in contrasto con il principio comunitario di parità di trattamento. In particolare, si porrebbe in contrasto con tale principio il riconoscimento, in favore del promotore, di due vantaggi competitivi: sotto il profilo procedurale, il fatto che il promotore è automaticamente chiamato a partecipare alla procedura negoziata per l'attribuzione della concessione, indipendentemente da ogni comparazione tra la sua offerta e quelle presentate dai partecipanti alla precedente licitazione privata; sotto il profilo sostanziale, la previsione a favore del promotore della possibilità, al termine della procedura negoziata, di adeguare la sua offerta a quella di altro concorrente ritenuta più conveniente dall'amministrazione, il che si traduce in sostanza nel riconoscimento a favore dello stesso di un diritto di prelazione.

Attraverso la previsione che siano espressamente indicati nell'avviso pubblicato, sia i criteri di selezione delle proposte sia la presenza del diritto di prelazione a favore del promotore, il Legislatore italiano ha ritenuto di superare le osservazioni critiche formulate dalla Commissione.

La vicenda sopra descritta rende ancor più evidente quell'«equivoco di fondo» che, secondo attenta dottrina, permea l'intera disciplina della finanza di progetto, rappresentato dal fatto che «nel momento in cui si intende coinvolgere il privato sempre più a fondo, attraverso uno strumento particolarmente duttile, informale ed innovativo, si pongono peraltro una serie di paletti che comportano un allungamento della procedura anche superiore a quello proprio degli appalti»; ciò in quanto le esigenze pubblicistiche di tutela della concorrenza vengono perseguite secondo meccanismi tradizionali che appaiono, se non incompatibili, certamente di difficile applicazione al meccanismo della finanza di progetto ⁽³²⁾.

Il legislatore, spinto paradossalmente dalle istituzioni comunitarie, continua a dare risposte di tipo tradizionale al problema della articolazione della concorrenza per il mercato delle opere pubbliche. Mentre, con riferimento alla finanza di progetto, la risposta dovrebbe essere diversa: «Se è esatta la tesi che con la finanza di progetto lo Stato entra nel mercato, la risposta non può che essere diversa da quella che il legislatore ha dato finora, nel dichiarato intento di rispettare la normativa comunitaria sulla concorrenza per il mercato delle opere pubbliche. Nella logica di un mercato concorrenziale la previsione,

formale, con l'indicazione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore, unicamente ai soggetti partecipanti alla procedura negoziata».

⁽³¹⁾ Pubblicato in G.U.C.E. 4 dicembre 2004.

⁽³²⁾ N. LUGARESÌ, *Concessione di costruzione e gestione e "project financing": problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, cit. p. 653.

nella programmazione comunque articolata delle opere pubbliche, dell'eseguibilità di un'opera pubblica mediante *project financing* costituisce un'offerta al pubblico, cioè una offerta agli operatori del mercato variamente interessati all'esecuzione e alla gestione di un'opera pubblica. La concorrenzialità richiesta dalle procedura comunitarie previste per determinare la concorrenza per il mercato non può che riferirsi al concorso fra più progetti presentati in risposta all'offerta al pubblico presentata dalla Pubblica Amministrazione, non alla concessione dell'opera pubblica dopo la presentazione di un *project financing*, con la conseguente problematica della concedibilità di una prelazione al presentatore del progetto o della concessione di rimborsi per le spese sostenute all'autore del progetto risultato pretermesso in seguito ad una gara bandita sulla base di un progetto da lui presentato. // Quando lo Stato entra nel mercato la gara per accedere la mercato dell'opera pubblica coincide con l'offerta al pubblico dell'eseguibilità dell'opera attraverso finanza di progetto ed il concorso va esperito fra più progetti, se e in quanto questi vengano presentati in riferimento ad un'opera pubblica offerta al pubblico degli operatori di "finanza di progetto". Operando diversamente si lede la *par condicio* dei destinatari dell'offerta, si favoriscono iniziative di tipo parassitario contrarie alla normativa sulla concorrenza e si introducono nel costo dell'opera spese non necessarie che finiscono per gravare sull'ammortamento finanziario già di per sé complesso si un'opera pubblica a redditività futura>>. Di assoluta attualità, pertanto, l'auspicio che chiude il ragionamento: <<La concorrenza per il mercato non può che avvenire secondo la logica del mercato, una logica che non potrà non informare anche le decisioni comunitarie sollecitate prima o poi a dirimere la questione>> ⁽³³⁾.

In seguito alla modifica apportata all'art. 37-bis della legge n. 109 del 1994 dalla legge n. 62 del 2005, come già detto, i criteri di selezione delle proposta vanno inseriti nell'avviso indicativo. Si deve precisare come già prima di tale modifica legislativa la giurisprudenza aveva affermato la necessità che la valutazione delle proposte fosse preceduta dalla fissazione di criteri imparziali e oggettivi di valutazione. Tale obbligo era legato alla circostanza che il sub-procedimento di selezione in questione, pur non essendo configurabile alla stregua di una procedura di gara ad evidenza pubblica, era preordinato all'attribuzione di vantaggi economici, con conseguente necessaria applicazione dell'art. 12 della legge n. 241 del 1990 ⁽³⁴⁾.

La novità introdotta dal legislatore del 2005 consiste pertanto nel fatto che mentre prima i criteri di massima non erano normativamente individuati e la loro determinazione poteva avvenire in qualsiasi momento antecedente l'esame e la valutazione delle proposte, oggi essi devono essere individuati nell'ambito di quelli

⁽³³⁾ F. MERUSI, *Certezza e rischio nella finanza di progetto delle opere pubbliche*, cit., p. 485.

⁽³⁴⁾ In questo senso si sono espressi TAR Liguria, sez. II, 4 aprile 2005, n. 429, TAR Piemonte, sez. I, 23 marzo 2005, n. 651, TAR Toscana, sez. II, 2 agosto 2004, n. 2860, in www.giustamm.it.

indicati nell'art. 37-ter della legge n. 109 del 1994 e vanno indicati già nell'avviso pubblico.

In proposito, la giurisprudenza ha efficacemente evidenziato come la previsione del diritto di prelazione a favore del promotore ha determinato la necessità di garantire la massima partecipazione nella fase iniziale della procedura, rappresentata dalla presentazione delle proposte, con conseguente obbligo di pubblicazione dell'avviso e indicazione nell'avviso stesso dei criteri di valutazione. In altre parole, l'introduzione del diritto di prelazione a favore del promotore ha fatto sì che la scelta del promotore sia divenuta un momento decisivo della procedura di finanza di progetto, con conseguente necessità di garantire già in questa fase il pieno rispetto dei principi di concorrenza e trasparenza ⁽³⁵⁾.

3.2. (Segue) Presentazione delle proposte da parte degli aspiranti promotori.

Il promotore è il soggetto centrale del procedimento di finanza di progetto, in quanto elabora e sottopone alla pubblica amministrazione la proposta di realizzazione e gestione dell'opera a mezzo di concessione, con risorse totalmente o parzialmente a proprio carico.

L'art. 37-bis, comma 2 della legge n. 109 del 1994 individua i soggetti che possono assumere la veste di promotori. Essi sono: i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento ⁽³⁶⁾; i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento di lavori pubblici (art. 10 della legge n. 109 del 1994); le società di ingegneria (art. 17, comma 1°, lett. f della legge n. 109 del 1994); le fondazioni bancarie (quali soggetti operanti nei settori ammessi di cui all'art. 1, comma 1. Lett. c-bis del d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153); le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

L'art. 99 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 ha specificato gli <<idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali>> come segue: <<1. Possono presentare le proposte di cui all'art. 37-bis della legge, oltre ai soggetti elencati negli articoli 10 e 17, comma 1, lett. f), della legge, soggetti che svolgono in via professionale attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel

⁽³⁵⁾ In questo senso Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316, in www.giustizia-amministrativa.it.

campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità e dei servizi alla collettività, che negli ultimi tre anni hanno partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo almeno pari a quello oggetto della proposta.// 2. Possono presentare proposte anche soggetti appositamente costituiti, nei quali comunque devono essere presenti in misura maggioritaria soci aventi i requisiti di esperienza e professionalità stabiliti nel comma 1. // 3. Al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il promotore deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 98>> ⁽³⁷⁾.

E' importante sottolineare come la legittimazione ad assumere la veste di promotore si estenda ben oltre i soggetti ammessi a partecipare alle procedure per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici.

<<Il legislatore ha chiaramente inteso rendere ampia la sfera di coloro cui è riconosciuta la possibilità di presentare proposte e di conseguenza estendere l'applicabilità dell'istituto del *project financing*, oltre che ai soggetti costruttori-gestori anche a coloro che abbiano sviluppato funzioni e competenze finanziarie, gestionali, immobiliari e di marketing maggiormente significative in operazioni di finanza di progetto ovvero in operazioni di realizzazione di opere pubbliche in genere. Possono pertanto assumere il ruolo di promotori anche imprese interessate indirettamente alla realizzazione del progetto, le banche e gli altri investitori istituzionali, soggetti giuridici che offrono servizi di consulenza o di gestione nel campo dei lavori pubblici... Si ritiene, in conclusione, sul punto corretta un'interpretazione del dettato normativo che consenta una maggiore apertura al mercato dei promotori, tanto più che, a garanzia dell'amministrazione, è posta la necessità che il promotore stesso sia in possesso dei requisiti propri del concessionario al momento dell'indizione della gara, mentre al momento della presentazione della proposta appare sufficiente il possesso dei requisiti di cui all'art. 99 del DPR 554/1999>> ⁽³⁸⁾.

Dunque, i requisiti richiesti per essere promotori, specificati nell'art. 99 (<<*Requisiti del promotore*>>) del d.p.r. n. 554/1999, sono diversi da quelli richiesti per divenire concessionari di lavori pubblici, dettati nell'art. 98 (<<*Requisiti del concessionario*>>) del medesimo regolamento. In ogni caso, il promotore, nel momento in cui concorra per l'affidamento della concessione, deve dimostrare, anche associando o consorziando altri soggetti, il possesso dei requisiti previsti per divenire il

⁽³⁶⁾ Cfr. l'art. 99 del d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, sotto riportato.

⁽³⁷⁾ Per un commento a tale disposizione cfr. A. DE ROBERTO, in *Commento al regolamento di attuazione delle legge quadro sui lavori pubblici*, a cura di L. GIAMPAOLINO, M.A. SANDULLI, G. STANCANELLI, Milano, Giuffrè, 2001, p. 401

⁽³⁸⁾ Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici, Determinazione n. 20/2001 del 4 ottobre 2001, in www.avlp.it.

concessionario: <<Le norme regolamentari esigono per il concessionario (soggetto che rileva, generalmente, in funzione tecnico-gestionale ed esecutiva), la sussistenza di requisiti ulteriori rispetto a quelli richiesti per il promotore (soggetto che rileva, generalmente, in funzione tecnico-finanziaria), in quanto le due figure possono non coincidere. Per questo il promotore, qualora aspiri all'affidamento della concessione, deve dimostrare il possesso dei requisiti prescritti per il concessionario>> (39).

Ai sensi dell'art. 37-bis, comma 1 della legge n. 109 del 1994 le proposte presentate dagli aspiranti promotori devono contenere: uno studio di inquadramento territoriale e ambientale; uno studio di fattibilità; un progetto preliminare; una bozza di convenzione; un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da una società di servizi finanziari; una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione; l'indicazione degli elementi propri del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (prezzo, valore tecnico ed estetico dell'opera progettata; tempo di esecuzione dei lavori; rendimento; durata della concessione; modalità di gestione, livello e criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza); l'indicazione delle garanzie offerte dal promotore all'amministrazione aggiudicatrice; l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta.

La giurisprudenza ha sottolineato come si tratti di un'elencazione analitica dei contenuti indefettibili delle proposte. In particolare, gli elementi propri del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (il prezzo, il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza, ulteriori elementi individuati in base al piano da realizzare) rappresentano contenuti strutturali della proposta. In assenza di essi, infatti, l'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe determinare i valori da porre a base della gara contemplata dall'art. 37-*quater* per la selezione delle due offerte economicamente più vantaggiose in relazione al piano economico-finanziario presentato dal promotore; inoltre, da una proposta recante un programma operativo non completo non potrebbe derivare, come invece espressamente previsto dall'art. 37-*quater*, comma 2 della legge n. 109 del 1994, alcun valido vincolo per il promotore nell'ipotesi di mancanza di altri concorrenti.

Dalla qualificazione degli elementi indicati nell'art. 37-bis, comma 1 della legge n. 109 del 1994 come contenuti indefettibili della proposta deriva un'ulteriore conseguenza. In relazione ad essi non è concepibile alcuna integrazione postuma, che si risolverebbe, a ben vedere, in una nuova proposta, viepiù formulata dopo la spirare dei termini di presentazione; pertanto, l'assenza di detti elementi nella proposta presentata non è sanabile attraverso la richiesta di integrazione dei documenti prevista dall'art.

(39) Cfr. TAR Lombardia, sez. III, 9 settembre 2003, n. 3724, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2004, p. 547; nello stesso senso, TAR Lazio, Latina, 14 gennaio 2003, n. 1, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2003, p. 1292.

37-bis, comma 2-ter, lett. b), il quale riferisce la verifica di completezza ai soli <<documenti>>, e dunque si limita a contemplare un'ampia possibilità di integrazione, sotto il profilo formale, della documentazione già tempestivamente prodotta ⁽⁴⁰⁾.

Come già indicato, elemento fondamentale della proposta è <<un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritto nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106 del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della l. 23 novembre 1939, n. 1966>>.

L'asseverazione del piano economico-finanziario rappresenta un momento fondamentale del procedimento della finanza di progetto, in relazione al quale si sono poste rilevanti problematiche, relative alla sua funzione, natura giuridica e contenuto, e all'esistenza o meno di un obbligo della banca asseverante a finanziare successivamente l'opera ⁽⁴¹⁾. L'asseverazione viene considerata una dichiarazione di scienza che ha lo scopo di attestare all'amministrazione, sulla base delle ipotesi di dati proposti dai promotori, i seguenti elementi: la coerenza e l'equilibrio del piano economico finanziario; la capacità del progetto di generare adeguati flussi tali da garantire il rimborso del servizio del debito e la remunerazione del capitale di rischio; la possibilità di realizzare l'opera pubblica con il ricorso al capitale privato.

In merito ai caratteri dell'asseverazione si è pronunciata l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. L'Autorità ha puntualizzato che la posizione giuridica del soggetto asseverante è <<una posizione giuridica di diritto privato afferente ad un rapporto giuridico tra privati, cioè tra l'istituto di credito ed il soggetto promotore>>; l'asseverazione non determina <<un rapporto diretto tra amministrazione pubblica e sistema bancario, in quanto l'amministrazione pubblica utilizza per una propria autonoma valutazione le risultanze di un'attività di diritto privato posta in essere dalle banche, che non per questo muta il proprio carattere privatistico originario>>; esiste tuttavia una <<rilevanza pubblicistica>> di tale attività, in quanto <<l'asseverazione e le relative attestazioni rese da un soggetto privato nei confronti di altro soggetto privato costituiscono elemento necessario perché da parte della pubblica amministrazione possa ritenersi ammissibile una finanza di progetto. L'amministrazione infatti, pur nell'assoluta autonomia della propria valutazione della proposta, assume le proprie determinazioni senza rivalutare il contenuto dell'asseverazione, ma utilizzando la stessa come uno degli elementi su cui basare le successive valutazioni>> ⁽⁴²⁾. E' stato inoltre chiarito che l'aver asseverato il piano economico-finanziario non determina alcun obbligo della banca asseverante di divenire finanziatrice del progetto ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2005, n. 1802, (p.ti 6-8 delle considerazioni in diritto), in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁴¹⁾ F.C. NASSETTI, *Valutazione e predisposizione del piano economico finanziario: l'asseverazione bancaria e le responsabilità connesse all'asseverazione*, in *Finanza di progetto*, a cura di G. MORBIDELLI, cit., p. 45 ss.

⁽⁴²⁾ Cfr. Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici, Atto di regolazione 5 luglio 2005, n. 14, in www.avlp.it.

⁽⁴³⁾ F.C. NASSETTI, *Valutazione e predisposizione del piano economico finanziario: l'asseverazione bancaria e le responsabilità connesse all'asseverazione*, in *Finanza di progetto*, a cura di G. MORBIDELLI, cit., p. 48.

Ai sensi dell'art. 37-*bis*, comma 1 della legge n. 109 del 1994 i promotori devono presentare le proposte entro il 30 giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre. Tali termini sono da considerare perentori, in quanto posti a tutela della *par condicio* tra i singoli partecipanti ⁽⁴⁴⁾.

La presentazione da parte dei soggetti interessati (rientranti nelle categorie di cui sopra) di una proposta di realizzazione e gestione di un'opera pubblica (con i contenuti indicati), previamente individuata dalla pubblica amministrazione come rispondente ai bisogni e suscettibile di gestione economica, è il primo e principale elemento che caratterizza il procedimento della finanza di progetto, concessione di costruzione e gestione con promotore.

Il coinvolgimento del privato nella procedura, che si realizza in riferimento agli aspetti progettuali, al finanziamento e alla gestione dell'opera, si manifesta in una fase anticipata, in una fase di scelta che nelle altre procedure di realizzazione di lavori pubblici è ancora riservata alla pubblica amministrazione.

In particolare, nel procedimento di finanza di progetto il privato interviene quando la pubblica amministrazione ha sì individuato l'opera da realizzare sulla base di studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni (art. 14, comma 2 della legge n. 109 del 1994), ma non c'è ancora una progettazione preliminare.

Nelle procedure di appalto di lavori pubblici e di concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche, il progetto preliminare è realizzato dalla pubblica amministrazione e rappresenta un vincolo per il privato che vuole presentare la sua offerta di costruzione (appalto) o costruzione e gestione in un'opera (concessione).

Ai sensi dell'art. 16, comma 3 della legge n. 109 del 1994, <<Il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire e consiste in una relazione illustrativa delle ragioni della scelta della soluzione prospettata in base alla valutazione delle eventuali soluzioni possibili, anche con riferimento ai profili ambientali e all'utilizzazione dei materiali provenienti dalle attività di riuso e riciclaggio, della sua fattibilità amministrativa e tecnica, accertata attraverso le indispensabili indagini di prima approssimazione, dei costi, da determinare in relazione ai benefici previsti, nonché in schemi grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche

⁽⁴⁴⁾ Sulla scansione temporale del procedimento, cfr. C.E. GALLO, *Finanza di progetto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, cit., p. 1101.

dei lavori da realizzare; il progetto preliminare dovrà inoltre consentire l'avvio della procedura espropriativa>>.

La circostanza che il privato avanzi una proposta di realizzazione e gestione di opera pubblica che comprende anche la progettazione preliminare rappresenta il principale elemento che distingue una iniziativa (o promozione) privata per la relazione e gestione di un'opera pubblica in finanza di progetto da un'offerta presentata in sede di gara per una concessione di costruzione e gestione. L'importanza di tale elemento differenziale si coglie in via immediata se si considera che, come anche recentemente sottolineato dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, <<l'attività di progettazione e il progetto che di essa è il risultato, assumono nell'ordinamento dei lavori pubblici un'importanza ed una centralità assolutamente primaria>>, anche perché <<dal progetto redatto correttamente dipende in gran parte l'esito positivo della realizzazione degli interventi programmati>> ⁽⁴⁵⁾.

Deve essere sottolineata la centralità della proposta, unitariamente considerata, presentata dal promotore. La pubblica amministrazione può approvare o non approvare tale proposta, ma non può approvarla a condizione che ne sia modificata l'impostazione strutturale. L'amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta delle modifiche (come espressamente previsto dall'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a) della legge n. 109 del 1994, ma queste possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore. Nel caso in cui la pubblica amministrazione ritenga che la proposta, per rispondere dell'interesse pubblico, debba essere modificata in misura sostanziale deve non approvarla.

La immodificabilità dell'impostazione strutturale della proposta, con particolare riferimento al piano economico finanziario e alle relative voci che concorrono a definirne l'equilibrio, è coesistente alla logica stessa dell'istituto della finanza di progetto e risponde all'esigenza di prevenire il pericolo di interventi non sostenuti da un continuo flusso di finanziamenti, per evitare il ripetersi del fenomeno di opere pubbliche destinate a rimanere incomplete o votate al progressivo deterioramento ⁽⁴⁶⁾. La dottrina

⁽⁴⁵⁾ Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici, Determinazione 23 novembre 2005, n. 9, in www.avlp.it.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. in questo senso TAR Lombardia, sez. III, 2 luglio 2001, n. 4729, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2002, p. 687, confermato sotto questo fondamentale profilo da Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2002, p. 1303. TAR Emilia-Romagna, sez. II, 20 maggio 2004, n. 762 afferma come <<le modifiche che, ai sensi dell'art. 37-*quater*, comma 1, lett. a), l'amministrazione è legittimata ad apportare alla proposta di project financing possono consistere unicamente in lievi correttivi, non in

sottolinea altresì come le modificazioni che l'amministrazione introduce al progetto non possano essere semplicemente unilaterali, ma devono essere in qualche misura concordate con il promotore, perché non si potrebbe vincolare il promotore ad una proposta da altri sostanzialmente riformulata ⁽⁴⁷⁾.

3.2. (Segue) La valutazione delle proposte: valutazione di fattibilità tecnico-economica e valutazione di rispondenza al pubblico interesse.

Le proposte presentate dagli aspiranti promotori sono soggette ad una valutazione, anche comparativa, da parte della pubblica amministrazione aggiudicatrice.

L'art. 37-bis, comma 2-ter della legge n. 109 del 1994 statuisce che entro quindici giorni dalla ricezione delle proposte, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono alla nomina e comunicazione al promotore del responsabile del procedimento, nonché alla verifica della completezza dei documenti presentati e ad eventuale dettagliata richiesta di integrazione.

L'art. 37-bis, comma 2-bis della legge n. 109 del 1994 come modificato dall'art. 24, comma 7 della legge n. 62 del 2005, prevede che <<L'avviso deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 37-ter, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte>>.

L'art. 37-ter, comma 1 della legge n. 109 del 1994 dispone nel senso che <<Le amministrazioni aggiudicatrici valutano la fattibilità delle proposte presentate sotto il profilo costruttivo, urbanistico ed ambientale, nonché della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento,

interventi idonei ad alterare il quadro finanziario proposto dal promotore. Con la conseguenza che, qualora il progetto presenti profili che l'amministrazione giudica non coerenti con le funzioni da insediare e lo stralcio delle relative previsioni privi la proposta dei corrispondenti introiti finanziari, dovrà ritenersi integrata la presenza di elementi ostativi alla realizzazione dell'opera e la proposta non potrà giudicarsi di pubblico interesse>>.

⁽⁴⁷⁾ C.E. GALLO, *Finanza di progetto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, cit., p. 1106. Nello stesso senso S. SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge <<Merloni-ter>>*, in *Banca, Borsa, Titoli di credito*, 2002, p. 10: << o l'amministrazione non apporta modificazioni al progetto presentato dal promotore; o, se le apporta, deve farlo d'intesa con il promotore, cioè chiamandolo ad aderirvi e – se lo reputa necessario – ad apportare le conseguenti variazioni ai dati del piano economico finanziario da lui presentato. In mancanza di siffatta intesa, e cioè del consenso del promotore a modificare la sua proposta, l'Amministrazione non potrà pretendere che il promotore sia vincolato dalla proposta "posta a base di gara">>. La circostanza che il piano asseverato non possa essere soggetto a modifiche unilaterali dell'amministrazione è sottolineata anche da TAR Emilia-Romagna, sez. II, 20 maggio 2004, n. 762, cit..

del costo di gestione e di manutenzione, della durata della concessione, dei tempi di ultimazione dei lavori della concessione, delle tariffe da applicare, della metodologia di aggiornamento delle stesse, del valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione, verificano l'assenza di elementi ostativi alla loro realizzazione e, esaminate le proposte stesse anche comparativamente, sentiti i promotori che ne facciano richiesta, provvedono ad individuare quelle che ritengono di pubblico interesse>>.

La valutazione delle proposte pervenute si suddivide pertanto in due fasi distinte e successive: anzitutto deve essere compiuta una valutazione di fattibilità tecnico-economica di ciascuna proposta; nel caso di esito positivo di questa, si procede ad una valutazione di interesse pubblico di ciascuna proposta e delle diverse proposte in comparazione tra loro.

<<E' da ritenersi che detta attività valutativa si debba effettuare in una prima fase sulla singola proposta al fine di stabilire che non vi siano elementi ostativi alla sua realizzabilità. Successivamente all'accertamento della idoneità tecnica della proposta, l'amministrazione è chiamata ad effettuare una valutazione della rispondenza al pubblico interesse della stessa: attività propriamente discrezionale in quanto riguarda la comparazione degli interessi rilevanti nel momento attuale. Sotto questo profilo la proposta, pur se tecnicamente valida, può essere giudicata non rispondente alle priorità fissate nel piano triennale e nell'elenco annuale, in quanto, per esempio, non compatibile con altri interventi o perché condizionata ad un parziale concorso finanziario dell'amministrazione precedente che la stessa ritiene di utilizzare per altri interventi in corso o per motivi basati sulla programmazione di altri interventi nella stessa area. // La comparazione può comprendere anche la comparazione di proposte presentate da diversi promotori con riferimento allo stesso intervento nonché di proposte relative ad interventi differenti: in tal caso la valutazione e la comparazione non sarà in senso proprio, ma servirà per stabilire la compatibilità degli interventi stessi sotto il profilo finanziario, logistico e funzionale. In altri termini, detta valutazione e comparazione impropria servirà per stabilire la compatibilità di interventi diversi in contemporanea tra loro>> ⁽⁴⁸⁾.

La valutazione relativa alla fattibilità tecnico-economica e all'assenza di elementi ostativi ha natura prevalentemente se non esclusivamente tecnica ⁽⁴⁹⁾.

La valutazione di rispondenza al pubblico interesse, cui si addivene solo in caso di esito positivo della prima, rappresenta tipico esercizio di discrezionalità amministrativa, in quanto riguarda la comparazione degli interessi rilevanti al momento

⁽⁴⁸⁾ Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici, Determinazione 4 ottobre 2001, n. 20, in www.avlp.it.

⁽⁴⁹⁾ Espressamente in questo senso si è pronunciato Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287, in www.giustizia-amministrativa.it

attuale ⁽⁵⁰⁾). Il compito dell'amministrazione è infatti quello di <<valutare se il progetto proposto abbia o meno i contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma [delle opere] è stato concepito>> ⁽⁵¹⁾.

Pertanto, come sottolineato dalla giurisprudenza, questa <<valutazione non può essere espressione di 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. // ... [Pertanto] il momento della valutazione del pubblico interesse della proposta ed anche quello della comparazione deve farsi coincidere, per quanto concerne la natura del potere esercitato, con quello della scelta delle soluzioni progettuali che, nelle procedure ordinarie, appartiene al committente, e non può essere delegato ad un organo tecnico e, tanto meno, ad un organo neutrale, con poteri vincolanti per il committente, in quanto costituisce momento essenziale della discrezionalità amministrativa rispetto al quale l'apporto di soggetti terzi è sempre di natura tecnico-consultiva, senza interferenze sulla discrezionalità. ... Se pure, dunque, è nella logica operativa che il committente si avvalga, nella valutazione e nella scelta delle proposte della cooperazione di uffici ed organi istruttori e di consulenza, ed anche di consulenti terzi, essi avranno un ruolo meramente interno ed ausiliario, di natura istruttoria, senza che entrino in giuoco regole proprie delle pubbliche gare>> ⁽⁵²⁾.

La pronuncia finale dell'amministrazione deve intervenire entro quattro mesi dalla ricezione della proposta del promotore. Non si tratta di un termine perentorio nel senso che alla sua scadenza l'amministrazione perde il potere di provvedere ⁽⁵³⁾; tuttavia il suo mancato rispetto può essere fonte di responsabilità nei confronti del promotore, nel caso in cui questi possa lamentare come il suo mancato rispetto gli abbia recato un qualche danno ⁽⁵⁴⁾. Ove il termine di quattro mesi non sia sufficiente, il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 1802 del 2005, cit.; TAR Emilia-Romagna, sez. II, 20 maggio 2004, n. 762, cit..

⁽⁵¹⁾ Così si esprime Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287, in *www.giustamm.it*.

⁽⁵²⁾ Ancora in Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287, in *www.giustamm.it*.

⁽⁵³⁾ TAR Puglia, Lecce, sez. II, 9 marzo 2005, n. 1319, cit., sottolinea come i termini previsti dagli artt. 37-ter e 37-quater della legge n. 109 del 1994, fissati rispettivamente per la individuazione delle proposte di pubblico interesse nonché per l'aggiudicazione della concessione, non possano avere natura di termini perentori, in difetto di un esplicito meccanismo sanzionatorio per il caso di loro inosservanza, con la conseguenza che ad essi va necessariamente attribuita, secondo di tradizionali canoni interpretativi, natura di termini sollecitatori, come tali funzionali soltanto ad un più rapido svolgersi della pluriarticolata vicenda procedimentale.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. C.E. GALLO, *Finanza di progetto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, cit., p. 1101.

In ogni caso, la legge prevede che la valutazione debba essere condotta <<sentiti i promotori che ne facciano richiesta>>: come sottolineato dalla dottrina, la norma introduce una forma di istruttoria orale che non è prevista dalla disciplina generale del procedimento amministrativo (cfr. l'art. 10 della legge n. 241 del 1990), ma che è certamente utile al fine di consentire un dialogo più effettivo tra amministrazione e promotore ⁽⁵⁵⁾.

La previsione nel procedimento di finanza di progetto di una partecipazione orale del promotore è, a parere di chi scrive, del tutto coerente con la previsione di cui all'art. 14-*quinquies* della medesima legge, oggetto specifico di analisi nel presente capitolo.

Entrambe le previsioni, infatti, si giustificano alla luce del particolare ruolo svolto dal promotore nel procedimento di finanza di progetto. Come si cercherà di dimostrare nel paragrafo 5.1., il ruolo svolto dal promotore non è quello tipico di un privato coinvolto in un procedimento amministrativo. Il promotore, infatti, è il soggetto cui è affidata l'elaborazione del progetto preliminare e della complessiva proposta di realizzazione e gestione dell'opera pubblica, che verrà posta a base della gara per l'affidamento della concessione. In tale veste, egli si pone come soggetto che individua, valuta e pondera interessi pubblici, svolgendo un'attività che, negli ordinari procedimenti di appalto e di concessione di opere pubbliche, è riservata alla pubblica amministrazione.

Questo peculiare ruolo appare, a parere di chi scrive, l'elemento idoneo a giustificare sotto il profilo sistematico sia la partecipazione orale del promotore all'istruttoria relativa alla valutazione della proposta sia la necessaria convocazione dell'aggiudicatario alla conferenza di servizi per l'approvazione del progetto definitivo (art. 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990) sia la possibilità, proposta nel paragrafo 5.1., che, pur in assenza di una previsione espressa, il promotore venga convocato alla conferenza di servizi preordinata all'approvazione del progetto preliminare.

Sotto il profilo delle posizioni giuridiche soggettive, si deve evidenziare come la presentazione di una proposta tesa all'ottenimento del ruolo di promotore determina in capo al soggetto proponente una posizione giuridica differenziata e qualificata in ordine all'accoglimento della propria proposta. Sussiste dunque un interesse giuridicamente

⁽⁵⁵⁾ Cfr. C.E. GALLO, *Finanza di progetto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, cit., p.

qualificato, in capo a tale soggetto, in ordine alla correttezza e legittimità delle scelte che l'amministrazione compie in ordine alla fattibilità e al pubblico interesse delle proposte ⁽⁵⁶⁾.

3.3. La procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento della concessione.

Una volta selezionata la proposta maggiormente rispondente all'interesse pubblico, prende avvio la vera e propria procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del concessionario che sarà chiamato a realizzare la proposta stessa, ossia a costruire e gestire l'opera pubblica.

Questa procedura, disciplinata dall'art. 37-*quater* della legge n. 109 del 1994, è articolata in due fasi: una licitazione privata, preordinata non all'aggiudicazione della concessione ma alla scelta dei due soggetti che potranno partecipare, assieme al promotore, alla procedura negoziata conclusiva; una procedura negoziata tra i due soggetti selezionati nella licitazione privata ed il promotore, che si conclude con l'aggiudicazione del contratto.

Entro tre mesi dalla pronuncia di individuazione della proposta migliore, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono ad indire una procedura ad evidenza pubblica da svolgere con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ponendo a base di gara il progetto preliminare presentato dal promotore nonché i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore ⁽⁵⁷⁾. L'esito di questa prima fase (di licitazione privata) non è l'aggiudicazione della concessione, ma la scelta di due soggetti che parteciperanno, assieme al promotore, alla procedura negoziata per l'aggiudicazione (art. 37-*quater*, comma 1, lett. a) della legge n. 109 del 1994). Se non vengono presentate offerte, la

1103.

⁽⁵⁶⁾ In questo senso, cfr. TAR Puglia, Bari, sez. III, 9 luglio 2004, n. 2993, in *www.giustamm.it*.

⁽⁵⁷⁾ In proposito, l'Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici, con Determinazione 6 marzo 2002, n. 4 ha specificato che di tale documentazione la stazione appaltante ha l'obbligo di assicurare la piena conoscibilità da parte dei soggetti interessati a partecipare alla gara, mentre va mantenuto riservato il piano economico-finanziario proprio del promotore in quanto afferente alle sue scelte imprenditoriali, alla sua organizzazione di impresa (sotto il profilo finanziario e patrimoniale), alle sue strategie ed in generale a quelle informazioni economiche che caratterizzano le ragioni e le valutazioni stesse del promotore rispetto al mercato.

proposta del promotore posta a base di gara è vincolante per lo stesso (art. 37-*quater*, comma 2 della legge n. 109 del 1994).

Selezionati i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella licitazione privata, l'amministrazione aggiudicatrice provvede a svolgere una procedura negoziata fra detti soggetti e il promotore. Nel caso in cui alla licitazione privata abbia partecipato un unico soggetto, la procedura negoziata si svolge fra il promotore e questo unico soggetto (art. 37-*quater*, comma 1, lett.b) della legge n. 109 del 1994. L'esito della procedura negoziata è l'aggiudicazione della concessione.

La procedura di gara descritta, sebbene articolata in due distinte fasi (licitazione privata e procedura negoziata), ha carattere unitario. In questo senso si è pronunciata sia la giurisprudenza amministrativa sia l'Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici.

<<Va rilevato il carattere unitario della procedura di gara per l'affidamento della concessione, sebbene articolata in due distinte fasi, delle quali la seconda, quella negoziata, costituisce subprocedimento della licitazione privata (la fase iniziale della valutazione della proposta e della conseguente scelta del promotore non rientra nel procedimento di gara vero e proprio). // Lo stretto collegamento tra le due fasi si evince chiaramente dalle seguenti considerazioni: a) unico è il bando pubblicato per l'intera procedura; b) il 1 comma dell'art. 37-*quater* prevede che l'aggiudicazione della gara avvenga al termine della procedura negoziata; solo in caso di mancata presentazione di offerte il 2 comma prevede l'affidamento del servizio al promotore (la proposta è vincolante); c) nella procedura negoziata partecipano insieme al promotore solo i due soggetti risultati vincitori della precedente fase della licitazione privata; il che significa che la procedura negoziata è una subfase eventuale che viene svolta solo nell'ipotesi in cui siano state presentate altre offerte: questo determina l'intangibilità delle regole inizialmente fissate nel bando sino alla data di aggiudicazione del servizio; d) i requisiti di partecipazione delle due ditte che partecipano alla procedura negoziata vengono vagliati solo nella prima fase a dimostrazione della natura meramente consequenziale e accessoria della seconda fase della procedura negoziata>> ⁽⁵⁸⁾.

<<Il procedimento volto all'affidamento della concessione è da considerarsi unitario, ancorché articolato in due sottofasi che non possono essere considerate autonome. Anzi, si può ritenere che il vero procedimento di affidamento sia quello negoziale, rispetto al quale la fase della gara licitazione si pone come mero subprocedimento. La gara, infatti, non si conclude con l'aggiudicazione, ma solo con l'individuazione delle migliori offerte funzionale alla successiva, alla conclusione della quale si aggiudica la concessione>> ⁽⁵⁹⁾.

L'affermazione del carattere unitario della procedura ad evidenza pubblica per la selezione del concessionario ha conseguenze importanti. In particolare, si sottolinea

⁽⁵⁸⁾ Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁵⁹⁾ Autorità di vigilanza sui Lavori pubblici, Determinazione 16 ottobre 2002, n. 27, in www.avlp.it.

come le norme della *lex specialis* contenute nel bando di gara per l'indizione della licitazione privata, vincolano anche la fase della procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione e trovano quindi applicazione anche nei confronti del promotore. In particolare, si applicano a quest'ultimo le indicazioni contenute nel bando relative ai requisiti per divenire concessionario, ai sensi dell'art. 98 del d.P.R. n. 554 del 1999.

<<Sebbene il promotore non partecipi alla fase della licitazione privata, e sia quindi estraneo alle previsioni della *lex specialis* che regolano tale specifico aspetto, è chiaro che non può non essere assoggettato, in quanto competerà con i soggetti ammessi nella successiva procedura negoziata per l'aggiudicazione della concessione, alle previsioni che indicano i requisiti soggettivi necessari per ottenere l'affidamento dei lavori e per realizzare le opere dettate dagli artt. 95 e 98 del D.P.R. n. 554 del 1999, incorporate dal bando di gara. Il soggetto che sarà individuato come concessionario all'esito della procedura negoziata non può essere sottoposto a regole diverse a seconda della circostanza che si tratti del promotore o di uno dei soggetti selezionati a seguito della licitazione privata. La procedura negoziale ha, infatti, un'indubbia natura concorsuale fra soggetti preselezionati nelle diverse fasi della procedura complessa >> ⁽⁶⁰⁾.

E' vero che il promotore, in quanto tale, gode di uno statuto privilegiato, nel senso che è ammesso di diritto alla procedura negoziata; ma questo privilegio trova un limite nell'onere di dimostrare il possesso dei requisiti previsti dall'art. 98 del d.P.R. n. 554 del 1999 e dal bando di gara. Con la conseguenza che se il promotore non dimostra tali requisiti nel momento in cui questi devono essere verificati, è escluso a titolo definitivo dalla procedura negoziata di cui all'art. 37-*quater* comma 1° lett. b) della legge n. 109 del 1994, che si svolgerà senza la sua partecipazione.

<<La mancata partecipazione alla procedura negoziata del promotore, o la sua esclusione per ragioni di ordine formale, non determinano l'arresto del procedimento e la necessità della sua rinnovazione fin dall'atto di iniziativa, posto che tale effetto non trova riscontro nella lettera della legge ed è, inoltre, priva di coerenza con i principi generali nella materia dei contratti pubblici, in quanto subordinerebbe la soddisfazione dell'interesse pubblico alla volontà ed ai comportamenti di soggetti che agiscono unicamente a tutela di interessi privati>> ⁽⁶¹⁾.

Ancora, <<benchè apparentemente la legge non preveda l'ipotesi che la procedura negoziata di cui all'art. 37-*quater* comma 1° lett. b) si svolga senza il promotore, tale eventualità si deve ammettere, quanto meno nei casi di rinuncia volontaria del promotore, oppure di fallimento, liquidazione e simili.

⁽⁶⁰⁾ Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847, cit..

⁽⁶¹⁾ Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2004, n. 495, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2004, p. 302.

Allo stesso modo è dunque logicamente ammissibile che la procedura si svolga in assenza del promotore, se questi non supera la verifica dei requisiti>> (62).

Quanto al contenuto delle offerte presentate in sede di licitazione privata e di procedura negoziata si deve osservare quanto segue (63). Gli articoli 37-bis ss. della legge n. 109 del 1994 non contengono alcuna disposizione relativa a tale profilo, con la conseguenza che si applicano, in quanto coerenti con le specificità della procedura in esame, le disposizioni generali relative alla concessione di costruzione e gestione di cui all'art. 19 e seguenti della legge n. 109 del 1994.

A base di gara è posto, come già detto, il progetto preliminare del promotore e i valori degli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore. Il confronto pertanto si svolge sulle eventuali migliorie, che possono potenzialmente essere di carattere tecnico (ossia sul progetto), o di carattere economico (sul prezzo e sulle condizioni economiche di gestione previste nel piano economico-finanziario).

Nella fase della licitazione privata, le offerte possono certamente riguardare le condizioni economiche. Sono altresì ammesse varianti progettuali, ma queste devono consistere nella prospettazione di migliorie, non di modifiche progettuali tali da snaturare il progetto posto a base di gara o comunque da renderlo non comparabile con quello presentato dal promotore e fatto proprio dall'amministrazione aggiudicatrice (64).

Per quanto riguarda la seconda fase, trattandosi di procedura negoziata, ossia di un dialogo competitivo multiplo e flessibile non limitato dalla struttura formalmente più rigida della licitazione privata, non vi sono particolari regole procedurali prestabilite. Sarà quindi l'amministrazione aggiudicatrice a dover stabilire nel bando di gara le modalità cui intende attenersi nel corso della procedura negoziata. Appare comunque possibile che le offerte possano contenere sia migliorie al progetto sia una rimodulazione degli elementi economici (65).

(62) TAR Umbria, 20 ottobre 2003, n. 817, in *Arch. giur. op. pubbl.*, 2004, p. 581.

(63) Cfr. N. LUGARESÌ, *Concessione di costruzione e gestione e "project financing": problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, cit., p. 660. Sulla struttura delle offerte nelle due fasi, in giurisprudenza cfr. TAR Toscana, sez. II, 4 maggio 2005, n. 2051, in *www.giustamm.it*.

(64) Cfr. Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici, *Determinazione 22 gennaio 2003*, n. 1, in *www.avlp.it*.

4. Il rapporto nascente dal contratto di concessione di costruzione e gestione in finanza di progetto.

Gli articoli da *37-quinquies* a *37-nonies* della legge n. 109 del 1994 disciplinano la fase successiva all'aggiudicazione, ossia il rapporto tra la pubblica amministrazione e l'aggiudicatario della concessione.

Queste norme hanno un ambito applicativo che comprende in generale le concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche; quindi si applicano sia alle concessioni di costruzione e gestione ordinarie (con progettazione preliminare affidata alla pubblica amministrazione) sia a quelle in finanza di progetto (con progettazione preliminare realizzata dal promotore e recepita dalla pubblica amministrazione).

Esse tuttavia sono state introdotte nella legge n. 109 del 1994 dalla legge n. 415 del 1998 contestualmente all'introduzione della finanza di progetto, e sono certamente mirate a rendere l'istituto della concessione di costruzione e gestione più idoneo ad accogliere operazioni di finanza di progetto.

Si tratta infatti di norme dirette a facilitare l'autonomia del piano di realizzazione del progetto e a garantire i soggetti finanziatori dello stesso.

In proposito, ci si limita ad evidenziare tre elementi: la previsione della figura della società di progetto; la disciplina della risoluzione per inadempimento del concedente o revoca della concessione per motivi di pubblico interesse; la facoltà dei finanziatori di impedire la risoluzione del rapporto, in caso di inadempimento del concessionario, designando una società che subentri a quest'ultimo.

L'art. *37-quinquies* della legge n. 109 del 1994, rubricato *Società di progetto*, dispone che il bando di gara per l'affidamento della concessione debba prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto in forma di società per azioni, o a responsabilità limitata, anche consortile. La società così costituita diventa la concessionaria, subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario, senza necessità di approvazione o autorizzazione da parte dell'amministrazione concedente. Il bando può altresì prevedere che la costituzione di detta società sia un obbligo del concessionario.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Autorità per la vigilanza sui Lavori pubblici, Determinazione 22 gennaio 2003, n. 1 e Atto di regolazione 26 ottobre 2000, n. 51, in www.avlp.it.

La dottrina ha sottolineato come la società di progetto sia configurata dal Legislatore come una società *sui generis*, in quanto per molti aspetti è sottratta all'autonomia privata. Infatti, il bando di gara fissa l'oggetto sociale e indica l'ammontare minimo del capitale; la legge impone di indicare nell'offerta la quota di partecipazione di ciascun socio nella società e vieta la libera circolazione delle partecipazioni sociali dei soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione, essendo libero l'ingresso nel capitale sociale e lo smobilizzo della partecipazioni solo da parte delle banche ed altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione ⁽⁶⁶⁾.

L'art. 37-*septies* della legge n. 109 del 1994 prevede che, qualora il rapporto di concessione sia risolto per inadempimento del soggetto concedente ovvero quest'ultimo revochi la concessione per motivi di pubblici interesse, al concessionario siano rimborsate una serie di somme individuate nello stesso articolo ⁽⁶⁷⁾. A garanzia dei finanziatori, il comma 2 dispone che tali somme sono destinate prioritariamente al soddisfacimento dei crediti dei finanziatori del concessionario e sono indisponibili da parte di quest'ultimo fino al completo soddisfacimento di detti crediti; inoltre, ai sensi del comma 3, l'efficacia della revoca della concessione è sottoposta alla condizione del pagamento da parte del concedente di tutte le somme previste dai commi precedenti. Si noti che l'art. 37-*nonies* della legge n. 109 del 1994 pone altresì a favore dei finanziatori della realizzazione di lavori pubblici un privilegio generale sui beni mobili del concessionario.

Infine, la norma certamente più qualificante e particolare di questa fase, ossia l'art. 37-*octies* della legge n. 109 del 1994. Questa statuisce che in tutti i casi di risoluzione del rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario, gli enti finanziatori del progetto possono impedire la risoluzione del rapporto designando, entro novanta giorni dal ricevimento della comunicazione scritta da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto, una società che subentri nella concessione al posto del concessionario. La facoltà dei finanziatori di "appropriarsi" del progetto e farne continuare a terzi di propria scelta, la gestione rappresenta certamente la garanzia più importante stabilita a favore dei finanziatori, ed uno degli elementi maggiormente caratterizzanti della disciplina posta dalla legge n. 109 in tema di finanza

⁽⁶⁶⁾ M. ZACCHEO, *La società di progetto*, in *Finanza di progetto*, a cura di G. MORBIDELLI, cit., p. 124 ss.

⁽⁶⁷⁾ Si tratta delle somme così individuate: <<a) il valore delle opere realizzate più gli oneri accessori, al netto degli ammortamenti, ovvero, nel caso in cui l'opera non abbia ancora superato la fase di collaudo, i costi effettivamente sostenuti dal concessionario; b) le penali e gli altri costi sostenuti o da sostenere in conseguenza della risoluzione; c) un indennizzo, a titolo di risarcimento per il mancato guadagno, pari al dieci per cento del valore delle opere ancora da eseguire ovvero della parte del servizio ancora da gestire valutata sulla base del piano economico-finanziario>>.

di progetto, anche rispetto ai principi generali in tema di procedure ad evidenza pubblica di realizzazione di opere pubbliche.

Il subentro, per essere efficace, deve naturalmente essere accettato dal concedente. Tuttavia la norma prevede che l'amministrazione debba dare il proprio assenso nel caso in cui siano rispettate le seguenti condizioni: la società designata dai finanziatori abbia caratteristiche tecniche e finanziarie sostanzialmente equivalenti a quelle possedute dal concessionario all'epoca dell'affidamento della concessione; l'inadempimento del concessionario che avrebbe causato la risoluzione cessi entro ulteriori novanta giorni ovvero in un termine più ampio che potrà essere concordato tra il concedente e i finanziatori. In altre parole, l'amministrazione è tenuta a consentire il subentro se vi è una idoneità del soggetto subentrante e se il rapporto può proseguire entro un termine giudicato ragionevole ⁽⁶⁸⁾.

5.1. Procedimento di finanza di progetto e art. 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990.

Nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche l'attività di progettazione riveste un'importanza fondamentale. Ciò è già stato rimarcato nel precedente paragrafo 3.2.

Ai sensi dell'art. 16 della legge n. 109 del 1994, la progettazione si articola in preliminare, definitiva ed esecutiva.

Nel procedimento di finanza di progetto, il progetto preliminare è redatto dal promotore ed è parte integrante e fondamentale della proposta da questi presentata ai sensi dell'art. 37-*bis* della legge n. 109 del 1994. Il progetto definitivo viene elaborato dopo l'aggiudicazione, prima della stipulazione del contratto di concessione, dal concessionario aggiudicatario ovvero dalla società di progetto da questo costituita.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. C.E. GALLO, *Finanza di progetto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, cit., p. 1115. Secondo E. PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica (Prima parte)*, cit., p. 2067, <<tale previsione assesta un colpo al rapporto di privilegio e di supremazia speciale che contrassegnava l'antico regime della esecuzione dei lavori pubblici, ma la circostanza non può che allietare le amministrazioni aggiudicatrici che preferiscano i risultati all'autoritarismo formale dei propri rappresentanti, dal momento che l'opera soggetta a tale procedura, per il solo fatto di essere stata inserita nella programmazione triennale e comunque formale della pubblica amministrazione aggiudicatrice, rappresenta un importante investimento in termini anche sociali e di immagine e non solo strettamente economici>>.

Entrambi i progetti sono dunque redatti da soggetti privati e devono essere approvati, ossia fatti propri, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

Nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche, la regola generale è che i progetti di realizzazione di opere pubbliche vengano approvati in conferenza di servizi. Ciò in quanto la realizzazione di un'opera pubblica normalmente coinvolge una pluralità di interessi pubblici e quindi presuppone la pronuncia di una pluralità di amministrazioni.

Si tratta ora di verificare se ed eventualmente con quali adattamenti, tale regola valga anche nel caso di procedimento di finanza di progetto.

Il tema può essere trattato distinguendo due questioni. La prima consiste nel verificare se entrambi i progetti, quello preliminare del promotore e quello definitivo del concessionario, debbano essere approvati dall'amministrazione mediante conferenza di servizi. La seconda questione riguarda la composizione della conferenza in sede di approvazione del progetto preliminare e di quello definitivo, ossia della partecipazione alla stessa rispettivamente del promotore e del concessionario o società di progetto.

La disciplina specifica sulla finanza di progetto esaminata nei precedenti paragrafi (artt. 37-bis – 37-nonies della legge n. 109 del 1994) non contiene alcun riferimento alla conferenza di servizi, né sotto il profilo della sua convocazione né in merito alla sua composizione.

Le norme sulla base delle quali risolvere le due questioni poste sono dunque quelle contenute nella legge n. 241 del 1990. Il legislatore ha infatti compiuto la scelta generale di abrogare le norme sulla conferenza di servizi contenute nella legge n. 109 del 1994, e di inserire la relativa disciplina nel contesto sistematico dell'art. 14 della legge n. 241 del 1990⁽⁶⁹⁾.

Le norme della legge n. 241 del 1990 che rilevano sono tre. Sono, in ordine di progressiva specialità: l'art. 14-bis comma 2, sulla procedure di realizzazione di opere pubbliche in generale; l'art. 14-bis comma 5, sulle procedure di concessione di lavori pubblici; l'art. 14-quinquies, specificamente dedicato al procedimento di finanza di progetto.

L'art. 14-bis, comma 2° così dispone: «Nelle procedure di realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico, la conferenza di servizi si esprime sul progetto

preliminare al fine di indicare quali siano le condizioni per ottenere, sul progetto definitivo, le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nulla osta e gli assensi, comunque denominati, richiesti dalla normativa vigente. In tale sede, le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità, si pronunciano, per quanto riguarda l'interesse da ciascuno tutelato, sulle soluzioni progettuali prescelte. Qualora non emergano, sulla base della documentazione disponibile, elementi comunque preclusivi alla realizzazione del progetto, le suddette amministrazioni indicano, entro quarantacinque giorni, le condizioni e gli elementi necessari per ottenere, in sede di presentazione del progetto definitivo, gli atti di consenso>>.

L'art. 14-*bis* comma 5° prevede quanto segue: <<Nel caso di cui al comma 2 [sopra riportato], il responsabile unico del procedimento trasmette alle amministrazioni interessate il progetto definitivo, redatto sulla base delle condizioni indicate dalle stesse amministrazioni in sede di conferenza di servizi sul progetto preliminare, e convoca la conferenza tra il trentesimo e il sessantesimo giorno successivi alla trasmissione. In caso di affidamento mediante appalto concorso o concessione di lavori pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice convoca la conferenza di servizi sulla base del solo progetto preliminare, secondo quanto previsto dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni>>.

Infine, l'art. 14-*quinqüies* ⁽⁷⁰⁾, rubricato <<Conferenza di servizi in materia di finanza di progetto>>, ai sensi del quale <<Nelle ipotesi di conferenza di servizi finalizzata all'approvazione del progetto definitivo in relazione alla quale trovino applicazione le procedure di cui agli articoli 37-*bis* e seguenti della legge 11 febbraio 1994, n. 109, sono convocati alla conferenza, senza diritto di voto, anche i soggetti aggiudicatari di concessione individuati all'esito della procedura di cui all'articolo 37-*quater* della legge n. 109 del 1994, ovvero la società di progetto di cui all'articolo 37-*quinqüies* della medesima legge>>.

⁽⁶⁹⁾ Ci si riferisce alla definitiva abrogazione, operata dall'art. 8, comma 1, n. 2, lett. b) della legge n. 15 del 2005, dei commi 7 ss. dell'art. 7 della legge n. 109 del 1994.

⁽⁷⁰⁾ Articolo introdotto dall'art. 12 della legge 11 febbraio 2005, n. 15.

Sulla base delle tre norme sopra riportate devono essere risolte le due questioni indicate, ossia quando debba intervenire la conferenza di servizi nel procedimento di finanza di progetto e quale debba essere la sua composizione.

La prima questione consiste concretamente nel verificare se nel procedimento di finanza di progetto la conferenza di servizi debba essere convocata solo per l'approvazione del progetto preliminare (come potrebbe desumersi dall'ultimo periodo dell'art.14-*bis*, 5 comma, della legge n. 241 del 1990), solo per l'approvazione del progetto definitivo (sulla base di quanto espressamente disposto dall'art. 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990) ovvero sia per l'approvazione del progetto preliminare che per l'approvazione di quello definitivo (in base al combinato disposto degli articoli 14-*bis*, comma 2 e 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990).

A parere di chi scrive, la conferenza di servizi deve essere convocata sia per l'approvazione del progetto preliminare che per l'approvazione di quello definitivo.

La sequenza procedimentale dovrebbe essere pertanto la seguente.

Per l'analisi del progetto preliminare presentato dal promotore, prevista dall'art. 37-*ter* della legge n. 109 del 1994, viene convocata la conferenza di servizi c.d. preliminare, ai sensi dell'art. 14-*bis*, comma 2 della legge n. 241 del 1990. Da tale riunione della conferenza scaturiranno, come previsto sempre dall'art. 14-*bis*, comma 2, le eventuali determinazioni di modifica del progetto preliminare di cui all'art. 37-*quater*, comma 1°, lett. a) della legge n. 109 del 1994. Dette modifiche dovranno essere accettate e recepite dal promotore. Il progetto preliminare così modificato costituisce la base della gara per l'affidamento della concessione di cui all'art. 37-*quater* della legge n. 109 del 1994.

Svolta la gara e aggiudicata la concessione, il concessionario ovvero la società di progetto realizzeranno il progetto definitivo. Ai sensi dell'art. 14-*bis*, comma 5, primo periodo, della legge n. 241 del 1990, il responsabile del procedimento trasmetterà alle amministrazioni interessate il progetto definitivo, redatto sulla base delle condizioni indicate dalle stesse amministrazioni in sede di conferenza di servizi sul progetto preliminare, e convocherà una seconda riunione della conferenza per l'approvazione del progetto definitivo, come espressamente previsto dall'art. 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990. L'art. 14-*bis*, comma 4, prevede che le indicazioni fornite in sede di conferenza preliminare sono vincolanti per le amministrazioni in sede di riunione sul

progetto definitivo, nel senso che possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nel corso del procedimento. Nel procedimento della finanza di progetto tali significativi elementi possono essere rappresentati dalle varianti progettuali apportate dai concorrenti in sede di offerte nella licitazione privata e nella procedura negoziata.

Sulla base dell'interpretazione proposta, quindi, si ritiene non applicabile al procedimento di finanza di progetto la norma di cui all'ultimo periodo dell'art. 14-*bis*, comma 5 della legge n. 241 del 1990, relativa alla concessione in generale. Su di essa infatti prevale, in base al principio di specialità, il disposto dell'art. 14-*quinqüies* della legge n. 241 del 1990, relativo specificamente alla concessione in finanza di progetto.

La circostanza che il progetto preliminare predisposto dal promotore, debba essere approvato in sede di conferenza di servizi trova conferma nelle argomentazioni sviluppate in un recente pronuncia del Consiglio di Stato, con specifico riferimento alle valutazioni compiute dalle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente. La necessità di anticipare le valutazioni di compatibilità ambientale già sul progetto preliminare viene fondata sistematicamente sia sul principio comunitario di precauzione, quale principio fondamentale e costituzionale, sia sulla fisionomia propria del procedimento di finanza di progetto, che implica l'impossibilità di mutare l'impostazione strutturale della proposta del promotore dopo l'approvazione⁽⁷¹⁾.

Il Consiglio di Stato sottolinea come <<sta emergendo, per il principio dell'effetto utile, nella giurisprudenza nazionale ed in quella della Corte di Giustizia CE la tendenza all'anticipazione ed alla effettività della tutela (arg. da CdS VI 26 febbraio 2003 n. 1115; Corte Giustizia CE sez. VI 16.9.1999 in causa WWF; Corte Giustizia CE 13.1.2005 in causa Società Dragaggi). // Ciò è espressione del principio di precauzione, previsto dal trattato CE come fondamento della politica ambientale comunitaria. // Conseguentemente, l'art. 174, che sancisce tale principio deve considerarsi una disposizione che esprime obiettivi fondamentali e principi essenziali che, secondo la Corte di Giustizia (Corte di Giustizia parere 1/91 del 14.12.1991 in racc. 1991, n. 6079) hanno valore costituzionale e vincolante per gli stati membri. // L'anticipazione del giudizio sui profili di "fattibilità" ambientale sin dal progetto preliminare è espressione di questa tendenza di fondo della legislazione ambientale comunitaria e nazionale. L'art. 14-bis co. 2 l. n. 241.1990 va interpretato in questo senso>>. Inoltre, rimandare le valutazioni di compatibilità ambientale al momento dell'approvazione del progetto definitivo <<rischia di essere contrario al principio di economia dei mezzi, in quanto rimanda ad un momento successivo, ad azione amministrativa ormai avanzata, una verifica che, invece, la normativa vuole il più possibile anticipare (cfr. anche art. 14 bis co. 3 l.n. 241-1990)>>.

Con specifico riferimento al procedimento di finanza di progetto, il Consiglio di Stato, nella medesima decisione, aggiunge che il rinvio dell'esame dei profili ambientali in sede di approvazione del progetto definitivo <<è contrario alla fisionomia dell'istituto del project financing>>, in quanto la <<fisionomia dell'istituto comporta l'impossibilità di mutare l'impostazione strutturale della proposta del privato dopo l'approvazione [del progetto preliminare], perché tanto rischierebbe di alterare i profili di equilibrio economico-finanziario dell'operazione, introducendo elementi d'incertezza (CdS V n. 3916 del 2002)>>.

Si deve ora affrontare la seconda delle questioni prospettate, ossia verificare quale debba essere la composizione della conferenza di servizi, in sede di approvazione del progetto preliminare ed in sede di approvazione del progetto definitivo.

L'art. 14-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 espressamente prevede che alla conferenza di servizi per l'approvazione del progetto definitivo sia convocato, senza diritto di voto, anche il concessionario individuato ovvero la società di progetto che sia a quest'ultimo subentrata (nello stesso senso l'art. 19, comma 2-*quater* della legge n. 109 del 1994).

Nessuna norma è invece dettata relativamente alla composizione della conferenza che, secondo la ricostruzione sopra prospettata, viene convocata per l'approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore.

In base ai principi generali, alla conferenza di servizi vengono convocate solo le pubbliche amministrazioni interessate, con esclusione dei soggetti rappresentativi di interessi pubblici diversi da quelli obbligatoriamente coinvolti nel procedimento nonché dei soggetti esponenziali di interessi privati. La conferenza di servizi, infatti, è una particolare modalità di assunzione di determinazioni pubbliche, cui partecipano solo le amministrazioni pubbliche coinvolte ⁽⁷²⁾.

Pertanto, in assenza di una espressa previsione del tipo di quella relativa alla conferenza per l'approvazione del progetto definitivo, si dovrebbe concludere nel senso che il promotore non debba essere convocato alla conferenza per l'approvazione del progetto preliminare.

Tuttavia, a parere di chi scrive, è da preferirsi la soluzione opposta, ossia la convocazione del promotore a tale conferenza. Essa infatti appare più coerente con il

⁽⁷¹⁾ Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2005, n. 3043, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁽⁷²⁾ Cfr. in questo senso G. CUGURRA, *La concentrazione dei procedimenti*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, Atti del XLII Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione, Milano, Giuffrè, 1997, p. 98.

particolare ruolo che in essa è attribuito al privato promotore e con la speciale disciplina del procedimento che a tale ruolo si lega.

Ci si riferisce all'art. 37-*ter* della legge n. 109 del 1994 e allo stesso art. 14-*quinqüies* della legge n. 241 del 1990.

L'art. 37-*ter* della legge n. 109 del 1994 prevede, con riferimento alla valutazione della proposta e quindi del progetto preliminare, non solo che i promotori che ne facciano richiesta siano sentiti (istruttoria orale), ma anche che il responsabile del procedimento possa concordare con il promotore un programma di esame e di valutazione della proposta.

L'art. 14-*quinqüies* della legge n. 241 del 1990 prevede che alla conferenza di servizi per l'approvazione del progetto definitivo sia convocato il concessionario ovvero la società di progetto da questi costituita.

Le due norme citate hanno, a parere di chi scrive una giustificazione sistematica la quale, porta a ritenere più coerente che, pur in assenza di una previsione legislativa espressa, il promotore venga convocato alla conferenza di servizi preordinata all'approvazione del progetto preliminare.

Nel procedimento della finanza di progetto il promotore, pur essendo soggetto terzo rispetto all'amministrazione aggiudicatrice, è l'autore del progetto preliminare e della proposta complessiva di realizzazione e gestione dell'opera pubblica. Il promotore, nell'elaborare il progetto preliminare e la proposta, ha accertato, valutato e ponderato gli interessi pubblici in gioco.

Questa specifica "rilevanza pubblicistica" dell'attività posta in essere dal promotore è stata sottolineata dalla giurisprudenza, la quale ha evidenziato come la proposta, e dunque anche il progetto preliminare, deve essere <<concepita ed articolata in funzione dell'interesse pubblico>> che la programmazione è rivolta a realizzare.

Nello stesso senso, si ricorda come un'attenta dottrina aveva rimarcato come <<nel processo ideativo-organizzativo dell'opera pubblica, la progettazione deve essere considerata il momento esponenziale della definizione e della compatibilità di tutti gli interessi pubblici che vengono in considerazione ai fini della costruzione dell'opera pubblica; il momento cioè in cui dell'opera pubblica si manifesta la rappresentazione

grafica e logica degli interessi che in essa confluiscono>>> ⁽⁷³⁾). Questa affermazione della dottrina assume una particolare pregnanza in riferimento al ruolo svolto dal promotore nel procedimento della finanza di progetto.

La funzionalizzazione all'interesse pubblico della proposta e del progetto preliminare realizzato dal promotore appare, a parere di chi scrive, un elemento determinante per giustificare sotto il profilo sistematico, oltre alle due disposizioni sopra citate (l'art. 37-ter della legge n. 109 del 1994 e l'art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990), anche la partecipazione del promotore alla conferenza di servizi preordinata all'approvazione del progetto preliminare.

Si tratta, in altre parole, di adattare, anche nella fasi di approvazione del progetto preliminare, la struttura della conferenza di servizi alla specialità del procedimento amministrativo della finanza di progetto e, in particolare, allo speciale ruolo che in esso è attribuito al privato promotore.

D'altra parte, si ricorda come anche la dottrina che esclude la partecipazione dei privati alla conferenza di servizi, non manca di sottolineare come <<Non esiste una struttura codificata della conferenza di servizi, poiché anzi la caratteristica di questo modello procedimentale è la sua adattabilità al particolare tipo di procedimento cui inserisce>> ⁽⁷⁴⁾.

La partecipazione del promotore alla conferenza per l'approvazione del progetto preliminare sarà comunque senza diritto di voto, come espressamente previsto dall'art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990 per il concessionario o la società di progetto. Il promotore, infatti, non è il titolare di uno degli interessi pubblici in gioco, e dunque non può disporre in sede di conferenza. La funzione pratica della sua partecipazione alla conferenza si realizza in relazione alla sua capacità di illustrare e chiarire tutti i vari aspetti del progetto e della proposta di cui è autore ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷³⁾ G. TORREGROSSA, *Concessione di costruzione di opera pubblica e normativa comunitaria*, in *Cons. Stato*, 1988, II, p. 645.

⁽⁷⁴⁾ G. CUGURRA, *La concentrazione dei procedimenti*, cit., p. 100. Per un'analisi complessiva della problematica della partecipazione dei privati alla conferenza di servizi, cfr. G. GARDINI, *La conferenza di servizi: la complicata esistenza di un istituto di semplificazione*, in www.astrid.it.

⁽⁷⁵⁾ Si tratterebbe, in altre parole, di estendere al promotore la possibilità, che parte della dottrina riconosce ai soggetti pubblici che non devono obbligatoriamente essere convocati, di essere convocati e partecipare alla conferenza per svolgere una funzione solo collaborativa e informativa: cfr. G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI e Altri, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 708.

5.2. Procedimento di finanza di progetto e principi generali dell'attività amministrativa.

Come si è cercato di evidenziare nei precedenti paragrafi, il procedimento della finanza di progetto è un procedimento di realizzazione di opere pubbliche caratterizzato da alcune specificità. Quella più rilevante è rappresentata da un coinvolgimento anticipato e pregnante del privato nell'intera procedura, attraverso l'individuazione di scelte progettuali e finanziarie che, nelle altre procedure di realizzazione di lavori pubblici, sono riservate alla pubblica amministrazione.

Si tratta ora di verificare se ed in quale misura la disciplina generale del procedimento amministrativo, rappresentata dalla legge n. 241 del 1990, come recentemente modificata dalle leggi n. 15 e n. 80 del 2005, rappresenti un quadro di norme e principi coerente e adeguato rispetto alle specifiche esigenze poste da questo particolare procedimento amministrativo (⁷⁶).

In merito si possono avanzare due ordini di considerazioni, la prima relativa alla disciplina della conferenza di servizi, la seconda riguardo ai principi generali sanciti dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990.

Quanto alla disciplina della conferenza di servizi, contenuta nel capo IV della legge n. 241 del 1990, appare assai significativo che il Legislatore abbia espressamente previsto una particolare composizione della conferenza di servizi per l'approvazione del progetto definitivo. Ciò significa infatti che vi è una consapevolezza della specificità del procedimento di finanza di progetto.

Tuttavia, come si è notato nel paragrafo precedente, una particolare composizione della conferenza dovrebbe essere prevista anche in sede di approvazione del progetto preliminare.

Al di là di questo profilo, l'introduzione della finanza di progetto nel nostro ordinamento richiede un'attenta considerazione soprattutto a livello di principi generali dell'azione amministrativa.

Si richiamano qui nuovamente le pregnanti considerazioni di Merusi, riportate alla fine del precedente paragrafo 2., là dove l'Autore afferma come, con il procedimento della finanza di progetto, la pubblica amministrazione scende nel mercato

e si debba conseguentemente comportare secondo la logica del mercato, con particolare riferimento al principio di tutela dell'affidamento nei piani economici e finanziari.

Sotto questo profilo, assai significativa appare l'avvenuta introduzione nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, ad opera della legge n. 15 del 2005, tra i principi generali dell'attività amministrativa, dei <<principi dell'ordinamento comunitario>> ⁽⁷⁷⁾. Tra questi, infatti, vi è il principio della tutela del legittimo affidamento, il quale deve certamente essere valorizzato in relazione al procedimento della finanza di progetto, nel quale massima è l'esigenza che sia garantita la coerenza dell'azione e delle scelte della pubblica amministrazione.

Nella disciplina contenuta negli artt. 37-bis ss. della legge n. 109 del 1994 vi sono alcune previsioni che possono essere considerate espressione di tale principio: ci si riferisce soprattutto alla previsione della facoltà dei finanziatori di disporre il subentro in caso di risoluzione per motivi attribuibili al concessionario.

Ma al di là di queste previsioni espresse, certamente la disciplina di tutte le fasi del complessivo procedimento della finanza di progetto deve essere interpretata e applicata alla luce di tale principio: a partire dalla disciplina temporale del procedimento, per arrivare alla indicazione in sede di conferenza preliminare delle condizioni cui sarà subordinata l'approvazione del progetto definitivo.

Come sottolineato da altra dottrina, infatti, per rendere efficace l'introduzione della finanza di progetto nel nostro ordinamento è necessario <<prevedere meccanismi contrattuali stringenti ed efficaci per ambo le parti, non solo a carico del soggetto realizzatore e dell'eventuale, successivo gestore, ma anche dell'amministrazione committente, in modo da evidenziare e disciplinare tutti i profili ed ipotesi di rischio amministrativo (a cominciare da quello dell'inerzia o della resistenza passiva)>>; e, soprattutto, occorre porre <<coraggiose norme di principio perché da sole le amministrazioni (abitate a spadroneggiare con le clausole che dispongono la revoca) rifiuterebbero di inserire nei contratti clausole vincolanti>> ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ Una sollecitazione in questo senso è avanzata da M. CLARICH, *Le novità introdotte per il Project financing: la figura del promotore*, relazione a Convegno, Atti non pubblicati.

⁽⁷⁷⁾ Per un'analisi di tali modifiche, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l.n. 241/1990, I Parte*, in www.giustamm.it, 2005.

⁽⁷⁸⁾ S. AMOROSINO, *I nodi critici della finanza di progetto in Italia*, in *Finanza di progetto*, a cura di G. MORBIDELLI, cit., p. 136.

Non può, comunque, essere dimenticato come lo stesso Legislatore si sia fatto interprete di tale esigenza. Ci si riferisce all'art. 3, comma 7 della legge n. 481 del 1985. Con tale disposizione il legislatore in sostanza decideva, nell'introdurre una riforma complessiva del regime tariffario nel settore dell'energia elettrica, di congelare, per la durata contrattualmente prevista, le convenzioni stipulate tra l'ENEL e i titolari di nuovi impianti produttivi in attuazione della delibera CIP n. 6/92 relativa alle tariffe stesse, al fine di non "turbare" gli equilibri tra interessi pubblici e interessi privati raggiunti nella costruzione mediante ricorso alla finanza di progetto degli impianti produttivi di energia elettrica interessati. Ciò in quanto tali convenzioni, in base alle quali l'ENEL si impegnava a ritirare alle tariffe fissate tutta l'energia prodotta, erano state poste a base dei finanziamenti erogati per la realizzazione di tali impianti produttivi ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁹⁾ La vicenda è ricostruita nei termini indicati da Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2005, n. 3726, in

