

LA FINANZA DI PROGETTO AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA DOPO IL TERZO DECRETO CORRETTIVO DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI.

1.Premessa.

Le significative modifiche della disciplina della finanza di progetto ad opera del decreto legislativo 11 settembre 2008 n. 152 si sono sostanziate nella riscrittura dell'art. 153 e nell'abrogazione gli artt. 154 e 155 del Codice¹. Nel solco delle osservazioni formulate dalla Commissione con la lettera di messa in mora del 30 gennaio 2008, il legislatore ha inteso superare il contrasto, rilevato in sede comunitaria, tra la prelazione accordata al promotore e la tutela della concorrenza, al dichiarato intento di rilanciare la tecnica del project financing e, più in generale, tutte le forme di partenariato pubblico-privato per la realizzazione e gestione delle infrastrutture di pubblico interesse.

Il D.lgs. n. 152/2008 rappresenta, con ogni probabilità, l'ultimo atto del lungo e travagliato processo di riforma del settore degli appalti pubblici.

Il terzo decreto correttivo si innesta, infatti, nel solco della riforma del settore già avviata con il d.lgs. 26 gennaio 2007 n. 6 e, successivamente, dal d.lgs. 31 luglio 2007 n. 113 condividendone la finalità che è, appunto, quella di ridisciplinare in maniera compiuta ed organica l'istituto.

Sulla scorta delle osservazioni formulate dalla Commissione CE², dalla Corte di Giustizia CE³ – che sollecitavano il ripristino di un effettivo confronto concorrenziale tra gli operatori del settore – nonché dal Consiglio di Stato⁴ e dalla Corte dei Conti⁵.

Come efficacemente sintetizzato dalla dottrina all'indomani della riforma, il sistema attuale prevede che “le gare si sdoppiano: torna, in versione semplificata, la vecchia procedura basata sulla prelazione del promotore, ma, in alternativa, è possibile anche una gara in un'unica fase per selezionare direttamente il concessionario, che dovrà però accettare di apportare al suo progetto gratuitamente tutte le modifiche richieste in fase di sviluppo definitivo. Prevista infine anche una terza procedura, con cui i privati possono risvegliare l'interesse delle amministrazioni quando queste non pubblicano avvisi di ricerca dei privati”⁶.

Ebbene, a distanza di oltre un anno dall'approvazione del progetto di revisione, entrato in vigore il 17 ottobre dello scorso anno, la dottrina più attenta ha evidenziato che “la prassi applicativa (avrebbe) chiari(to) se le novità da ultimo introdotte abbiano effettivamente realizzato l'obiettivo di rilanciare l'istituto”⁷. In questa sede, dunque, senza alcuna pretesa di esaustività, ci si propone di verificare la compatibilità del nuovo modello con i principi sanciti a livello comunitario anche attraverso l'analisi delle più rilevanti pronunce del giudice amministrativo e di appurare se ed in che

¹ Il decreto in questione avente ad oggetto “Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'art. 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62” è stato pubblicato nella G.U. 2 ottobre 2008, n. 231. Tale intervento normativo costituisce (forse) l'ultima tappa di un complesso iter legislativo di riforma della disciplina della finanza di progetto, dopo i primi due decreti correttivi (D.lgs. nn.6 e 113 del 2007) che avevano già profondamente inciso sull'originaria disciplina, in particolare abrogando il diritto di prelazione del promotore.

In quell'occasione, la Commissione CE nella decisione del 31 gennaio 2008 ha evidenziato che nonostante l'avvenuta abrogazione “Nel corso della procedura di attribuzione della concessione (...) il promotore non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata (fase della procedura di attribuzione) nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le 2 migliori offerte nella gara precedente, indetta sulla base della sua proposta”.

² Cfr., lettera di messa in mora n. 2007/2329 e, da ultimo, decisione 31 gennaio 2008.

³ Cause riunite C-147 e 148/06 sentenza della Corte (Quarta Sezione) 15 maggio 2008.

⁴ Cons. Stato, parere n. 3262/2007, sul regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

⁵ Corte dei Conti, parere n. 51/I 26 maggio 2008.

⁶ R.M. ATTANASIO – S. GATTI, *Il terzo restyling delle norme sui contratti passa per la nuova finanza di progetto*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 ore*, 2008, 9, 3.

⁷ R. GRECO, *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al codice degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it

modo la previsione di una pluralità di procedure per la scelta del concessionario abbia influito positivamente sul ricorso a questa peculiare forma di partenariato pubblico-privato.

2. Natura, funzione e caratteri della finanza di progetto.

Si rende opportuno preliminarmente illustrare, sia pur brevemente, i tratti dell'istituto.

Il project financing, tradizionalmente inteso come tecnica finanziaria che consente di realizzare progetti senza oneri finanziari per la P.A. si sostanzia in un'operazione economica-finanziaria idonea ad assicurare utili che consentono il rimborso del prestito e/o il finanziamento e la gestione proficua dell'attività.⁸ L'istituto dà vita alla costituzione di un organismo autonomo (società di progetto), distinto dalla P.A., nella quale confluiscono capitali privati per il soddisfacimento di bisogni della collettività assunti come prioritari dal soggetto pubblico⁹.

⁸ La dottrina in materia è piuttosto corposa. A titolo meramente esemplificativo, tra i contributi più recenti, sia consentito un rinvio a B. CARAVITA DI TORITTO – M. COLLEVECCHIO, *Il promotore finanziario fra osservazioni della Corte di Giustizia e prospettive di riforma*; M. COLLEVECCHIO, *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto nel "correttivo 3"*; G. TARANTINI, *La finanza di progetto dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 153, D. lgs. n. 163/2006)*, in www.federalismi.it; M. RICCHI, *La finanza di progetto nel Codice dei contratti dopo il terzo correttivo*, in *Urb. e App.* 2008, 12, 1375-1391; R. DE NICTOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e App.* 2008, 11, 1225-1245; O. FORLENZA, *Project financing, un sistema più complesso*, in *Guida al diritto*, 2008, 9, 111-114; M. ASPRONE – C. SATURNINO, *Focus.codice contratti – Le problematiche del project financing*, in *Comuni d'Italia* 2008, 6, 27 ss; E. PICOZZA, *Le nuove prospettive della finanza di progetto nel codice dei contratti pubblici*, in *Giurisprudenza amministrativa*, 2007, 9, pt. 4, 301-318; M. GRECO, *Il project financing nella giurisprudenza e nel nuovo codice dei contratti*, in *App. e Contratti*, 2007, 6, 6-37.

Nel contesto generale europeo caratterizzato da scarse risorse finanziarie pubbliche, già a partire dalla seconda metà degli anni '90, si è diffusa la tendenza all'utilizzazione di fonti di finanziamento alternative, idonee a fronteggiare la richiesta di servizi, l'esigenza di realizzare nuove strutture e l'ammodernamento di quelle esistenti.

Ciò si è reso indispensabile al fine di migliorare il grado di efficienza degli investimenti ed ha contribuito allo sviluppo dell'economia degli Stati membri della UE, ove si è registrata una progressiva crescita in diversi comparti, anche se non sempre le amministrazioni hanno agito nel rispetto delle regole e con la consapevolezza dei rischi connessi alle singole operazioni.

La finanza di progetto è una tecnica di finanziamento in forte espansione in Europa Occidentale e, in particolare, in Italia che si è distinta per il gran numero delle iniziative, spesso ambiziose intraprese soprattutto nei settori delle infrastrutture, dei trasporti, delle telecomunicazioni, della sanità e dell'energia (tralasciando il progetto per la realizzazione del Ponte di Messina, a titolo meramente esemplificativo, basti ricordare il progetto per la costruzione dell'autostrada Brescia-Milano o per la ristrutturazione dell'Ospedale Niguarda a Milano).

In molti casi, iniziative del genere sono state concordate dal governo con alcune regioni, le quali hanno sottoscritto degli accordi per la realizzazione di opere ed infrastrutture pubbliche sulla scorta dei modelli di PPP diffusi in Europa Centrale (si pensi ai progetti degli ospedali di Tienne e di Schio, quello dei Santi Giovanni e Paolo a Venezia-Mestre; Umberto I di Mestre; Ospedale del Mare a Napoli ed, infine, quello di Castelfranco Veneto e di Montebelluna. Negli ultimi anni hanno fatto ricorso al project financing alcune grandi realtà come Aeroporti di Roma, Autostrade ed anche Edilpower, Edison, Termomeccanica ed Endesa Italia).

⁹ Cfr., in dottrina, G. PASQUINI, *Il project financing e la discrezionalità* (nota a Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287) in *Giornale di diritto amministrativo*, 2006, 10, 1113, individua la natura ed i caratteri dell'istituto partendo dalla genesi del project financing che "Come è noto, in linea teorica (...) nasce come tecnica di finanziamento alternativa al tradizionale finanziamento d'impresa, dal quale si differenzia in quanto ha per oggetto non tanto la valutazione dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa e degli effetti che su tale equilibrio hanno i nuovi investimenti realizzati e i nuovi debiti contratti, quanto la valutazione dell'equilibrio economico-finanziario di uno specifico progetto legato ad un determinato investimento, giuridicamente ed economicamente indipendente ed autonomo dalle altre iniziative dei soggetti che sono chiamati a realizzarlo". Cfr., altresì, sull'argomento, C. MALINCONICO, *Il project financing*, in *Trattato sui contratti pubblici*, (a cura di M. A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI), IV, *Le tipologie contrattuali*, 2008, Milano, 2610 ss., il quale ha precisato che "il ricorso a tale istituto (...) risponde all'esigenza di apprestare ulteriori strumenti al partenariato pubblico privato (...) (al)lo scopo di dare nuovo impulso al settore delle opere pubbliche attraverso il ricorso a capitali privati" ed inoltre che a differenza del tradizionale finanziamento all'imprenditore "fondat(o) sulla solidità economico-finanziaria dell'impresa destinataria dei finanziamenti, sull'esperienza da questa maturata nel proprio settore, sulle garanzie di serietà che la stessa impresa può offrire (...) "l'operazione di *project financing*, invece, richiede valutazioni diverse e molto più complesse poiché la remunerazione dell'investimento dovrà derivare dal flusso di cassa (cd. *cash flow*) e dagli utili dell'unità economica. Ciò rende necessario l'esame delle prospettive reddituali che il progetto offre, in conformità a

Già noto e ampiamente utilizzato fin dagli inizi del secolo scorso, specificamente nel settore energetico e per la realizzazione di opere di elevata complessità, è stato progressivamente impiegato per la realizzazione delle infrastrutture dedicate alla produzione ed erogazione di beni e servizi di pubblica utilità (gas, acqua, trasporti, ecc...) anche in Europa, specialmente in Francia ed in Gran Bretagna, quale forma di finanziamento alternativa a quelle tradizionali più conosciuta per la realizzazione di opere di rilevante entità con l'ausilio economico di finanziatori privati¹⁰.

Il Codice dei contratti, nel recepire la disciplina contenuta nella legge Merloni, ha ulteriormente evidenziato questo aspetto e, in particolare, il ruolo propulsivo del privato, il quale in qualità di promotore assume su si sé, in tutto o in parte, i costi necessari per la realizzazione di un'opera

studi di fattibilità e proiezioni a lungo termine". Autorità per la Vigilanza LLPP, Atto di regolazione, 18 luglio 2000, n. 34, in www.autoritavigilanzalavoripubblici.it ha precisato che "la caratteristica qualificante dell'istituto della finanza di progetto consiste essenzialmente nella copertura finanziaria di importanti investimenti sulla base di un progetto in quanto tale, prendendo in considerazione la sua validità, la sua corretta gestione e quindi la sua capacità di produrre reddito per un determinato periodo di tempo. A differenza del tradizionale finanziamento dell'imprenditore basato sull'equilibrio finanziario ed economico del soggetto, il project financing si basa, pertanto, sulle prospettive reddituali e sui flussi di cassa attesi da una specifica iniziativa. Esso si applica, quindi, con particolare riferimento ai progetti infrastrutturali nel settore delle opere pubbliche, a quelle iniziative che risultano essere in grado di generare un cash low di gestione e un adeguato profitto in termini di capacità a soddisfare un bisogno reale diffuso". In giurisprudenza, sulle origini dell'istituto, cfr., TAR Puglia – Bari, sez. I, 9 settembre 2004, n. 3880. Sulle caratteristiche del project financing e sull'ambito di applicazione dell'istituto cfr., Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2002, n. 3916 definisce la finanza di progetto "quella tecnica finanziaria che, da una parte, consente la realizzazione di opere pubbliche senza oneri finanziari per la Pubblica Amministrazione e, dall'altra, si sostanzia in una operazione di finanziamento di una particolare attività economica, idonea ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività stessa; in altri termini, l'attività economica finanziata deve avere la capacità di autofinanziarsi". TAR Puglia – Bari, sez. I, 9 settembre 2004, n. 3878 "La locuzione project financing, correttamente traducibile come finanza di progetto, sta a designare una variegata ed ampia gamma di strutture o tecniche finanziarie rivolte, appunto, al finanziamento di specifici progetti di investimento, e quindi caratterizzate da operazioni finanziarie ciascuna con proprie precise caratteristiche, esattamente studiate e "ritagliate" sul progetto da finanziare (...); TAR Campania – Napoli, sez. I, 17 giugno 2004, n. 9571 "Le correnti definizioni della finanza di progetto pongono tutte l'accento, del resto, sull'elemento centrale del finanziamento, che trova garanzia, per il finanziatore, non già nel profilo soggettivo di affidabilità dell'operatore economico che ne beneficia, bensì nella credibilità dei flussi di cassa attesi dalla gestione dell'infrastruttura, nel loro equilibrio rispetto ai costi di costruzione e gestione. Donde la ovvia e comunemente condivisa conclusione per cui la validità economico-finanziaria del progetto costituisce il presupposto stesso dell'intera operazione di project financing".

In Germania, il cd. projectfinanzierung (il cui modello di gestione più diffuso è il "Betreibermodell" o (D)BOT-Modell) sta ad indicare "una tecnica di finanziamento che attraverso la ripartizione dei rischi consente di finanziare un determinato progetto di rilevante importanza da realizzarsi tendenzialmente senza poste passive in bilancio" (così, in dottrina, G. HERMES – J. MICHEL, *Il project financing come modello di collaborazione pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità in Germania*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, 4, 1820; G. MORBIDELLI, *Il project financing: considerazioni introduttive*, ivi, 2005, 4, 1797).

"Il concetto (...), elaborato inizialmente nell'ambito delle scienze economiche, più precisamente nel settore dell'economia aziendale" (G. HERMES – J. MICHEL, *op. cit.*, 1820), e' stato utilizzato per la prima volta nel settore privato, per la realizzazione delle reti di comunicazione e delle infrastrutture pubbliche. Nel 1994, infatti, la Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (Legge sulla costruzione e sul finanziamento delle reti stradali federali da parte dei privati) ha consentito ai privati la costruzione, manutenzione e gestione delle strade di lunga percorrenza.

Non esiste a tutt'oggi una legge-quadro che disciplini la materia; né una disciplina compiuta ed organica è ravvisabile nella più recente legge di semplificazione in materia, cd. ÖPP-Beschleunigungsgesetz, del 2005 che (...) "si è limitata a modificare il quadro normativo previgente introducendo una serie di elementi di semplificazione, tra cui l'introduzione del dialogo competitivo, volti a favorire e promuovere la realizzazione di opere secondo lo schema del partenariato pubblico-privato" (Così, B. RAGANELLI, *Public-Private partnership: quadro giuridico e giurisprudenza comunitaria*, in www.i-com.it L'A. individua le ragioni della scelta, comune a diversi paesi europei, di abbandonare il tradizionale sistema di "autofinanziamento" degli enti pubblici per "attivare capitali privati" ed evidenzia l'atteggiamento sostanzialmente neutrale assunto dalla Commissione UE la quale "si preoccupa, (esclusivamente), di garantire che tali forme di collaborazione non risultino in qualche modo elusive delle regole della concorrenza").

Specificamente sull'utilizzazione dello strumento del dialogo competitivo nei principali paesi europei, cfr., C. RANGONE, *Il dialogo competitivo uno sguardo su alcuni paesi dell'Unione europea*, AA.VV., Roma, 2006; B. RAGANELLI, *Il dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2009, 1, 127-170.

¹⁰ Sulle origini del fenomeno, cfr., M. MARIANI, *Il project financing nel codice dei contratti*, Torino, 2007, 2.

pubblica o di pubblica utilità inserita negli atti di programmazione predisposti dall'amministrazione, all'uopo formulando una proposta corredata dal progetto preliminare, dalla bozza di convenzione, dal piano economico-finanziario, e infine da uno studio di fattibilità dell'opera. La proposta, se dichiarata di pubblico interesse, avrebbe costituito la base di una gara articolata in due fasi (procedura ristretta e procedura negoziata) all'esito della quale il migliore offerente si sarebbe aggiudicato la concessione.

Le novità introdotte, da ultimo, dal terzo correttivo non mutano la sostanza.

Come acutamente è stato evidenziato dalla più recente giurisprudenza "il sistema di realizzazione di opere pubbliche costituito dal "project financing" comporta espressamente la valutazione della vantaggiosità dell'offerta, a sua volta ricavabile dal piano economico-finanziario. In tale tipo di valutazione viene in rilievo anzitutto il principio di equilibrio come accade anche nelle concessioni di lavori pubblici, ed espresso essenzialmente, nel meccanismo in parola, dalla capacità di (auto) finanziamento"¹¹. Ad essa non risulta estraneo, anzi è logicamente conferente, il giudizio sulla effettiva e concreta redditività dell'operazione a fronte di prezzi che si collochino al di sopra delle medie di mercato e siano quindi in grado di influenzare negativamente le entrate previste dagli atti di pianificazione.

Per quanto sul punto non vi sia concordia di opinioni, a parere di chi scrive, la recente sostanziale revisione dell'istituto ha ulteriormente posto l'accento sull'importanza di tali elementi, non solo con specifico riguardo alle procedure attivabili su iniziativa della P.A., ma anche con riferimento a quelle avviate su impulso dei privati, i quali, in tutti i casi, sono tenuti a precisare le modalità realizzative che meglio possono soddisfare il bisogno espresso dall'amministrazione.

Con ciò non si intende certamente negare l'importanza del ruolo propulsivo dei soggetti privati, i quali, come innanzi accennato, possono addirittura sopperire all'inerzia dell'amministrazione presentando degli studi di fattibilità per la realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità non comprese nel piano. Questo, tuttavia, non esclude l'intento del legislatore di non deresponsabilizzare la P.A., la quale è chiamata tanto a scegliere di attivare l'una o l'altra procedura di propria competenza indicando le ragioni poste alla base della scelta, tanto a valutare in ogni caso la vantaggiosità e l'utilità delle proposte presentate, individuando, attraverso l'esame comparativo delle stesse, il progetto che meglio si attaglia all'interesse pubblico¹².

D'altra parte, anche prima dell'ultimo intervento normativo sulla finanza di progetto, la giurisprudenza era attestata nel senso di ritenere che "una proposta di cui all'art. 37-bis, L. 11 febbraio 1994, n. 109, può essere formulata soltanto in relazione ai lavori pubblici o di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale, oppure negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente"¹³. Tale inserimento, infatti, "costituisce condizione di ammissibilità della proposta stessa" atteso che "il principio di programmazione dei lavori pubblici è finalizzato a rendere concreti in tale delicata materia i principi di legalità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., responsabilizzando l'attività delle singole pubbliche amministrazioni ed evitando che, in assenza di un quadro di riferimento, le decisioni circa l'effettuazione dei lavori possano essere assunte al di fuori di reali esigenze pubbliche"¹⁴.

Sulla scorta di tali considerazioni, di recente, la giurisprudenza ha chiarito che la valutazione della utilità dell'operazione finanziaria è subordinata alla preliminare verifica di ciascuna proposta ed ha, inoltre, precisato che "è compito dell'amministrazione valutare se il progetto proposto abbia i

¹¹ Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2979.

¹² Nello stesso senso, cfr., in dottrina, G. TARANTINI, *La finanza di progetto dopo il terzo decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici, di lavori, servizi e forniture (art. 153, D.Lgs. n. 163/2006, in www.federalismi.it il quale ha chiarito che "la "cogenza" dell'iniziativa privata non può mai essere assoluta, in quanto all'Amministrazione va comunque riconosciuta la potestà di non procedere alla realizzazione in quel momento di un lavoro pubblico o di un'opera di pubblica utilità in presenza di ragioni oggettive e sopravvenute di pubblico interesse".*

¹³ Così, TAR Sicilia – Palermo, sez. I, 22 febbraio 2007, n. 601.

¹⁴ Cfr., TAR Campania – Napoli, sez. II, 4 novembre 2004, n. 17641 e, più di recente, TAR Puglia – Bari, sez. I, 5 aprile 2006, n. 1117.

contenuti necessari a soddisfare l'interesse pubblico in funzione del quale il programma dei lavori non definito nei suoi contenuti progettuali possa avere attuazione"¹⁵. In precedenza, sull'amministrazione non incombeva alcun obbligo di esaminare e valutare le proposte pervenute e, in ogni caso, tale obbligo poteva configurarsi solo con riferimento alla fase di valutazione comparativa, meramente eventuale, incentrata sul confronto tra le singole proposte¹⁶.

3. Il quadro normativo di riferimento: dalla Legge Merloni al terzo decreto correttivo.

Come è noto, il prodromo normativo della finanza di progetto è rappresentato dagli artt. 37-bis e 37-quater della legge 11 febbraio 1994, n. 109 che già disciplinava talune ipotesi di collaborazione per l'attribuzione degli appalti pubblici di lavori finanziati, in tutto o in parte, da soggetti privati mediante appalto-concorso o, in alternativa, la concessione di costruzione e gestione.

Ai sensi dell'art. 19, comma I, della predetta legge "i lavori pubblici (...) possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, salvo i lavori in economia di cui all'art. 24, comma 6".

Soltanto con la legge 11 novembre 1998, n. 415, cd. Merloni ter, per la prima volta, la finanza di progetto ha ricevuto una compiuta disciplina con l'introduzione della figura del promotore titolare del diritto di prelazione, con cui è stato esaltato il ruolo partecipativo dei privati¹⁷.

"La scelta di innestare il project financing sul robusto e frondoso ramo della concessione (era legata) in gran parte a valutazioni politiche di contingenza propiziate da precedenti storici che hanno visto le concessioni come contenitore giuridico sia di prefinanziamenti privati, sia di concorsi finanziari privati per le opere pubbliche, sia di operazioni di promozione-committenza"¹⁸.

¹⁵ Così, Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287 e, più di recente, 20 maggio 2008, n. 2355

¹⁶ Cfr., Cons. Stato, sez. V, 11 novembre 2005 n. 6287

¹⁷ F. VADA – D. DE SANCTIS, *Natura e finalità del project financing. Infrastrutture realizzabili*, in *Il project financing nel Codice dei Contratti*, Torino, 2007, 181, hanno chiarito che in Europa e, più specificamente in Italia, "è stata, infatti, l'atavica difficoltà della Pubblica Amministrazione di reperire adeguate risorse finanziarie da investire nel settore delle infrastrutture che spesso ha indotto i legislatori nazionali ad introdurre, nei propri ordinamenti, forme di finanziamento alternative a quelle pubbliche che facessero ricorso anche a capitali privati".

Sui rapporti tra la finanza di progetto, la promozione di opera pubblica e la concessione di costruzione e gestione, sia consentito un rinvio a N. LUNGARESI, *Concessioni di costruzione e gestione e <<project financing>>: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 4, 647 ss.; R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004; E. PICOZZA, *La finanza di progetto nel sistema dell'attività contrattuale privata e pubblica*, in *Cons. Stato*, 2002, 12, 2047 ss.; R. GAROFOLI – M.A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/Cee nella l. comunit. n. 62 del 2005 e nella l. comunit. n. 62 del 2005*, Milano, 2005. In particolare, sui tratti caratterizzanti l'istituto rispetto alla tradizionale concessione di costruzione e gestione, cfr., D. TASSAN MAZZOCCO – C. ANGELETTI, M. ZOPPOLATO, *La legge quadro sui lavori pubblici (Merloni ter)*, Milano, 1999, 1010 ss. secondo i quali la distinzione si fonda sul "la presenza di una pluralità di finanziatori e di garanti e (sul)la costituzione di un'unica entità economica per la gestione dell'opera". Sulla distinzione dell'istituto della "promozione di opera pubblica" altrimenti definito project financing, cfr., in dottrina, G. MORBIDELLI – M. ZOPPOLATO, *appalti pubblici*, in M. P. CHITI – G. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, 448 ss.

¹⁸ Così, in dottrina, S. AMOROSINO – R. SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione e il promotore*, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, 2, 62. L'ambito di applicazione dell'istituto è stato progressivamente ampliato con l'istituzione dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto nell'ambito del CIPE con il chiaro intento di incentivare il ricorso a tale peculiare tecnica di finanziamento.

Successivamente, con la legge 24 novembre 2000, n. 340, il project financing è stato utilizzato per la realizzazione di nuove infrastrutture viarie di interesse nazionale a pedaggio. Con il D. Lgs. 21 dicembre 2002, n. 190 è stata elaborata una procedura meno formale e più snella individuata come uno dei criteri direttivi per l'attuazione del primo programma di infrastrutture strategiche approvato dal CIPE nel 2001. La giurisprudenza ha chiarito che il nonostante il sempre crescente coinvolgimento dei privati nella fase di programmazione e realizzazione delle opere pubbliche resta il fatto che "la titolarità delle scelte programmatiche in tema di utilizzo del territorio non possa che essere riconosciuta ai soggetti pubblici stessi (...) (per la considerazione che) l'indubbio coinvolgimento dei soggetti privati nell'adozione delle scelte programmatiche non può ritenersi esteso fino al paradossale effetto di rendere il privato arbitro delle opere da realizzare". In dottrina, J. BERCELLI, *Procedimento di finanza di progetto e art. 14 quinquies, l. n. 241 del 1990*, in D. CORLETTI – G. SALA – G. SCIULLO (a cura di), *La riforma dell'azione amministrativa* ha precisato che la partecipazione del promotore non è assimilabile a quella che il privato potrebbe esplicare nell'ambito di un ordinario

L'art. 37-bis espressamente riconosceva ai soggetti privati la possibilità di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità e di firmare i contratti corrispondenti, disciplinanti il finanziamento e la gestione dei lavori. La disciplina del project financing – più volte modificata e recepita dal Codice dei contratti – era sostanzialmente incentrata sulla procedura di selezione del promotore, prevedendo che le amministrazioni aggiudicatrici valutassero la fattibilità delle proposte presentate sotto differenti profili: costruzione, urbanistica, ambiente, qualità progettuale, funzionalità, fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, rendimento, costo di gestione e di manutenzione, durata della concessione, tempi di ultimazione dei lavori della concessione, tariffe da applicare e metodologia di aggiornamento, valore economico e finanziario del piano e del contenuto della bozza di convenzione. Ciò postulava la verifica dell'assenza di elementi ostativi alla realizzazione di tali previsioni, l'esame e la comparazione delle stesse, l'audizione dei promotori che ne facciano richiesta, infine l'individuazione della proposta di pubblico interesse.

In questo caso, in applicazione dell'art. 37-quater della legge n. 109/94, veniva realizzata una procedura ristretta tesa ad indurre la presentazione di altre due offerte. La concessione veniva in seguito attribuita nell'ambito di una procedura negoziata nel corso della quale si procedeva all'esame della proposta del promotore inizialmente selezionato nonché delle altre offerte. Nel corso di tale procedura, il suddetto promotore poteva adattare la sua proposta a quella giudicata dall'amministrazione aggiudicatrice più conveniente. In tal caso, egli sarebbe risultato aggiudicatario della concessione¹⁹.

procedimento amministrativo, anzi se ne distingue perché “egli, elaborando il progetto preliminare e la complessiva proposta di realizzazione e gestione dell'opera pubblica, si pone come soggetto che pondera interessi pubblici, svolgendo un'attività che negli ordinari procedimenti di appalto e concessione è riservata alla pubblica amministrazione”.

¹⁹ Cfr., in dottrina, S. AMOROSINO – R. SCIUTO, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore finanziario*, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, 2, 61 ss. i quali, dopo aver richiamato sinteticamente i tratti salienti dell'istituto, si soffermano sulle novità introdotte dagli artt. 37 bis – 37 nonies della legge, quindi sull'introduzione della figura del promotore e sulla procedura cd. “a due stadi” considerata “palesamente la risultante del tentativo del legislatore di conciliare il riconoscimento al promotore di una posizione giuridica privilegiata (escludendolo dalla gara, ma facendolo comunque partecipare alla negoziazione finale), con la salvaguardia del principio generale – comunitario, ma ormai anche nazionale – della obbligatorietà del ricorso a gare pubbliche, al fine di garantire la più ampia concorrenza”. S. SCOTTI CAMUZZI, *Il project financing nel settore pubblico e la legge “Merloni ter”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, 1, 1 ss. ha evidenziato che “la legge (...) è intesa solo a dettare le regole specifiche che si sono ritenute necessarie o quanto meno opportune per permettere l'inserimento (del project financing) nel campo delle opere pubbliche. Il punto nodale (della relativa disciplina) è invero costituito dalla previsione dell'utilizzo della concessione-contratto. Si tratta di un istituto classico dell'incontro fra il soggetto pubblico e il soggetto privato, di un tradizionale punto di confine, in cui il diritto privato e quello pubblico si mescolano e si integrano vicendevolmente”. Ai sensi dell'art. 37 bis della legge i promotori hanno facoltà di presentare alla P.A. interessata “proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità (...) tramite contratti di concessione, di cui all'art. 19, comma 2 con risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori stessi” (...) La concessione speciale “su proposta del promotore” fruisce dell'applicabilità – oltre che degli artt. 19.2 e 19.2-bis della legge quadro – delle nuove norme contenute negli artt. da 37-quinquies a 37-nonies della legge medesima (essendo) l'operazione di project financing (...) (inquadabile) sia nella “concessione speciale” (su proposta del promotore) sia, alternativamente, nella concessione “normale” (...) La concessione dell'art. 19 della legge-quadro non è altro che l'antico istituto, rinverdito, e arricchito di naturali, utili e ragionevoli precisazioni. (La predetta estensione) rende meglio idonea la vecchia concessione ad essere utilizzata per le operazioni di project financing.

Tale disciplina è stata più volte rivisitata. Senza anticipare nulla di quanto si dirà nel seguito della trattazione, basti ricordare che nell'agosto del 2002, con la legge n. 166/2002, il legislatore ha introdotto nella previgente disciplina una serie di disposizioni volte a semplificare la procedura allo scopo di incentivare il ricorso all'istituto. In dottrina, G. GRECO, *Le recenti innovazioni sul project financing*, Relazione presentata al Convegno “la realizzazione di opere pubbliche nella più recente normativa”, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, 4, 143 ss. tra queste, in particolare, ha segnalato la facoltà, riconosciuta ai soggetti pubblici e privati, di presentare “proposte di intervento relative alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità e studi di fattibilità” liberamente valutabili dalla P.A. che, individuate quelle “di pubblico interesse” avrebbe proceduto ad inserirle nella programmazione triennale. Accorta dottrina non potè fare a meno di evidenziare il “grave sospetto di illegittimità comunitaria” connessa a “simili iniziative, che, ove accolte,

Nel vigore della predetta disciplina, la questione relativa all'assoggettabilità o meno del concessionario del project financing ai vincoli comunitari e nazionali riguardanti gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture è stata affrontata e risolta dalla giurisprudenza con soluzioni non sempre condivise dalla dottrina. A titolo meramente esemplificativo, giova richiamare un precedente del Consiglio di Stato il quale ha ritenuto che al concessionario della costruzione e gestione di una pubblica autostrada fosse applicabile la disciplina di cui al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 (di recepimento della Dir. 50/92/CEE) per la considerazione (tutt'altro che pacifica) secondo la quale il concessionario sarebbe qualificabile come "organismo di diritto pubblico" in considerazione dell'attività svolta, diretta a "soddisfare bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale"²⁰.

In sostanza, l'intera procedura, articolata in una prima fase finalizzata alla scelta della proposta ritenuta di pubblico interesse, seguita da una gara tra soggetti terzi rispetto al promotore della proposta prescelta, veniva espletata in ogni caso sulla base del progetto preliminare di quest'ultimo, e sfociava, infine, in una procedura negoziata tra il promotore e le due migliori offerte risultanti all'esito della gara, prevedendosi che anche quando il promotore non fosse risultato aggiudicatario, egli potesse comunque adeguarsi all'offerta migliore, divenendo così concessionario. La soluzione così offerta dal legislatore è apparsa, tuttavia, del tutto inadeguata e contraria allo spirito della riforma, poiché in definitiva portava a disincentivare la partecipazione di altri soggetti.

Come è stato acutamente osservato, nella prima fase, "l'art. 37, l. 11 febbraio 1994, n. 109 (...) affida all'Amministrazione il potere di valutare l'ammissibilità o meno del progetto (presentato dal solo proponente) che, peraltro ove presenti profili che l'Amministrazione stessa giudica non coerenti con le funzioni da insediare e lo stralcio delle relative previsioni previa la proposta dei corrispettivi introiti finanziari, sono configurabili elementi ostativi alla realizzazione dell'opera, (...) non può giudicarsi di pubblico interesse"²¹.

A ciò aggiungasi che nelle fasi successive sia in caso di licitazione privata che di appalto-concorso, a base della gara si poneva "il progetto preliminare presentato dal promotore, eventualmente modificato sulla base delle determinazioni della Amministrazioni stesse, nonché i valori necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle misure previste dal piano economico-finanziario presentato dal promotore".

Ebbene, la possibilità riconosciuta al promotore di adeguare la propria offerta a quella risultata la migliore all'esito della gara, lo poneva in una posizione chiaramente privilegiata rispetto dei concorrenti che, seppure presenti alla gara, vedevano di fatto sempre più limitate le possibilità di aggiudicarsi l'appalto, al punto da non essere neanche stimolati a partecipare alla selezione.

La disciplina è stata innovata dalla legge n. 166/2002. L'Autorità di Vigilanza nella determinazione del 16 ottobre 2002, n. 27 recante "Prime indicazioni sulla applicazione della legge 1° agosto 2002 n. 166 ha precisato che le modifiche non hanno riguardato la fase di presentazione della proposta né la sua valutazione da parte della P.A. La prelazione in favore del promotore - espressamente contemplata nell'art. 37-ter della legge n. 166/2002 (cd. Merloni quater) - ha fatto registrare l'assenza - in ciascuna delle fasi della procedura - di una "gara con pubblicità comunitaria" che non

pon(evano - già in una fase antecedente alla procedura di aggiudicazione vera e propria) il proponente in una posizione di fatto privilegiata per assumere la funzione di promotore vero e proprio del project financing.

²⁰ A conclusioni diametralmente opposte è giunto, in dottrina, S. SCOTTI CAMUZZI, *op. cit.*, 6 il quale ha ritenuto insussistenti i requisiti minimi necessari per poter qualificare il concessionario come "organismo di diritto pubblico" poiché questi non è "istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale" né "svolge attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da organismi di diritto pubblico". Diversamente, "qualora il concessionario operi in uno dei "settori speciali" individuati dalla direttiva 93/38/CEE e dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 (...) l'ambito di applicazione della normativa è esteso alle imprese pubbliche ed agli "enti aggiudicatori" che, pur non essendo autorità pubbliche o imprese pubbliche, operino in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità (pubblica) competente". In questi casi, infatti, il concessionario "è da qualificare "ente aggiudicatore", soggetto alle norme sugli appalti pubblici - oltre che di lavori, anche - di forniture di servizi".

²¹ Così, in giurisprudenza, TAR Lombardia, sez. III, 2 luglio 2001, n. 4729.

avrebbe potuto certo giustificarsi per la considerazione che “la procedura per l’affidamento della realizzazione di opere pubbliche attraverso la finanza di progetto sia caratterizzata da una connotazione prettamente informale che la differenzia dalle procedure ad evidenza pubblica (...)”. Sotto tale profilo non può che condividersi quell’ opinione dottrinale mostratasi incline ad imporre “il rispetto dei principi di correttezza, immanenti all’agire di ogni attività della pubblica amministrazione, non considerando il project financing un istituto autonomo, sottratto ai principi in materia di affidamento di lavori pubblici”²².

Non a caso, la Commissione U.E. aveva avviato una procedura di infrazione nei confronti dell’Italia censurando la formulazione dell’art. 37 bis nella parte in cui non prevedeva un’adeguata pubblicità nei bandi di gara del diritto di prelazione spettante al promotore, in violazione dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento tra i concorrenti (Commissione Europea, procedura d’infrazione n. 2001/2182 ex art. 226 TCE). Sarebbe stato opportuno, invece, introdurre una gara nell’ambito della procedura negoziata che avrebbe fornito alla P.A. un parametro di valutazione delle proposte privilegiando quella in grado di garantire il migliore equilibrio costi-benefici a parità di qualità. Già in precedenza la Commissione aveva chiarito che l’affidamento in concessione dell’appalto di lavori, a prescindere dalla tecnica di finanziamento concretamente utilizzata, soggiace alle regole ed ai principi sanciti dal Trattato²³.

Il giudice amministrativo, sia pure con qualche oscillazione, non ha potuto che riconoscere che l’introduzione della gara nella fase predetta si rendeva indispensabile ai fini dell’adeguamento delle disposizioni nazionali al diritto comunitario, contestando, peraltro, la genericità della formulazione dei criteri di valutazione delle proposte e di selezione delle offerte nell’ambito della procedura negoziata²⁴ al punto che in più di un’occasione ha dichiarato l’illegittimità dei parametri di valutazione delle offerte per omesso esame del piano economico finanziario²⁵.

Ma vi è di più. Il Consiglio di Stato, con una decisione dal contenuto indubbiamente innovativo, si è pronunciato sulle regole che la pubblica amministrazione è tenuta e seguire nella procedura di selezione delle proposte presentate per individuare quella di pubblico interesse, sul ruolo delle commissioni tecnico-consultive incaricate dall’amministrazione di valutare le proposte e, infine, sulla natura e sul ruolo del piano economico-finanziario allegato alle singole proposte.

Posto, infatti, che della/e proposta/e aventi ad oggetto la realizzazione e gestione di opere pubbliche o di pubblica utilità inserite nella programmazione triennale o in altri strumenti di programmazione previsti dall’ordinamento interno della P.A., questa è tenuta a dare adeguata pubblicità tramite la pubblicazione di un apposito avviso; chiarito che a ciò segue la fase di valutazione delle proposte

²² Così, in dottrina, F. MANFREDA, *La finanza di progetto: dalla legittimazione delle Ati costituendae alla illegittimità dei criteri valutativi dei progetti. Profili ricostruttivi di un istituto in evoluzione*, in *Foro amm. TAR*, 2004, 9, 2713 ss.; L’Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici, nella determinazione n. 27/2002 ha evidenziato che le nuove norme sono “intese a rimuovere quegli elementi di criticità che nel primo periodo di applicazione dell’istituto hanno costituito una remora al suo sviluppo, con la introduzione della cosiddetta prelazione a favore del promotore”; in dottrina, F. CARINGELLA, *I procedimenti amministrativi nella realizzazione delle opere pubbliche con il project financing*, in F. FONTANA – M. CAROLI (a cura di), *infrastrutture, finanza di progetto e competitività del sistema Italia*, Luiss Guido Carli Scuola di Management, Atti del Convegno, Rirea, Roma, 2002, ha precisato come “la circostanza che la valutazione positiva della proposta non determini una immediata aggiudicazione, ma comporti un rimescolamento successivo all’esito della gara, è sicuramente un fattore deflativo”. G. FIDONE – B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della cd. “prelazione” del promotore*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 3-4, 949 ss. hanno chiarito che “l’attribuzione di un diritto di prelazione al promotore, insieme agli altri meccanismi di incentivo contenuti nella normativa, aumenta evidentemente le possibilità che questi risulti aggiudicatario della concessione di costruzione e gestione. Questo costituisce senza dubbio un incentivo al coinvolgimento di capitali privati nella realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità, ma d’altro canto, finendo per scoraggiare gli operatori del mercato dal partecipare alle gare, può rivelarsi dannoso per la realizzazione di una reale concorrenza, innescando problematiche diverse”.

²³ Sull’argomento, cfr., in dottrina, A. VIGNUDELLI, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.* 2005, 3, 487 ss.

²⁴ Cfr., Cons. Stato, sez. V, n. 6847/2004; TAR Emilia Romagna, sez. I, n. 762/2004 e TAR Puglia, sez. I, 9 settembre 2004, n. 3877.

²⁵ Cfr., TAR Campania, sez. I, n. 9571/2004

nel termine di legge che si sostanzia in un accertamento della fattibilità economico-finanziaria del progetto, prodromica alla individuazione della proposta giudicata più idonea a soddisfare il pubblico interesse; rilevato che una volta selezionato il progetto, la P.A. avvia una procedura di gara, articolata in due fasi, preordinata alla scelta del concessionario.

I giudici di Palazzo Spada, in riforma della sentenza del TAR Toscana²⁶ e ribaltando un precedente orientamento del Consiglio di Stato²⁷, hanno affermato che il procedimento di valutazione della proposta si articola in due fasi, tra loro connesse: la prima avente ad oggetto la verifica della fattibilità tecnica ed economico-finanziaria della proposta, cui segue la individuazione della proposta ritenuta di pubblico interesse. Così opinando, il Consiglio di Stato si è allineato all'opinione espressa dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (determinazione 4 ottobre 2001, n. 20) che pure aveva distinto le due fasi ritenendo che solo la seconda fosse retta dai principi e dalle regole dell'evidenza pubblica. In detta occasione i giudici di palazzo Spada hanno altresì chiarito il ruolo meramente interno ed ausiliario delle commissioni di valutazione, affermando che la procedura soggiace alle regole di carattere generale sul procedimento amministrativo "sia in ciò che riguarda i compiti di coordinamento assegnati al responsabile del procedimento, sia per ciò che concerne l'introduzione, nel procedimento medesimo, degli interessi coinvolti"²⁸.

La disciplina di cui alla legge Merloni del 1994 e ss.mm.ii. ha destato una serie di perplessità in ambito comunitario, concernenti i settori dei contratti misti, delle opere a scomputo degli oneri di urbanizzazione, l'affidamento degli incarichi di direzione dei lavori e di collaudo, nonché la finanza di progetto, tutte evidenziate dalla Commissione nella lettera di messa in mora del 19 dicembre 2002 sfociata con l'avvio di una procedura di infrazione finalizzata alla declaratoria della illegittimità comunitaria delle relative disposizioni. In particolare, l'esecutivo aveva puntato l'attenzione non tanto sulla prelazione del promotore, quanto piuttosto, sull'inadeguatezza della

²⁶ TAR Toscana, 2 agosto 2004, n. 2860 che, sostanzialmente allineandosi all'opinione dominante, aveva ritenuto illegittimi i parametri di valutazione ed i connessi criteri di graduazione della proposta giudicata non di pubblico interesse. A parere di questi giudici, infatti, a prescindere dalla complessità della procedura, la finanza di progetto "conserva caratteri di unicità e globalità, (con la conseguenza) che la valutazione comparativa tra più proposte non sarebbe subordinata ad una pregiudiziale verifica in ordine all'ammissibilità di ciascuna di esse".

²⁷ Cfr., Cons. Stato, sez. V, 20 ottobre 2004, n. 6847; Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2005, n. 142.

²⁸ Così, Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2005, n. 6287. Nello stesso senso, cfr., in giurisprudenza, TAR Puglia, sez. III, 9 luglio 2004, n. 2993; TAR Puglia – Bari, sez. I, 9 settembre 2004, n. 3877 cit. L'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici nella determinazione del 4 ottobre 2001, n. 20 così si è espressa: "Quanto poi alla fase della valutazione della proposta, compiuta dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 37-ter della legge 109/1994 e successive modificazioni, occorre precisare che essa si effettua prendendo in esame i profili ricostruttivi, urbanistici ed ambientali, della qualità progettuale, della funzionalità, della fruibilità dell'opera, dell'accessibilità al pubblico, del rendimento, del costo di gestione e di manutenzione, dei tempi di ultimazione dei lavori, delle tariffe da applicare e della relativa metodologia di determinazione, del valore economico e finanziario dei piani e del contenuto della bozza di convenzione. Tutti questi elementi verranno valutati dalla stazione appaltante anche mediante audizioni dei promotori ordinate a fornire chiarimenti ovvero ad apportare quelle modifiche ritenute necessarie alla proposta stessa. 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 la valutazione della rispondenza al pubblico interesse della proposta stessa: attività propriamente discrezionale in quanto riguarda la comparazione degli interessi rilevanti al 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 interventi nella stessa area". Sul ruolo della commissione cfr., in giurisprudenza, TAR Veneto, sez. I, 22 dicembre 2003, n. 6266, che ha chiarito che i punteggi da essa attribuiti hanno "lo scopo prevalente di rendere intelligibile e controllabile la scelta" ma non sono vincolanti per l'Amministrazione la quale è dotata di un ampio margine di discrezionalità nel "giudizio coinvolgente la valutazione comparativa degli interessi che essa assume rilevanti in un determinato momento storico". Il TAR Campania – Napoli, sez. II, 12 dicembre 2003, n. 3130 si è soffermato, in particolare, sulla discrezionalità che connota la valutazione della fattibilità tecnica del progetto sottolineando che "l'Amministrazione god(e) di un amplissimo potere discrezionale nel valutare il livello e la qualità del servizio da offrire alla cittadinanza che deve necessariamente adeguarsi allo standard medio richiesto alla popolazione, con la conseguenza che il promotore non può imporre servizi aggiuntivi ritenuti superflui in un determinato ambiente sociale".

pubblicazione in G.U.C.E. dell'avviso, il quale non evidenziava i benefici riconosciuti al promotore nella fase della procedura negoziata, di cui all'art. 37-quater della legge Merloni.

In verità, il legislatore già nelle more della proposizione del giudizio (1° aprile 2004) si era allineato alle indicazioni della Commissione introducendo significative modifiche, in particolare, alla disciplina delle prerogative del promotore nell'ambito della finanza di progetto di cui all'art. 37 bis, comma 2-bis della legge 109/1994, con la legge n. 62/2005 (all'uopo prevedendo che l'avviso dovesse contenere obbligatoriamente: a) i criteri in base ai quali le Amministrazioni avrebbero valutato le proposte; b) la previsione espressa del diritto di prelazione a favore del promotore, a parità di condizioni con l'offerta giudicata migliore nella fase di gara (licitazione privata)). Tali prescrizioni sono state successivamente recepite dall'art. 153, comma 3, del codice dei contratti pubblici, come modificato dall'art. 1 del D.Lgs. n. 113/2007 (cd. secondo decreto correttivo) che ha espunto il diritto di prelazione in favore del promotore²⁹.

Dal canto suo, la Corte di giustizia³⁰ ha ritenuto insufficienti le argomentazioni poste alla base della censura, per avere la Commissione genericamente lamentato la violazione delle direttive 92/50, 93/36, 93/37 e 93/38, nonché degli articoli 43 e 49 CE, senza tuttavia chiarire per una o ciascuna di esse la violazione del principio di non discriminazione tra imprese operanti nel settore.

“Per quanto riguarda gli artt. 43 CE e 49 CE, questi non prescrivono un obbligo generale di parità di trattamento ma contengono (...) un divieto di discriminazione in base alla cittadinanza”, pertanto, in assenza di specifiche e puntuali indicazioni da parte della Commissione, il ricorso è stato dichiarato irricevibile.

Nel frattempo, evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa, “Il Codice (...) è stato l'occasione non solo per rispondere e recepire le nuove direttive europee sugli appalti, ma anche per mettere chiarezza nelle moltissime stratificazioni legislative e semplificare l'intero sistema dei lavori pubblici (...) settore nel quale il legislatore nazionale si era particolarmente discostato dal diritto comunitario”. Ad avviso del Consiglio di Stato la scelta di elaborare “un unico testo chiarisce che non ci si intende limitare a una mera raccolta di norme preesistenti sia pure coordinate con le direttive: è l'intero settore degli appalti che deve trovare in questa sede la sua disciplina unitaria e coordinata”³¹. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla abolizione dell'appalto concorso, ovvero alla sostituzione delle procedure nazionali (asta pubblica, licitazione privata e trattativa privata) con quelle comunitarie aperte, ristrette e negoziate, o ancora all'estensione del ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con conseguente ampliamento della discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta dell'appaltatore.

E' indubbio e perfettamente condivisibile che la finanza di progetto costituisce per l'operatore economico che assume la veste di promotore, una indubbia fonte di lucro, essendo essenziale, alla praticabilità dell'istituto, che l'attività economica finanziata sia di per sé idonea ad assicurare utili

²⁹ L'art. 1, comma 1, lett. r) del D. Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 ha soppresso l'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 153 del codice relativo al contenuto dell'avviso pubblico e alla prelazione in favore del promotore all'esito della procedura negoziata di cui all'art. 154 del codice. La soluzione adottata dal legislatore con la l. 62/2005 non è apparsa convincente. L'esistenza della prelazione faceva sì che la decisione più importante fosse presa in fase pre-gara, all'atto della valutazione della proposta, che quindi aveva assunto un ruolo fondamentale, condizionando sostanzialmente lo svolgimento della procedura negoziata, per la considerazione che il progetto, selezionato in base ai criteri stabiliti nell'avviso pubblico, veniva posto a base della successiva gara per essere “eventualmente modificato sulla base delle determinazioni delle amministrazioni”. A ben vedere, tuttavia, l'anticipazione della prelazione del promotore alla fase di valutazione delle proposte avrebbe finito per rafforzare e ulteriormente consolidare la posizione assunta dal promotore anche nelle fasi successive, evidenziando le stesse distorsioni della concorrenza denunciate dalla Commissione UE. Cfr., in proposito, G. FIDONE, *Finanza di progetto. La valutazione della proposta e la scelta del promotore*, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 2, 77 ss., il quale ha precisato che “la fase della presentazione delle proposte, della loro valutazione e della identificazione di quelle di pubblico interesse costituisce, di fatto, il momento più delicato dell'intera procedura”. Ciò a partire dalla legge n. 166/2002 che nel prevedere il diritto di prelazione in favore del promotore (avrebbe) dovuto “comportarne un ripensamento, improntato quanto meno al rispetto dei principi di rango comunitario della trasparenza dell'azione amministrativa e della parità di trattamento dei partecipanti alla procedura”.

³⁰ Corte di giustizia CE, sez. II, 21 febbraio 2008, causa C-412/04 (Commissione europea c. Repubblica italiana).

³¹ Cons. Stato, 6 febbraio 2006, n. 355.

in grado di consentire la copertura dei costi e, nel contempo, la gestione proficua dell'attività stessa, secondo le regole proprie dell'imprenditoria privata³². Questo è il motivo per il quale la P.A. è chiamata a pianificare un percorso di affidamento adatto alle proprie capacità di gestione del processo e alle caratteristiche dell'operazione. Lo studio di fattibilità che deve corredare la proposta del promotore relativa alla realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità inseriti nella programmazione triennale ha assunto un ruolo centrale per orientare la P.A. tra le opzioni procedurali a sua disposizione e, allo stesso tempo, costituisce un documento preordinato alla redazione delle offerte dei concorrenti.

Ai sensi dell'art. 153 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, le proposte devono obbligatoriamente presentare, oltre che gli elementi di cui all'art. 83 del medesimo decreto contenuti in un documento ad hoc, anche "una specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione" nonché l'indicazione del prezzo, della qualità, del pregio tecnico dell'opera, delle modalità di gestione, del livello e dei criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti, ecc.", cioè a dire tutti gli elementi generalmente utilizzati dall'Amministrazione per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per tale motivo, l'amministrazione è tenuta a dare adeguata pubblicità a tutela della concorrenza, nella fase di individuazione del promotore, mediante l'affissione di un avviso indicativo precisante gli interventi inseriti nella programmazione triennale per l'indizione della procedura di affidamento della realizzazione dei lavori secondo il modulo del project financing, con l'indicazione dei criteri in base ai quali procedere alla valutazione comparativa delle diverse proposte.

La procedura, disciplinata dagli artt. 153 ss del D.Lgs. 163/2006, si articolava in tre distinte fasi: nella prima, l'Amministrazione provvedeva ad individuare la proposta del promotore che riteneva di pubblico interesse; nella seconda fase essa procedeva, mediante gara e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla selezione dei soggetti o del soggetto con i quali negoziare successivamente, insieme con il promotore il contratto di concessione, ai sensi dell'art. 154 del D.Lgs. 163/2006; la terza fase consisteva, infine, nella procedura negoziata con il promotore e gli offerenti individuati a seguito dell'espletamento dell'espletamento della fase precedente.

Viene, in primo luogo, in rilievo la prima fase. In essa, nel sistema dell'art. 37 bis della legge 109/94, recepito in gran parte dal Codice dei contratti pubblici, l'esame delle proposte e la scelta del promotore non sono vincolati alle rigide forme dell'evidenza pubblica. Ciò non esclude, come evidenziato in giurisprudenza, la necessità che tale valutazione si svolga all'insegna dei criteri di "par condicio" e trasparenza, la quale è intrinseca alla stessa natura para concorsuale della fase di scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice nel significato innanzi specificato³³.

D'altra parte, l'art. 153 del D.Lgs. 163/06 riconosceva la possibilità di attribuire al promotore il diritto di prelazione solo se la fase di individuazione dello stesso fosse stata espletata nel rispetto delle modalità di pubblicità e concorsualità stabilite dalla legge, con la conseguenza che ove tale prima fase fosse stata del tutto omessa, al promotore non poteva essere riconosciuto alcun diritto di prelazione e lo stesso era tenuto a concorrere in una posizione di parità rispetto agli altri competitori³⁴.

Ciò in quanto l'omissione di una intera fase del procedimento, relativa alla informazione - che deve essere data a tutti gli operatori del mercato con l'espressa indicazione del diritto di prelazione in favore del promotore - che la stazione appaltante intende procedere alla realizzazione ed annessa

³² Cons. Stato, 10 novembre 2005, n. 6287, cit; TAR Puglia - Bari, sez. I, 9 settembre 2004, n. 3880, cit.

³³ Cfr., in proposito, C.G.A.R.S. 29 gennaio 2007, n. 7.

³⁴ L'art. 153, comma 3 del Codice così disponeva: "è previsto il diritto in favore del promotore ad essere preferito ai soggetti previsti nell'art. 155, comma 1, lett. b), ove lo stesso intenda adeguare il proprio progetto alle offerte economicamente più vantaggiose presentate dai predetti soggetti offerenti. Il successivo art. 154 così stabiliva: "Nella procedura negoziata di cui all'art. 155 il promotore potrà adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente. In questo caso il promotore risulterà aggiudicatario".

gestione dell'opera con lo strumento del project financing, di fatto, impediva agli interessati di valutare la convenienza dell'operazione e di presentarsi in qualità di promotori anziché di competitori.

In proposito, la giurisprudenza³⁵ ha ritenuto applicabili *in subiecta materia* - "in quanto dettati in via diretta e self-executing dal Trattato" - i principi e le norme che "presidiano e garantiscono il buon funzionamento del mercato unico, ossia: le norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità (articolo 12, par. 1, ex articolo 6, par. 1); le norme relative alla libera circolazione delle merci (articoli 28 - ex 30 e ss.), alla libertà di stabilimento (articoli 43 - ex 52 e ss.), alla libera prestazione di servizi (articoli 49 - ex 59 e ss.); le disposizioni dell'articolo 86 (ex 90) del Trattato. In particolare, il Consiglio di Stato³⁶, ha stabilito che "l'obbligo di dare corpo a forme idonee di pubblicità deriva dai principi del Trattato dell'Unione Europea, direttamente applicabili a prescindere dalla ricorrenza di specifiche norme comunitarie o interne, e in modo prevalente su eventuali disposizioni interne di segno opposto".

Le recenti modifiche al Codice dei contratti, come accennato in precedenza, non mutano la sostanza. E' pressochè pacifico anche in giurisprudenza³⁷ che *in subiecta materia* devono in ogni caso applicarsi i principi di imparzialità e *par condicio* desumibili dalla legge sul procedimento, tenuto conto che l'Amministrazione gode di ampia discrezionalità nella sola "valutazione" delle diverse proposte e non già nelle preliminari fase di "ammissione" delle stesse, ove viceversa la verifica dei presupposti richiesti dalle norme e dalla *lex specialis* non può che essere rigorosa ed obiettiva³⁸.

L'introduzione dell'obbligo di informazione relativo agli interventi da realizzare e al diritto di prelazione in favore del promotore non è stato di per sé sufficiente per superare le censure mosse dalla Commissione fondate sulla violazione del principio della *par condicio* dei concorrenti.

Il legislatore, quindi, è intervenuto nuovamente, con il D. Lgs. n. 113/2007 abrogando definitivamente il privilegio per il promotore e così ristabilendo la parità tra i concorrenti, ma al contempo, secondo alcuni, finendo per disincentivare le proposte e le iniziative economiche dei privati³⁹.

Ciò nonostante, la Commissione, in una successiva lettera di messa in mora del 30 gennaio 2008 ha avviato una nuova procedura di infrazione ex art. 226 TCE per violazione delle direttive n. 2004/17/CE e 2004/18/CE, evidenziando la costante inadeguatezza del sistema di pubblicità e la permanenza di una illegittima ed ingiustificata posizione privilegiata del promotore: "Nel corso della procedura di attribuzione della concessione, infatti, il promotore non è su un piede di parità con gli altri operatori potenzialmente interessati in quanto ha il vantaggio di partecipare ad una procedura negoziata (fase della procedura di attribuzione) nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le 2 migliori offerte nella gara precedente indetta sulla base della sua proposta".

In sostanza, ad avviso della Commissione, l'assenza di un confronto concorrenziale nella fase che precede la procedura negoziata realizza una chiara violazione del principio di parità di trattamento che non poteva giustificarsi per il solo fatto che il promotore avesse provveduto a redigere il progetto preliminare.

L'opera di adeguamento è stata completata, da ultimo, con il terzo decreto correttivo alla finanza di progetto il cui art. 1 - rubricato "disposizioni di adeguamento comunitario" - ha modificato l'art. 153 del Codice, sostituendo l'unico percorso di affidamento ripartito in tre fasi (affiancate all'ordinaria procedura di affidamento in concessione ex art. 143), con due procedimenti

³⁵ Cons. Stato, sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362.

³⁶ Cons. Stato, sez. VI, 25 gennaio 2005, n. 168.

³⁷ Per tutte, cfr., Cons. Stato, sez. I, 21 aprile 2009 n. 947.

³⁸ TAR Puglia - Bari, sez. I, 15 gennaio 2009, n. 65.

³⁹ M. COLLEVECCHIO, *Il promotore finanziario tra osservazioni della Commissione, sentenza della Corte di Giustizia e prospettive di riforma*, in www.federalismi.it n. 9/2008. G. TARANTINI, *La finanza di progetto dopo il terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 153, D.Lgs. n. 163/2006)*, ivi.

estremamente semplificati (una procedura ordinaria ed una alternativa entrambe ad iniziativa dell'amministrazione) ed un terzo attivabile su iniziativa dei privati in caso di inerzia della P.A.⁴⁰

Il legislatore, quindi, allo scopo di incentivare il ricorso alle diverse forme di partenariato pubblico-privato, di cui il project financing costituisce l'esempio più emblematico, ha, altresì, precisato che le stazioni appaltanti sono tenute al rispetto delle regole e dei principi sanciti dal Trattato in materia di concorrenza, non discriminazione e parità di trattamento onde consentire agli operatori del settore di partecipare alle gare in una posizione di sostanziale parità, pena l'assoggettamento delle stazioni appaltanti a severe sanzioni. Con l'introduzione della procedura alternativa a quella ordinaria non si è, quindi, inteso attribuire alcun vantaggio al promotore prescelto, il quale si aggiudicherà la concessione solo ove decida di adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa all'esito della gara.

Il legislatore, sulla scorta delle considerazioni svolte dalla Commissione Lavori pubblici del Senato nella seduta del 29 luglio 2008, ha reintrodotto nella I^a fase selettiva "almeno parzialmente, ed in via alternativa, la prelazione" in favore del promotore.

Questo non viene individuato prima della gara, ma a seguito della pubblicazione del bando, che avviene obbligatoriamente in ambito comunitario, avente come riferimento uno studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione in luogo del progetto preliminare redatto dal promotore, avente ad oggetto la realizzazione dei lavori inseriti negli atti di programmazione. Segue la presentazione delle offerte da parte dei soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 153, comma II, sulla cui base l'amministrazione redige una graduatoria ed approva il progetto preliminare relativo all'offerta ritenuta migliore, presentata da colui il quale assumerà la veste di promotore. Successivamente, prende l'avvio la II^a procedura selettiva, aperta alle sole proposte degli altri offerenti, ponendovi alla base il progetto preliminare e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore il quale si aggiudicherà il contratto, stipulando la concessione, ove accetti di procedere alle modifiche progettuali richieste dall'amministrazione così da adeguare la propria proposta a quella del migliore offerente nel termine di 45 gg. dalla comunicazione dell'aggiudicazione, senza aggravio di spese, né compensi aggiuntivi; in caso contrario, la concessione sarà aggiudicata al vincitore della II^a procedura selettiva.

L'esigenza di assoggettare anche la fase di selezione del promotore alle regole dell'imparzialità e *par condicio* discende dal potenziale contrasto, rilevato in sede comunitaria, tra la prelazione accordata al promotore e la tutela della concorrenza.

La giurisprudenza interna aveva già espresso un simile avvertimento, in relazione alla disciplina del *project financing* contenuta nella legge Merloni, affermando che "Tale ragionamento, a ben vedere, oltre che corretto sul piano logico-giuridico, appare del tutto in linea con quanto affermato dagli

⁴⁰ Sul punto, tra i contributi più recenti cfr., in dottrina, R. GRECO, *La natura giuridica delle procedure di project financing dopo il terzo decreto correttivo al codice degli appalti*, in www.giustizia-amministrativa.it ha precisato che "il loro tratto comune consiste nel fatto che, mentre la modalità "ordinaria" di affidamento è caratterizzata dal confronto di proposte redatte dagli operatori economici concorrenti in variante rispetto al progetto preliminare predisposto dalla stessa amministrazione, in questi casi molto più ampio è lo spazio entro cui possono muoversi le proposte degli aspiranti promotori, atteso che l'amministrazione si limita a predisporre, in sede di programmazione delle opere pubbliche ex art. 128 del Codice, uno "studio di fattibilità" entro cui spetterà alle imprese definire un quadro progettuale di intervento". Nella nuova disciplina viene, tra l'altro meno, il vincolo della programmazione triennale, con la conseguenza che le proposte presentate dai soggetti in possesso dei requisiti di cui all'art. 153, comma 2 possono riguardare anche opere pubbliche o di pubblica utilità non comprese negli atti di programmazione. In proposito, cfr., E. MELE, *La disciplina dei contratti pubblici*, in AA.VV. a cura di G. BALDI – R. TOMEI, Milano, 2007, 1270 il quale ha evidenziato i rischi che potrebbero derivare dalla sottrazione alla P.A. della valutazione della pubblica utilità dell'opera da realizzare. Stando al tenore letterale dell'art. 153, comma 19 come modificato dal terzo decreto correttivo, il privato ha assunto un ruolo propulsivo e di indirizzo nella definizione delle opere da realizzare di cui l'amministrazione non può non tenere conto. O. FORLENZA, *Project financing, un sistema più complesso*, in *Guida al diritto – Il Sole 24 ore*, 9/2008, 111-114; D. PONTE, *Con due maxi articoli il codice appalti recepisce i rilievi europei e nazionali*, ivi, 90-91; *favorito lo strumento del dialogo competitivo*, ivi, 97 ss.; S. MEZZACAPO, *Sanate una serie di infrazioni comunitarie*, ivi, 92-96; A. FERRARI – M. MALASPINA, *Nel nuovo project financing PA non più vincolate dai tempi*, in *Edilizia e Territorio*, 1/2009, 14-15.

Organi della Comunità europea nel parere motivato del 15 ottobre 2003 indirizzato alla Repubblica Italiana in forza dell'art. 226 TCE, riguardo al diritto di prelazione introdotto dalla legge n. 166/2002. Ad avviso della Commissione, infatti, "il diritto di prelazione introdotto dalla legge n. 166/2002 viola il principio di parità di trattamento, vuoi perché consente al promotore di aggiudicarsi la concessione mediante semplice adeguamento dell'offerta a quella del concorrente risultato vittorioso, vuoi perché la disciplina del *project financing*, pur disponendo la pubblicazione in G.U.C.E. di un avviso indicativo volto a far conoscere l'esistenza di interventi realizzabili mediante l'istituto della finanza di progetto, non prevede in alcun modo che detto avviso renda noti i vantaggi di cui beneficia il promotore nella successiva fase della procedura negoziata (...)". Sul punto la giurisprudenza ha anche chiarito che in sede di gara indetta per l'aggiudicazione di un contratto, la pubblica amministrazione è tenuta ad applicare le regole fissate nel bando, atteso che questo, unitamente alla lettera di invito, costituisce la *lex specialis* della procedura ad evidenza pubblica, che non può essere disapplicata nel corso del procedimento, neppure nel caso in cui talune delle regole in essa contenute risultino non più conformi allo *jus superveniens*, salvo naturalmente l'esercizio del potere di autotutela⁴¹.

Nell'attuale disciplina, il bando deve contenere non soltanto la specifica descrizione dell'intervento da realizzare, ma anche i criteri per l'attribuzione dei punteggi a ciascuna offerta presentata, con l'ulteriore precisazione che la migliore di esse andrà individuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Così facendo, il legislatore ha superato anche l'ulteriore rilievo mosso dalla Commissione, in ordine alla violazione delle regole imposte dalla direttiva 2004/18/CE in materia di attribuzione delle concessioni di lavori e del principio di parità di trattamento, in ragione dell'assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti a scegliere il promotore ed il concessionario. Sotto tale profilo, non vi è dubbio che la novella ha recepito pienamente i rilievi formulati dalla Commissione da un lato, promuovendo la concorrenza tra gli operatori, dall'altro, responsabilizzando la P.A. in fase di scelta del concessionario.

4. Conclusioni.

Con l'introduzione di una gara unica e l'imposizione di un regime di pubblicità rigorosamente improntato alle regole comunitarie, la disciplina della finanza di progetto sembra aver assunto una conformazione coerente con le indicazioni della Commissione, la quale aveva ripetutamente evidenziato i profili di illegittimità della precedente disciplina, chiaramente sbilanciata in favore del promotore.

L'indiscutibile pregio della riforma sta nell'eliminazione dell'automatica ammissione del promotore alla procedura negoziata e nella previsione di un'unica gara per la scelta del concessionario, il che dà la possibilità a tutti gli operatori di parteciparvi in condizioni di parità con il promotore. La dottrina è pressochè concorde nel ritenere che la nuova disciplina "soddisfa tutte le esigenze di par condicio" al punto da ritenere che essa sia ormai immune da qualunque tipo di censura da parte degli Organi della Comunità europea. Ciò, nonostante la reintroduzione del diritto di prelazione⁴² ha assunto un diverso significato rispetto al passato, in quanto questa è inidonea a differenziare la posizione del promotore rispetto agli altri offerenti che, quindi, possono concretamente concorrere per l'aggiudicazione.

Secondo questi Autori il legislatore avrebbe reintrodotta la prelazione all'unico scopo di incentivare il ricorso alla finanza di progetto, nonostante il parere contrario della giurisprudenza che vorrebbe sopprimerlo, data la sostanziale sovrapposibilità dell'istituto alla concessione⁴³.

Ma vi è di più. Da più parti è stato evidenziato che l'adeguamento della disciplina ai dettami del diritto comunitario avrebbe ridimensionato la posizione del promotore fino al punto di

⁴¹ Cons. Stato, sez. V, 5 ottobre 2005, n. 5316.

⁴² M. COLLEVECCHIO, *Prime riflessioni sulle modifiche della finanza di progetto inserite nel "correttivo 3"*, in www.federalismi.it secondo cui "(...) il successivo diritto di prelazione non costituisce una indebita posizione di vantaggio, in quanto direttamente conseguita dalla vittoria della gara".

⁴³ Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli atti normativi, 14 luglio 2009, n. 2357/08, in www.giustizia-amministrativa.it

disincentivare la partecipazione alla gara, con inevitabili ripercussioni sull'utilizzabilità di questa peculiare tecnica di finanziamento, destinata per il futuro ad assottigliarsi sempre più, fino a scomparire del tutto⁴⁴.

Sulla scorta di tali considerazioni taluno ha osservato che "l'esito del contenzioso della vicenda abbia in concreto il sapore di una beffa per l'Italia" perché "laddove l'istituto della prelazione in favore del promotore si fosse rivelata effettivamente contrastante con il diritto comunitario, non sarebbe bastata la sua (tardiva) espunzione del testo del codice al fine di evitare la pronuncia di condanna da parte della Corte (...) ma poiché la Corte (sia pure in una sorta di *obiter dictum*) ha respinto le censure di illegittimità comunitaria mosse nei confronti della prelazione favorevole al promotore (...) l'ansia di rimuovere dall'ordinamento un istituto in odore di illegittimità comunitaria (al dichiarato fine di evitare una condanna ritenuta certa) abbia determinato la precipitosa espunzione dall'ordinamento interno di una norma in seguito rivelatasi esente dai vizi ascrittivi (...)"⁴⁵. Non a caso, come visto, il diritto di prelazione del promotore che in un primo momento era stato soppresso dal II° decreto correttivo è stato da ultimo reintrodotta sia pure con valenza e significato profondamente rinnovati.

Alla luce degli eventi si potrebbe addirittura sostenere che gli interventi normativi susseguitisi negli ultimi tre anni abbiano rimosso incompatibilità inesistenti finendo, in realtà, per svilire i caratteri essenziali dell'istituto.

Tale interpretazione, a parere di chi scrive, non è condivisibile.

La Corte di Giustizia non si è potuta pronunciare nel merito unicamente perché le censure mosse dalla Commissione erano state formulate in maniera troppo generica. Ciò non toglie che la disciplina della finanza di progetto andava comunque rivista poiché - a prescindere dall'esito del giudizio - "era idonea a determinare vantaggi competitivi (nella successiva procedura negoziata) in favore di un determinato operatore del mercato difficilmente compatibili con la logica di una moderna economia di mercato"⁴⁶, peraltro, non opportunamente evidenziati nell'avviso di indizione, in violazione dei principi di pubblicità, trasparenza, parità di trattamento e concorrenza.

La fattispecie appariva perfettamente sovrapponibile, quanto alle conseguenze, a quella in cui la stazione appaltante avvia la procedura negoziata senza la previa pubblicazione del bando.

E' pacifico in giurisprudenza che i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa costituiscono principi cardine del diritto comunitario degli appalti⁴⁷, che trova un preciso aggancio costituzionale nel principio di imparzialità di cui all'art. 97 Costituzione, ed è posto a garanzia (oltre che degli interessi pubblici richiamati) anche dei privati che partecipano alle procedure contrattuali pubbliche, i quali in tal modo sono posti in condizione di verificare la correttezza dell'attività amministrativa nelle singole gare. Tali principi sono applicabili anche alle procedure che richiedano una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa. Tenuto conto della peculiarità della fattispecie, ci si aspettava che i partecipanti alle gare fossero preventivamente informati della sussistenza di un diritto di prelazione in favore del promotore secondo le modalità normativamente imposte o quelle ritenute idonee allo scopo nel caso concreto, al fine di rendere concreta ed effettiva la loro partecipazione. Né, in senso contrario, si sarebbe potuto obiettare che la procedura di selezione del promotore finanziario non poteva essere equiparata ad un procedura di gara vera e propria.

Giova, in proposito, rilevare che l'art. 152 del codice dei contratti prevede che in tali procedure «si applicano le disposizioni della parte I» in cui rientra l'art. 2 che indica i principi di trasparenza e di pubblicità come principi assoluti dei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici.

⁴⁴ Cfr., più di recente, R.M. ATTANASIO – S. GATTI, *Il terzo restyling delle norme sui contratti passa per la nuova finanza di progetto*, in *Guida al Diritto*, 9/2008, 3.

⁴⁵ Così, C. CONTESSA, *La Corte di giustizia fra indicazioni (tardive) sulla legge Merloni e spunti (tempestivi) sul codice dei contratti* (nota a Corte di Giustizia CE, sez. II, 21 febbraio 2008, causa C-412/04, in *Urb. e app.*, 2008, 7, 821.

⁴⁶ *Idem*, *op. ult. cit.*, 821.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. V, 16 giugno 2005, n. 3166.

Il principio di pubblicità, costituente "principio generale dell'attività amministrativa" ex art. 1 della legge generale sul procedimento 7 agosto 1990 n. 241, informa tutta la disciplina della c.d. evidenza pubblica, a cominciare dalla fase preliminare alla indizione della gara, assumendo peraltro maggiore pregnanza sub specie di obbligo di pubblicazione del bando, costituente il livello minimo inderogabile di pubblicità.

I giudici comunitari hanno più volte affermato che l'applicazione di una disposizione nazionale in contrasto con il diritto comunitario non si giustifica neanche con l'esistenza, in capo ad un operatore economico, di un legittimo affidamento sul fatto di poter beneficiare di un trattamento privilegiato: esattamente il caso del promotore nella finanza di progetto⁴⁸. In particolare, la Corte ha evidenziato che il dovere di rispettare il principio di parità di trattamento corrisponde all'essenza stessa delle direttive in materia di appalti pubblici⁴⁹ e che i concorrenti devono trovarsi su un piano di parità sia nel momento in cui essi preparano le loro offerte, sia nel momento in cui queste sono valutate⁵⁰. Parimenti, per garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e di trasparenza, occorre che tutti gli elementi presi in considerazione dall'amministrazione aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e, se possibile, la loro importanza relativa, siano noti ai potenziali concorrenti al momento della preparazione delle loro offerte⁵¹.

Sotto altro profilo, è appena il caso di precisare che le cause dello scarso ricorso alla finanza di progetto non sono certamente ascrivibili alla nuova disciplina che avrebbe in qualche modo ridimensionato il ruolo del promotore. A ben vedere, infatti, l'istituto è stato scarsamente utilizzato già all'indomani della soppressione del diritto di prelazione da parte del secondo decreto correttivo al Codice degli Appalti, nonostante l'interpretazione restrittiva del divieto fornita dall'Autorità per i lavori pubblici, almeno con riferimento ai procedimenti ancora in corso di svolgimento.

Pertanto, come opportunamente evidenziato dalla stessa Autorità per i Lavori pubblici nella seduta dello scorso 23 giugno "Eventuali *deficit* applicativi sono (piuttosto) imputabili alla mancanza di una classe imprenditoriale disposta a compiere ingenti investimenti nelle grandi opere. In ogni caso, anche il ricorso all'iniziativa privata per le sole opere piccole e medie può garantire un notevole risparmio per le finanze pubbliche. I due elementi su cui far leva per incentivare il ricorso alla finanza di progetto consistono nella certezza dei tempi burocratici e nella sicura realizzazione delle opere (...)”⁵².

Ad ulteriore sostegno di questa tesi, giova rammentare che la Commissione non ha mai inteso sindacare la scelta del legislatore di aver introdotto e mantenuto in vita l'istituto, bensì specificamente l'assenza della pubblicità della clausola relativa al diritto di prelazione.

Il legislatore, quindi, si è preoccupato di recepire le osservazioni formulate dalla Commissione con la elaborazione di una disciplina che si articola, come visto in precedenza, in una procedura con gara unica, in una procedura con doppia gara ed in un'altra con gara multipla che effettivamente postula la partecipazione del promotore in condizioni di parità con gli altri concorrenti (art. 153, comma 16) ma che, al contempo, anzicchè snellire il procedimento rischia di ritardarne la conclusione⁵³. Senza dubbio, tuttavia, l'attribuzione al promotore della possibilità di attivare iniziative volte alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità (art. 153, comma 19 del Codice) sicuramente evidenzia le potenzialità intrinseche della nuova disciplina.

⁴⁸ Corte di Giustizia CE, 26 aprile 1988, causa C-316/86, Krucken, in Racc., 1988, 2213, punto 24; 1° aprile 1993, cause riunite da C-31/91 a C-44/91, Lageder e altri, in Racc., 1993, 11761, punto 38.

⁴⁹ Cfr., v. sentenza Concordia Bus Finland punto 81.

⁵⁰ Cfr., sentenza 18 ottobre 2001 causa 19/00 SIAC Construction Racc. pag. I-7725, punto 34.

⁵¹ Cfr., in tal senso, sentenze 25 aprile 1996, causa C 87/94, Commissione / Belgio ; racc. I – 2043, punto 88, e 12 dicembre 2002 , causa C- 470/99 Universale Bau ed a., Racc. pag. I -11617, punto 98). Cfr., nello stesso senso, Consiglio di Stato, Sezione VI - Sentenza 14/09/2006 n. 5323.

⁵² Autorità per i lavori pubblici, audizione AS 17449 del 23 giugno 2009.

⁵³ Idem, così si è espressa “Al riguardo, risulta più rispondente alle esigenze di celerità la procedura con gara unica, nonché quella con gara doppia, in cui scatta il diritto di prelazione”.

E' innegabile, d'altra parte, che il legislatore ha dato vita ad "un sistema più complesso"⁵⁴ che trapela dalla nuova disciplina nonostante il ritorno (al) "la vecchia procedura basata sulla prelazione del promotore"⁵⁵ rischiando di disincentivare il ricorso alla finanza di progetto.

Ad onor del vero, almeno in Italia, la richiesta di finanziamento per le infrastrutture pubbliche ha rappresentato una scelta quasi obbligata per adeguare il livello di infrastrutturazione alla media degli altri degli altri Paesi europei. Tuttavia, la scelta effettuata non ha sortito pienamente l'effetto sperato, sia a causa dei continui rimaneggiamenti di una disciplina del PF più volte censurata dalla Commissione CE, sia a causa della prassi invalsa negli ultimi anni.

Spesso, infatti, alle parole non seguono i fatti, per cui numerose iniziative muoiono sul nascere, altre vengono abbandonate in itinere, senza concludersi con l'aggiudicazione del contratto di concessione e gestione⁵⁶.

Per aumentare la competitività nel settore la dottrina ha suggerito alle amministrazioni di procedere "con un incalzante sequenza tra accordo di programma e conferenze di servizi per far emergere la sua volontà in anticipo rispetto alla presentazione delle proposte e stabilire il perimetro del progetto una volta per tutte, evitando che le prescrizioni dettate in tempi successivi falsino il processo dell'operazione e la gara tra i concorrenti"⁵⁷.

E' anche vero che le evidenti difficoltà di budget di cui soffrono molte amministrazioni mal si conciliano con la necessità di arricchire il patrimonio infrastrutturale di loro competenza. Questi fattori, spesso, anche in passato hanno indotto le amministrazioni a ricorrere al PF anche per la realizzazione di infrastrutture che non si prestano ad una "gestione economica" improduttiva di redditi e che deve essere sovvenzionata - in tutto o in parte - attraverso l'erogazione di contributi pubblici⁵⁸. Questo fenomeno sovente porta tutt'ora alla sottoscrizione di contratti che pur

⁵⁴ O. FORLENZA, *Project financing, un sistema più complesso*, cit., 111.

⁵⁵ R.M. ATTANASIO – S. GATTI, *Il terzo restyling delle norme sui contratti*, cit., 3.

⁵⁶ Il rapporto 2009 sulle politiche pubbliche per le infrastrutture di interesse nazionale ha evidenziato che la "carezza di un'adeguata dotazione infrastrutturale costituisce uno dei più gravi handicap competitivi del nostro paese" (...) "In base alla classifica stilata dal World Economic Forum per il 2008-2009, tra 134 ordinamenti, l'Italia si situa al 54° posto nel comparto delle infrastrutture. Inoltre, con riferimento specifico alla qualità infrastrutturale, il nostro paese scende addirittura al 73° posto, ben lontano sia dalla Germania e dalla Francia (che ricoprono, rispettivamente, il terzo e il quarto posto) che da Paesi quali la Spagna, la Grecia o l'Irlanda. (...) Nelle considerazioni finali del Governatore della Banca d'Italia all'Assemblea Ordinaria dei partecipanti (29 maggio 2009) si sottolinea che: "Il divario tra la dotazione infrastrutturale dell'Italia e quella media degli altri principali paesi dell'Unione europea è più che triplicato negli ultimi vent'anni".

E' stato acutamente osservato, anche sulla base dei dati innanzi riportati che "quello che manca non è la capacità progettuale, piuttosto la volontà di dare corpo alle esecuzioni dei piani" salvo rare eccezioni (M. MELANTONI, *Finanziare il progetto*, in www.fbritaly.it).

⁵⁷ Così, M. RICCHI, *La regolazione di una operazione di PPP*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, 2007, 2, 161 ss. Stando a quanto affermato da Marco Nicolai, direttore generale di Finlombarda, il flop italiano sarebbe ascrivibile a "due aspetti essenziali e tra loro connessi, ovvero il bassissimo livello, nel nostro paese, di competizione delle aziende nell'assegnazione dei finanziamenti e l'assenza di un quadro normativo nazionale che metta a disposizione reali strumenti di prevalutazione e di controllo dei progetti da finanziare". Inoltre, sotto tale ultimo profilo, dall'indagine svolta all'interno dell'ottavo Osservatorio sul project financing "rimane il dato di un paese a due velocità (...). Se regioni come il Veneto o l'Emilia Romagna hanno avuto una grande crescita, anche dal punto di vista del controllo sulla fattibilità dei progetti, gli investimenti nelle regioni del Sud rimangono ancora troppo condizionati da bilanci della Sanità spesso in rosso". E' opportuno, inoltre, precisare che anche le procedure andate a buon fine, implicando tempi di gestazione piuttosto lunghi - tra la pubblicazione dell'avviso e l'aggiudicazione del contratto -, destinati ad allungarsi ulteriormente ove si aggiungano anche i tempi necessari alla società di progetto - con cui si stipula il contratto di concessione - per sottoscrivere i contratti di finanziamento (La realizzazione delle opere pubbliche subisce un rallentamento derivante dall'incidenza dei diversi procedimenti di autorizzazione, a causa dell'interferenza di numerosi interessi pubblici settoriali, il cui bilanciamento condiziona, anche dal punto di vista della tempistica, il risultato che si intende perseguire. Fra i tanti casi oggetto del vaglio dell'Autorità, basti ricordare quello per la realizzazione del Nuovo Complesso Museale dell'Ara Pacis. Il costo dell'opera, a seguito delle intervenute interferenze archeologiche e' passato, al netto delle richieste avanzate in sede di contenzioso, da 6,4 a 15 milioni di € mentre i tempi di realizzazione inizialmente previsti in 550 giorni si sono quadruplicati").

⁵⁸ Cfr., in dottrina, V. M. LEONE, *La nuova legge provinciale e le disposizioni in materia di partenariato pubblico-privato: concessioni e finanza di progetto*, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

presentandosi, *prima facie*, come concessioni, in realtà hanno natura di appalti, poichè il privato non assume alcun rischio commerciale in relazione alla gestione del progetto⁵⁹.

A ben vedere, sebbene con l'espunzione del diritto di prelazione da parte del secondo decreto correttivo del Codice “da più parti si prospettava un blocco per l'avvio di nuove procedure e uno scarso interesse delle società nel partecipare a iniziative legate alla finanza di progetto”, in realtà, “Il project financing continua ad attirare le imprese di costruzioni (...)” a dimostrazione del fatto che “lo strumento non ha perso appeal che enti e imprese pubblicano e concorrono con la stessa frequenza di prima”⁶⁰.

Anche la Germania, pur in assenza di un quadro normativo organico di riferimento, già all'indomani della riunificazione nazionale, ha avviato una poderosa programmazione nel comparto dei lavori pubblici demandando l'attività di progettazione a privati allo scopo di accelerare i tempi della procedura, il che ha contribuito alla ripresa ed allo sviluppo dell'economia del paese.

In precedenza, l'assenza di una disciplina organica disciplinante le singole fasi di sviluppo del progetto e dell'aggiudicazione della concessione, di fatto, ha rappresentato un ostacolo alla utilizzazione di questa particolare tecnica di finanziamento; le prescrizioni contenute, in particolare, nella normativa sugli appalti hanno generato perplessità e notevole scetticismo nelle stazioni appaltanti circa l'opportunità di realizzare i progetti mediante questa peculiare forma di finanziamento.

Ciò nonostante, in Germania il ricorso a modelli di PPP finora ha portato buoni frutti: lo dimostra il fatto che, a differenza che in Italia, gran parte dei progetti vengono, di fatto, portati a compimento.

Nei primi mesi del 2008 il governo di Berlino ha costituito una società denominata Parterschaften Deutschland GesellShaft, partecipata al 50,1% dallo Stato Federale e al 49,9% da imprese private, al fine di promuovere l'adozione di modelli di PPP. L'operazione si prefigge obiettivi piuttosto ambiziosi: ridurre i costi, aumentare il grado di trasparenza, agevolare l'acquisizione competenze e specializzazioni da parte pubblica ed infine, responsabilizzare il contraente privato che agisce nell'interesse della collettività e non più solo per conseguire un vantaggio economico. L'unica incognita potrebbe essere rappresentata dalla difficoltà di prevedere con esattezza i tempi di realizzazione dell'operazione che, a causa della complessità dei progetti e della loro attuazione, potrebbero subire dei ritardi.

Dal confronto dell'esperienza italiana con quella tedesca emerge in tutta evidenza che il progressivo decremento del ricorso alla finanza di progetto è ascrivibile ad altri fattori, *in primis*, al continuo rimaneggiamento della disciplina, sia pure in forma semplificata, che sicuramente ha inciso negativamente sull'istituto.

Probabilmente, il legislatore, pur di venire incontro alle istanze degli organi comunitari, è andato oltre il segno senza considerare che “l'appesantimento legislativo non è sempre confacente ad istanze di semplificazione e di flessibilità, a cui si può più opportunamente far fronte con misure di delegificazione, nonché con il ricorso alla normativa secondaria”⁶¹.

Nella specie, il rapido succedersi di tentativi di riforma a prescindere dalla verifica dell'efficacia delle riforme precedenti indubbiamente ha rappresentato il principale fattore di insuccesso delle politiche di semplificazione.

⁵⁹ In proposito, in dottrina, C. BENTIVOGLI - E. PANICARA - A. TIDU, *Il project finance nei servizi pubblici locali poca finanza e poco progetto?*, Banca d'Italia, settembre 2008, 5 hanno sottolineato che “(...) il ricorso a forme spurie di PF, tipiche per le opere di minore dimensione, non facilita necessariamente il completamento delle procedure”, tutt'altro, se solo si considera “che la tecnica del PF presenta elevati costi "fissi" per servizi accessori e di consulenza” (...)“La complessità organizzativa e i relativi costi rendono pertanto il PF indicato per le opere di maggiori dimensioni. Quanto alla tipologia di opere, esso ha senso laddove si tratti di iniziative in cui costruzione e gestione siano intimamente connesse, in relazione al *trade-off* tra costi e tempi di costruzione (specie se non determinabili con esattezza ex ante e tra costi e qualità dei servizi discendenti dall'opera stessa”.

⁶⁰ Cfr., Rassegna stampa Infopielle, Il Sole 24 Ore 20 marzo 2008, in www.infopielle.it.

⁶¹ Opinione espressa dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nell'audizione del 23 giugno scorso.

Alla evidente difficoltà di coniugare questi due aspetti, solo in parte riconducibile alla complessità della società contemporanea, si è tentato di porre rimedio, anche in questa materia, sperimentando nuovi e più efficaci meccanismi di semplificazione con l'intento di deflazionare la legislazione previgente, senza tuttavia riflettere sull'opportunità della scelta e sulle eventuali conseguenze. Ecco, dunque, che un intervento normativo, impropriamente considerato uno strumento di semplificazione, ha dato vita ad un sistema decisamente più complesso del precedente finendo per snaturare l'istituto delle sue caratteristiche essenziali e si è tradotto in un limite alla competitività di questa peculiare tecnica di finanziamento, rispetto alle altre forme di partenariato pubblico-privato. Diversamente, invece, se il legislatore italiano avesse avuto un approccio più pragmatico, il numero dei progetti abbandonati sarebbe stato di gran lunga inferiore. Si vuol dire, cioè, che i continui rimaneggiamenti del Codice, per quanto giustificati dalla necessità di costante adeguamento dell'impianto normativo alla realtà del mercato, oltre ad attrarre ulteriore contenzioso comunitario, non hanno incontrato quel favore del mercato che ci si aspettava⁶².

Le novità da ultimo introdotte dal III° decreto correttivo dovrebbero indurre a "individuare un corretto punto di equilibrio tra le esigenze di snellezza invocate giustamente dal mercato e la necessità di non dismettere completamente un adeguato controllo sui meccanismi di spesa pubblica. Ciò anche - e soprattutto - al fine di fornire adeguate garanzie agli operatori circa la correttezza del sistema, con correlato aumento del tasso di fiducia nelle stazioni appaltanti" sulla scorta delle attuali situazioni di eccellenza, quali esempi di adeguata operatività amministrativa.

L'adozione di "buone pratiche" anche in Italia creerebbe stimoli per invogliare le imprese private non solo a partecipare alle gare della spesa pubblica, ma a finanziare le opere, liberando il bilancio pubblico da immediati ed eccessivamente onerosi livelli di spesa⁶³.

Al contrario, troppe leggi e obiettivi poco chiari conducono a risultati insoddisfacenti, ben al di sotto delle aspettative. Troppo spesso, infatti, "la scelta delle procedure da semplificare (attraverso interventi di revisione parziale e modifiche di tipo incrementale) e' fatta senza un criterio, ecco perchè semplificare (nel senso limitato in cui si fa in Italia) non basta"⁶⁴. *Simplifier est une tache assez compliquee*⁶⁵, pertanto "l'approccio alla riforma (avrebbe dovuto) essere globale e non frammentario, (previa definizione di) obiettivi (chiari) e precisi, prevedendosi, altresì, un'attività di "monitoraggio" costante anche allo scopo di riesaminare periodicamente in modo sistematico la regolamentazione in vigore per verificare se essa continui a perseguire con efficienza ed efficacia gli obiettivi che ad essa erano stati originariamente assegnati"⁶⁶.

⁶² In particolare, come evidenziato dal Rapporto 2009 su *Le politiche pubbliche per le infrastrutture di interesse nazionale*, il settore dei lavori pubblici è stato "attraversato da almeno un quarto di secolo da un intensissimo flusso di interventi regolatori, su impulso interno ed europeo; le troppe frequenti riforme delle procedure riguardanti ogni fase della realizzazione delle infrastrutture (finanziamento, localizzazione, appalti, contenzioso) non hanno portato a risultati apprezzabili, ma hanno prodotto una continua destabilizzazione normativa, cui hanno fatto seguito una parallela deresponsabilizzazione di pubbliche istituzioni e di imprese private".

⁶³ Cfr., Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Relazione annuale 2007 del 9 luglio 2008.

⁶⁴ S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 699 ss.

⁶⁵ *La simplification des regimes d'autorization individuelle*, in *Service public*, 1997, 11.

⁶⁶ Così, M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 3, 684; G.F. CARTEI, *Semplificazione e consenso nell'azione amministrativa: esperienze a confronto. Introduzione*, in *Dir. pubbl. comp. ed europeo*, 2006, I, 291; T. BONETTI, *Semplificazione e competitività del sistema paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 1, 173-200.